



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

CASO: VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA

Autora:

Paula Blanco Murias

Tutora:

Carolina Pereira Sáez

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CUESTIONES PREVIAS.

I.LEGISLACIÓN CIVIL APLICABLE AL CASO.....p.3

II.LEGISLACIÓN PENAL APLICABLE AL CASO.....p.3

III.LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO.....p.4

BLOQUE CIVIL

I.CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DESAPARICIÓN DE MANOLO: Declaración de fallecimiento.....p.4

I.1 Supuestos: identificación del supuesto que justifica la solicitud de la declaración de fallecimiento.....p.5

I.2 Procedimiento.....p.6

I.3 Efectos.....p.8

I.3.a) Momento en el que la declaración de fallecimiento despliega sus efectos.....p.8

I.3.b) Primer efecto: cesación de la ausencia legal.....p.9

I.3.c) Segundo efecto: disolución del matrimonio entre el declarado fallecido y su cónyuge.....p.9

I.3.d) Tercer efecto: apertura de la sucesión. Validez de la sucesión.....p.9

II.CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REPARICIÓN DE MANOLO: Revocación de la declaración de fallecimiento.....p.11

II.1 Supuestos: identificación del supuesto que justifica la revocación de la declaración de fallecimiento.....p.11

II.2 Procedimiento.....p.11

II.3 Efectos.....p.11

II.3.a) Repercusión de la revocación de la declaración de fallecimiento en la disolución del matrimonio entre el declarado fallecido y su cónyuge.....p.11

II.3.b) Repercusión de la revocación de la declaración de fallecimiento en el ámbito patrimonial.....p.12

BLOQUE PENAL:

I.POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRÍA INCURRIDO MARÍA POR LOS HECHOS COMETIDOS EN EL BARCO HACIA MANOLO.....p.17

I.1 Responsabilidades penales en relación al delito de asesinato (art.139 CP).....p.17

I.1.a) Grado de ejecución del delito: tentativa (arts.16.1 y 62 CP).....p.20

I.2 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....p.21

I.2.a) Valoración de la aplicación de la circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional (art.21.3º CP).....p.21

I.2.b) Valoración de la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco (art.23 CP).....p.24

I.3 Determinación de la pena.....p.24

II.DICTAMEN JURÍDICO RESPECTO DE LA VALIDEZ DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.....p.25

II.1 El hallazgo casual en el marco de las intervenciones telefónicas legales.....	p.26
II.2 El hallazgo casual en el marco de las intervenciones telefónicas ilegales.....	p.29
III.POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRÍA INCURRIDO MARCIAL POR LOS HECHOS SUCEDIDOS EN EL PERIODO TRANSCURRIDO ENTRE LA PRIMERA AGRESIÓN, PRODUCIDA EN ENERO DE 2010, HASTA LA INTERPOSICIÓN DE LA DENUNCIA POR PARTE DE MARÍA.....	p.30
III.1 Responsabilidades penales en relación a los dos delitos de violencia no habitual de género o en el ámbito familiar (art.153.1 CP) y al delito de lesiones al feto (art.157 CP).....	p.30
III.2 Responsabilidades penales en relación a los delitos de lesiones previstos en los arts. 148.4º y 153.1 CP.....	p.32
III.3 Responsabilidades penales en relación al delito de violencia habitual en el ámbito familiar agravado (art.173.2 CP).....	p.33
IV.POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRÍA INCURRIDO MARCIAL POR LOS HECHOS SUCEDIDOS DESPUÉS DE LA DENUNCIA Y POSTERIOR ORDEN DE ALEJAMIENTO.....	p.37
IV.1 Responsabilidades penales en relación al delito agravado de violencia no habitual de género o en el ámbito familiar (art.153.1.3 CP) y al delito de quebrantamiento de condena (art.468.2 CP).....	p.37
IV.2 Responsabilidades en relación al delito agravado de violencia no habitual en el ámbito familiar (art.153.2.3 CP).....	p.40
IV.3 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....	p.40
IV.3.a) Valoración de la aplicación de la eximente incompleta por drogadicción (art.21.1º CP)....	p.40
IV.3.b) Valoración de la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación o disminución de los efectos del delito (art.21.5º CP).....	p.41
IV.3.c) Valoración de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia (art.22.8º CP)...	p.42
<u>CONCLUSIONES</u>	
I.BLOQUE CIVIL.....	p.43
II.BLOQUE PENAL.....	p.44
<u>ÍNDICE DE MATERIALES DOCUMENTALES EMPLEADOS:</u>	
I.NORMATIVA JURÍDICA CITADA.....	p.48
II.JURISPRUDENCIA.....	p.49
III.BIBLIOGRAFÍA.....	p.52

CUESTIONES PREVIAS:

I.LEGISLACIÓN CIVIL APLICABLE AL CASO

Es necesario aclarar, debido a las recientes reformas experimentadas en algunas de las disposiciones civiles, que emplearé, para la resolución del supuesto, las normas en su redacción vigente en el periodo temporal en que transcurren los hechos jurídicamente relevantes puesto que, salvo que se disponga lo contrario, las leyes no tienen efecto retroactivo (art.2.3 CC), algo también garantizado por el art.9.3 CE respecto de la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho individuales.

II.LEGISLACIÓN PENAL APLICABLE AL CASO

El dictamen jurídico-penal se hará de acuerdo al Código Penal vigente en el periodo temporal o momento que transcurre desde que se entiende producida la muerte de Manolo en la correspondiente declaración de fallecimiento hasta la fecha de reaparición de éste teniendo en cuenta el siguiente razonamiento.

Por un lado, respecto al instante en el que se entiende cometido el hecho delictivo, cuestión fundamental puesto que es importante para fijar la vigencia temporal de la ley penal, y, ello permite, asimismo, la identificación de la ley penal previa y la resolución de los problemas de retroactividad e irretroactividad, el art.7 CP señala que *“a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en el que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar”*. En el caso más complejo de los delitos habituales, como el de violencia doméstica habitual, el momento en el cual se interpreta perpetrado el delito es el lapso de tiempo que transcurre desde el primer hasta el último acto efectuado, configurador del delito.

Por otro lado, en el Derecho Penal, la total prohibición de retroactividad de las leyes que crean o agravan la responsabilidad penal (arts.1.1 y 2.1 CP) configura un principio general básico que tiene su fundamento en los principios de legalidad (art.25.1 CE) y de seguridad jurídica (art.9.3 CE). Sin embargo, en sentido contrario, las leyes penales sí son retroactivas, de acuerdo con el art.2.2 CP, cuando *“favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”*. Cabe señalar que la amplitud de los efectos retroactivos permitidos por este último artículo admite que si la ley más favorable es promulgada con posterioridad a los hechos pero antes del juicio, deberá ser aplicada en la sentencia que se dicte; pero es que además, la ley posterior más favorable deberá desplegar dichos efectos incluso si ya se ha producido una sentencia firme y se está cumpliendo la condena, dictándose en tales casos una nueva resolución conteniendo las consecuencias jurídicas derivadas de la nueva ley (por ejemplo, la extinción de la condena o la disminución de la pena)¹. Todo esto nos lleva a plantearnos irremediamente cuál es la ley penal más favorable al reo para calificar su comportamiento en este supuesto. Al respecto cabe indicar que, en primer lugar, la decisión compete al tribunal sin que pueda dejarse a la elección de éste, aunque el art.2.2 CP permite que *“en caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo”*². En este sentido, ante las dificultades para la determinación de la Ley, algunos autores entienden que debe ser decisiva la opinión del delincuente, mientras que otros, defienden que, aunque deba oírse su parecer, éste no será en ningún caso vinculante, es decir, que siempre debe decidir el juez³.

¹GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo VII. Ámbito temporal de la ley penal”, en *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp.137-150, pp.140-143.

LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.85-90.

²GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo VII...”, cit., p.146.

³LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones...*, cit., p.90.

Es especialmente importante realizar esta aclaración puesto que el citado Código ha sido objeto de una profunda reforma, sin duda, creadora y agravadora de responsabilidad criminal, a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en el año 2015, que, entre otros, ha afectado a artículos tan fundamentales para la resolución de las cuestiones planteadas como el 139, que regula el delito de asesinato⁴. Pero es que además, con carácter general, las principales modificaciones en el ámbito penal llevadas a cabo por la LO 1/2015, esto es, la sustitución de las faltas por los delitos leves y la introducción de la figura de la prisión permanente revisable, ejemplifican el incremento notable de la dureza en las normas sancionadoras que integran la legislación criminal.

En resumen, a la luz de lo indicado, cabe concluir que la aplicación de la normativa modificada en el año 2015 para describir la conducta delictiva del caso implicaría la vulneración del principio general básico y fundamental en Derecho penal de total prohibición de retroactividad de las leyes que crean o agravan la responsabilidad penal fundamentado, a su vez, en los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

III.LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO

La vigencia temporal de las leyes procesales no depende de una norma distinta a la general (es decir, la prevista en el art.2.3 CC). El art.2 de la LEC, teniendo como base el mencionado art.2.3 CC, indica que *“salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas”*. Dado que, principalmente, voy a utilizar las normas procesales para especificar los órganos judiciales competentes, así como para indicar la modalidad y algunas de las características del procedimiento por el que deberán tramitarse los procesos a los que voy a hacer mención, sin determinar todos y cada uno de los aspectos procesales y relativos a la sustanciación de los diferentes asuntos, por no ser el objetivo principal de la valoración jurídica que voy a realizar (lo que nos llevaría a tener que examinar las mencionadas normas de Derecho transitorio), llevaré a cabo el dictamen jurídico desde la perspectiva general del art.2.3 CC⁵, entendiéndolo que dicha normativa estaba vigente tanto en el momento de constitución de las situaciones jurídicas a las que se va a hacer referencia como en el momento en el que se produce el ejercicio en el proceso de los derechos que de ellas derivan.

BLOQUE CIVIL

I.CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DESAPARICIÓN DE MANOLO: Declaración de fallecimiento

Para determinar la validez y la eficacia jurídica tanto del matrimonio entre María y Marcial como de la sucesión de ésta como heredera universal, así como para valorar si resulta necesario que Manolo lleve a cabo acciones legales específicas para poner fin a su matrimonio y para recobrar lo que le corresponda de la cuenta corriente y de los dos inmuebles vendidos a Eustaquio y Miriam, tenemos que centrarnos, como punto de partida, en la declaración de fallecimiento que se produce, de acuerdo con el relato de los hechos, después de la desaparición de Manolo producida tras un accidente en el barco en el que viajan.

⁴En la mencionada reforma, se aumenta la pena máxima prevista para el tipo penal pasando de veinte a veinticinco años de prisión. También, se introduce una nueva circunstancia constitutiva del hecho delictivo: la de cometerlo para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. Asimismo, se añade un nuevo apartado que indica que, cuando en un asesinato concurren dos o más circunstancias de las previstas en el apartado anterior, es decir, alevosía, precio, promesa o recompensa, ensañamiento o comisión del hecho para facilitar o evitar que se descubra otro delito, se impondrá la pena en su mitad superior

⁵PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Introducción al Derecho Procesal*, Andavira, A Coruña, 2012, pp. 458 y 459.

El Código Civil, concretamente en el Libro I, Título VIII, Capítulo II regula la declaración de fallecimiento en los artículos 193, 194, 195, 196 y 197.

I.1 Supuestos: identificación del supuesto que justifica la solicitud de la declaración de fallecimiento

En primer lugar, los artículos 193 y 194 incorporan una enumeración de hipótesis que justifican que se inste la declaración de fallecimiento siempre que se cumplan los presupuestos que establece el propio Código para cada uno de ellas. Con independencia de cuál sea el motivo de la declaración de fallecimiento, los efectos van a ser comunes.

De lo establecido en el artículo 193 CC, podemos distinguir un total de tres casos de declaración de fallecimiento: el primero de ellos basado en una desaparición prolongada, también denominada *ausencia simple* y los otros dos fundamentados en la existencia de un riesgo real o presunto de muerte⁶.

Por su parte, el art.194 CC, completa al anterior, incluyendo nuevos y distintos supuestos destacando, para la resolución del supuesto de hecho, el previsto en el apartado 2º que indica que también 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 de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos. Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje.*”

Cabe destacar, respecto a este último artículo, la existencia de una reforma introducida por el apartado cuarenta y uno de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Dicha modificación permite la posibilidad de instar la declaración de fallecimiento en plazos más breves ya que, mientras que en la redacción antigua de los apartados que resultan afectados por la Ley de 2015, los plazos eran de tres meses desde el naufragio, desaparición o comprobación del siniestro y de seis meses para presumir ocurrido el naufragio o el siniestro, en la actual, son de ocho días y de un mes. Se mantiene la orientación a la que respondía ya la modificación anterior derivada de la Ley 4/2000⁷, encaminada a acortar los plazos o incluso a prescindir de los mismos, como ocurre en el supuesto contemplado por el nuevo apartado 2º de la actual redacción que especifica que procede la declaración de fallecimiento de los que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado, o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes⁸.

Sin embargo, de acuerdo con la disposición final vigésimo primera de la citada Ley de la Jurisdicción Voluntaria, ésta entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, la Ley 15/2015 está vigente desde el 23 de julio de 2015 porque su publicación en el BOE se produjo el 3 de julio. Por lo tanto, lo dispuesto en el nuevo artículo 194 CC, de acuerdo con lo indicado en el apartado I de “Cuestiones previas”, no puede ser empleado para la resolución de la pregunta puesto que el procedimiento al que haré mención se desarrolló años antes.

⁶ BLASCO GASCÓ, F. (coord.)/CAPILLA RONCERO, F. /LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. / MONTÉS PENADÉS, V.L./ROCA I TRIAS, E. /VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Lección 13ª Comienzo y fin de la personalidad”, en *Derecho civil. Parte general. Derecho de la persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 185-200, p.196.

⁷Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.

⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Novedades en el Código Civil”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.6/2015 parte Tribuna*, 2015, p.1, (BIB 2015\2588).

Centrándonos en el caso, ante la gran ambigüedad con la que se relata el suceso y ante el hecho de que desconocemos la fecha concreta en que se descubre, mediante las escuchas telefónicas, que María arrojó a Manolo por la borda del barco (partiendo de la base de que la solicitud de la declaración de fallecimiento se produce sin que se conozcan las verdaderas circunstancias por las que desaparece), de la narración de los hechos resultan dos posibles interpretaciones: en primer lugar, podemos entender que el accidente al que se refiere el supuesto sea la inmersión en el mar del desaparecido, de improviso, de forma momentánea y ajena a su voluntad o intención⁹ (desconociéndose evidentemente la culpabilidad de María en los hechos); en segundo lugar, podemos valorar que el suceso, del que posteriormente se tiene noticia mediante la intervención telefónica, se produjo, además, en el contexto de un naufragio (quedando acreditado y demostrado en los dos casos, la desaparición del hombre en un contexto de grave peligro para su vida). En ambos casos, resultaría de aplicación el art.194.2º CC.

Como podemos observar, en el apartado 2º del art.194 CC, al igual que ocurre en los restantes apartados y en los supuestos del 193, es requisito indispensable la falta de noticias de la persona y la imposibilidad de constatar el hecho físico de la muerte, lo que nos permite diferenciar la declaración de fallecimiento de los supuestos en los que exista certeza de muerte, pero ésta no se inscribió¹⁰. También resulta requisito común la necesidad del transcurso de un periodo de tiempo desde que se produjeron las últimas noticias o la desaparición del ausente o desaparecido hasta que se pueda proceder a solicitar la declaración de fallecimiento. En este sentido, se distinguen los periodos temporales en función de los hechos concretos del accidente: si entendemos que Manolo sufrió un accidente que produjo su inmersión en el mar, deben transcurrir al menos tres meses desde su desaparición sin tenerse noticia alguna de él; si entendemos que el supuesto hace alusión al naufragio como accidente, del cual la única víctima es el esposo de María, consiguiendo sólo ésta regresar sana y salva, debemos diferenciar otras dos situaciones: por un lado, que el naufragio resulte comprobado, entonces, para instar la declaración de fallecimiento, deberá transcurrir un periodo temporal de tres meses desde que se compruebe dicho evento, y por otro lado, que éste no sea demostrado, debiendo cumplirse un total de seis meses desde que se recibieron las últimas noticias o, por falta de las mismas, desde la fecha de salida del barco del puerto para solicitar dicha declaración.

I.2 Procedimiento

El art.195 CC establece que *“por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario.*

Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario.”

El punto de arranque del citado artículo es, por una parte, como se extrae de su literalidad, la existencia de un auto judicial favorable a la declaración de fallecimiento, y, por otra, la existencia de los supuestos previstos en los arts.193 y 194 CC. Ya que hemos llegado a la conclusión, en el apartado anterior, de que en el caso se produce el supuesto previsto en el art.194.2º CC, nos centraremos ahora en el procedimiento que tiene como resultado el citado auto judicial favorable a la declaración de fallecimiento de Manolo, fundamental para que ésta despliegue sus efectos.

El auto es el resultado de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que se sigue por los trámites del juicio verbal de acuerdo con los arts.2031 y 2032 LEC/1881. Los arts.2031 a 2047¹¹, contenidos

⁹En la STS núm.407/2010, de 18 junio, (RJ 2010\4890), es objeto de enjuiciamiento un caso similar.

¹⁰BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.)/ PÉREZ DE CASTRO, N., “Título VIII. De la ausencia”, en *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp.374-401, p.388.

¹¹Dichos artículos estuvieron vigentes desde el 1 de abril de 1881 hasta el 22 de julio de 2015, cuando se produjo su derogación por la Ley 15/2015, de 2 de julio, teniendo en cuenta lo previsto en la disposición derogatoria única.1.1º de la

en el Libro III Título XII de la LEC/1881, organizan, entre otras, las situaciones de declaración legal de ausencia y de fallecimiento.

Concretamente, son los arts.2042 a 2044¹² de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, los que regulan el procedimiento concreto para la declaración de fallecimiento a la que se refieren los arts.193 y 194 CC. El mencionado artículo 2042 LEC/1881 regula el proceso para la obtención del auto por el cual se declara el fallecimiento de una persona.

Con base en el citado artículo, la SAP de Madrid núm.365/2007, de 12 de abril¹³, resuelve una cuestión relativa a la legitimación del solicitante de una declaración de fallecimiento. Con respecto a este punto, el art.2042 indica que la declaración de fallecimiento podrá instarse por partes interesadas o por el Ministerio Fiscal. En este sentido, la sentencia puntualiza que el art.182 CC puede servir de referencia para la cuestión de la legitimación para la solicitud de la declaración de fallecimiento, eso sí, aclarando que, tal y como indica el citado precepto 2042, no se exige, para instarla, que previamente haya existido la declaración de ausencia. Teniendo en cuenta el art.182 del Código podrán promover e instar la declaración de fallecimiento: el cónyuge del ausente no separado legalmente, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, el Ministerio Fiscal de oficio o a virtud de denuncia y cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte. Ahora bien, conviene advertir que, al contrario de lo que se establece en este artículo para la ausencia, la legitimación no se configura como obligación ya que en la declaración de fallecimiento el objeto de protección no es el ausente, sino sus herederos de acuerdo con lo previsto en los arts.195 y 196, que establece que sólo cuando sea firme la declaración de fallecimiento del ausente se producirá la apertura de la sucesión sobre sus bienes.

Siguiendo con lo previsto en el art.2042 LEC/1881, en el procedimiento, las personas que soliciten la declaración de fallecimiento deberán aportar las pruebas que acrediten el cumplimiento de los requisitos y circunstancias señalados en los arts.193 y 194 CC y, además, el Juez podrá acordar la práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes (Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, núm.17/2008, de 29 de enero¹⁴). También, se ordenará, en todo caso, la publicación de los edictos, dando conocimiento de la existencia del expediente, con intervalo de quince días, en el BOE, en un periódico de gran circulación de Madrid, en otro de la capitalidad de la provincia en que el ausente hubiere tenido su última residencia o, en su defecto, su último domicilio y por la Radio Nacional.

Como resultado del procedimiento, después de la práctica de las pruebas y de las publicaciones a las que he hecho referencia, si resulta probado, como en el supuesto objeto de estudio, que se cumplen los requisitos previstos en el art.194.2º CC, el juez dictará el auto de declaración de fallecimiento de Manolo.

Dicho auto se inscribirá en el Registro Civil de acuerdo con el art.46 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que establecía: *“Se deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con las excepciones siguientes: 1ª Los Títulos XII y XIII del Libro II y el Libro III, que quedarán en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, respectivamente, excepción hecha del artículo 1827 y los artículos 1880 a 1900, inclusive, que quedan derogados. (...)”*. Sin embargo, como he indicado para el art.194 del CC, el procedimiento relativo a la declaración de fallecimiento de Manolo se produjo con anterioridad a que entrase en vigor la Ley de la Jurisdicción voluntaria, específicamente con anterioridad al 23 de julio de 2015, por consiguiente, los artículos 2031 a 2047 resultan de aplicación para la resolución del caso al que estamos dando respuesta.

¹²Ver cita 11.

¹³SAP de Madrid núm.365/2007, de 12 abril, (AC 2007\920). Fundamento Jurídico 3.

¹⁴Auto de la AP de Islas Baleares núm.17/2008, de 29 enero, (JUR 2008\124277). Fundamento Jurídico 2.

I.3 Efectos

Los efectos de la declaración de fallecimiento son fundamentalmente tres: la cesación de la ausencia legal, la apertura de la sucesión y la disolución del matrimonio¹⁵.

Fijado el momento de la muerte en la declaración de fallecimiento, que actúa como sustitutivo legal de la defunción cuando no se puede dar fe cierta de ésta¹⁶, se extinguen todas las relaciones personales y familiares del declarado fallecido (arts.85, 169.1º CC). En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 4/2000, manifiesta, también, que mediante esta declaración judicial se efectúa una presunción de la muerte de una persona, por la cual se permite que se puedan producir los mismos efectos jurídicos que con la muerte comprobada, es decir, tanto la muerte como la declaración de fallecimiento suponen el fin de la personalidad civil (art.32 CC), extinguiéndose, por consiguiente, todas las relaciones personales y pasando las patrimoniales a los sucesores en la medida en que sean susceptibles de transmisión. La declaración de fallecimiento supone, pues, un mecanismo que da el ordenamiento jurídico para dar seguridad, estabilidad y solución a las cuestiones y problemas económicos, administrativos, patrimoniales y personales que se suscitan para los familiares de los desaparecidos.

I.3.a) Momento en el que la declaración de fallecimiento despliega sus efectos

En el auto debe indicarse *“la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario”* conforme a lo establecido en el segundo párrafo del art.195 CC. La importancia de esta fecha radica en que hasta entonces se presume que el ausente o desaparecido ha vivido, con lo que los efectos propios de la declaración de fallecimiento, concretamente la apertura de la herencia que luego analizaré más específicamente, se retrotraen a ese momento. Como se indica, el momento en que debe entenderse fallecido al ausente o desaparecido, salvo que exista una investigación que diga lo contrario, se fijará en el auto de declaración de fallecimiento.

De acuerdo con el art.195, en principio, la declaración expresará la fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte, teniendo en cuenta los criterios fijados en los arts.193 y 194 CC, ahora bien, se admiten pruebas dirigidas a fijar otro momento de la muerte, momento más “real” que el que resulta de aplicar los plazos legales de los preceptos citados. En este sentido, el Auto AP de Madrid, núm.120/2004, de 13 mayo¹⁷, en un caso en el que la víctima desaparece practicando submarinismo, se plantea, en aquellos casos en los que puede deducirse de los hechos concurrentes en el momento de la desaparición la inmediata muerte de la víctima, si la fecha de fallecimiento debe ser fijada una vez que transcurran los plazos que establecen los artículos 193 y 194 CC, concretamente de tres o seis meses en los supuestos del art.194.2º, o si, por el contrario, la fecha debe ser en la que se produjo el riesgo para la vida, esto es, la fecha en la que se ocasionó el naufragio o inmersión. El Auto de la Audiencia Provincial, basándose en la STS de 13 de mayo de 1983¹⁸, aboga por esta segunda postura, ya que llega a la convicción de que resulta lógico y racional que la fecha del fallecimiento debe ser en la cual se tuvo noticias por última vez de la víctima, esto es, el momento en el que desapareció, *“puesto que otra interpretación llevaría a desplazar en el tiempo la fecha de fallecimiento, cuando de los datos aportados se pone de relieve la razonable certeza de tal fecha como momento del fallecimiento.”* Por ello, suele entenderse que el momento concreto a partir del cual se entiende sucedida la muerte es la fecha de la desaparición por inmersión o naufragio y,

¹⁵BLASCO GASCÓ, F., (coord.)/CAPILLA RONCERO, F. /LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. /MONTÉS PENADÉS, V.L. / ROCA I TRIAS, E. /VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Lección 13ª...”, cit., p.198.

¹⁶BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Bercal, Madrid, 2011. pp. 77 y 79.

¹⁷Auto de la AP de Madrid núm. 120/2004, de 13 mayo, (AC 2004\1203). Fundamento Jurídico 2.

¹⁸STS de 13 mayo de 1983, (RJ 1983\2819).

cuando éste sea presunto, al finalizar los 6 meses¹⁹. Es decir, en el supuesto objeto de estudio, el auto fijaría como fecha de presunción de la muerte de Manolo el día 30 de junio de 2007, fecha en la que se produjo la inmersión en el mar o el naufragio, o, siendo éste presunto, el 30 de diciembre del mismo año.

I.3.b) Primer efecto: cesación de la ausencia legal

Por un lado, de acuerdo con el art.195 CC, se produce el cese de la situación de ausencia legal, aunque dicha situación no es preceptiva para la mencionada declaración, de acuerdo con el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de mayo de 2000²⁰ que afirma que en “*el artículo 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento dispone expresamente que la declaración de fallecimiento a que se refieren los artículos 193 y 194 del Código Civil no requiere la previa declaración de ausencia, sin hacer distinción alguna*”, aclaración importante para el supuesto objeto de examen en este trabajo, puesto que no se requiere ni existió dicha declaración de ausencia.

I.3.c) Segundo efecto: disolución del matrimonio entre el declarado fallecido y su cónyuge

Teniendo en cuenta lo anteriormente previsto, el matrimonio entre María y Manolo, es decir, entre la persona desaparecida y declarada fallecida y su cónyuge, se disuelve de acuerdo con el art.85 CC, en relación al 195, que prevé como causa de disolución del matrimonio “*la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges*”. Según aparece redactado, no supone una presunción *iuris tantum*, sino una verdadera disolución similar a la que se produce en caso de muerte. También, debemos tener en cuenta que la disolución del matrimonio, afecta, lógicamente, a la sociedad de gananciales – art.1392.1º CC- o, en su caso, al régimen de participación – art.1414 CC. Asimismo, se extingue la patria potestad- art.169.1º-²¹.

Al quedar disuelto el matrimonio entre María y Manolo, el posterior enlace entre ésta y Marcial es plenamente válido, cumpliéndose así el presupuesto necesario para contraer matrimonio previsto en el art.46.2º CC²², requisito fundamental, ya que como afirma el art.73.2º del Código será nulo aquel matrimonio “*celebrado entre las personas a las que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48*”.

María, tendría en consecuencia, también, derecho a percibir la correspondiente pensión de viudedad, derecho que la Seguridad Social reconoce como mecanismo protector. Reafirman lo dicho la ya citada STS núm.407/2010, 18 de junio y la STSJ núm.1790/2010, de 15 de junio²³.

En definitiva, podemos ratificar la validez del matrimonio entre Marcial y María puesto que se celebra el 17 de agosto de 2009, fecha posterior a la señalada en el auto de declaración de fallecimiento, tanto si entendemos que ésta es el 30 de junio de 2007, como si entendemos que es el 30 de diciembre del mismo año.

I.3.d) Tercer efecto: apertura de la sucesión. Validez jurídica

Firme la declaración de fallecimiento, se produce su efecto patrimonial más importante: la apertura de la sucesión de los bienes del declarado fallecido de acuerdo con el art.196 CC²⁴.

¹⁹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.)/ PÉREZ DE CASTRO, N., “Título VIII..., cit., p.391.

BLASCO GASCÓ, F., (coord.)/CAPILLA RONCERO, F. /LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. /MONTÉS PENADÉS, V.L. /ROCA I TRIAS, E. /VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Lección 13ª..., cit., p.199.

²⁰Auto de la AP de Barcelona, de 23 mayo 2000, (JUR 2000\213615). Fundamento Jurídico 2.

²¹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.)/ PÉREZ DE CASTRO, N., “Título VIII..., cit., pp.391-392.

BLASCO GASCÓ, F., (coord.)/CAPILLA RONCERO, F. /LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. / MONTÉS PENADÉS, V.L. / ROCA I TRIAS, E./ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Lección 13ª..., cit., pp. 199-200

²²Artículo 46 CC: “*No pueden contraer matrimonio: 1º Los menores de edad no emancipados. 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial.*”

²³STSJ núm. 1790/2010, de 15 junio, (AS 2010\2858). Fundamento Jurídico 4.

Siendo llamados, por tanto, a la herencia aquellos que, en relación al día que el auto fijó como fecha de fallecimiento, resultasen ser herederos, teniendo en cuenta que se exige, para ser llamado a la sucesión, sobrevivir al causante y ser capaz en ese momento (arts.657, 758 y 1006 CC).

Dicha sucesión se llevará a efecto por los trámites correspondientes dependiendo de si ésta hubiese sido testada o intestada, cuestión que no se matiza en el caso, aunque sí que se menciona expresamente que María sucede a Manolo como heredera universal de todos sus bienes, lo que nos lleva a plantearnos dos posibilidades acerca de cómo se realizó la mencionada sucesión para que ésta fuese válida.

En el caso de que la sucesión hubiese sido intestada, los descendientes y ascendientes de Manolo (denominados legitimarios-art.807 CC) o no existen o no reúnen los requisitos necesarios respecto a la capacidad absoluta y relativa para suceder (arts.744 y ss. CC) ya que en la sucesión intestada deben heredar, antes que el cónyuge, sus parientes en línea recta descendente (art.930 CC) y sus ascendientes (935 CC). Por lo tanto, única y exclusivamente en el caso de que no exista ninguno de ellos, el cónyuge, es decir, María, puede suceder al difunto, Manolo, en todos sus bienes (art.944 CC), salvo que exista una separación judicial o de hecho (art.945 CC).

En el caso de que la sucesión hubiera sido testada, María será legalmente heredera universal de todos los bienes si ha sido nombrada expresamente por Manolo como tal en el testamento (arts.658 y 667 CC), siempre que éste cumpla con los presupuestos contemplados en los arts.662 y ss. CC y que, como en el caso de la sucesión intestada, sea porque no existen o sea porque están incapacitados absoluta o relativamente para la sucesión, no haya legitimarios, dado que, en esta situación, el testador no puede disponer de la parte de la herencia reservada a éstos (art.806 CC). Por ello, para que María pueda ser válidamente la heredera universal de todos los bienes de Manolo en caso de sucesión testada, tenemos que partir de la base o de que no existen ni descendientes ni ascendientes o de que no concurren en ellos los presupuestos necesarios para suceder, al igual que en la primera posibilidad que hemos barajado.

En este tipo de supuestos, la falta de prueba de la muerte del desaparecido supone la introducción de ciertas cautelas que tienen como fundamento favorecer los intereses del declarado fallecido, teniendo en cuenta la ley, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, su posible reaparición. Dichas cautelas, establecidas en el art.196 CC y que tienen como límite los 5 años desde la declaración de fallecimiento, ejercen un relativo control sobre el patrimonio de la persona considerada muerta.

Así, de acuerdo con los párrafos 2º y 3º del art.196 CC, los herederos no podrán disponer de los bienes a título gratuito, permitiéndose únicamente actos dispositivos de carácter oneroso, ni serán entregados los legados, “*salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de instituciones de beneficencia*”, previstas en los arts.747 y 788 CC, durante un período de 5 años a partir de la declaración.

Estos sucesores pueden realizar la partición de la herencia y disfrutar de los bienes que se les haya adjudicado, pero se requiere, aunque sólo fuese una persona, que se realice el inventario detallado de los bienes muebles y descripción de los inmuebles (párrafo 4º del art.196 CC). La norma alude al inventario notarial, pero debe entenderse incluido, en su caso, el judicial²⁵.

²⁴En su redacción vigente desde el 22 de octubre de 1939 hasta el 22 de julio de 2015, ya que al igual que el art.194 CC, el 196 sufrió una modificación introducida por el apartado cuarenta y dos de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, vigente desde el 23 de julio de 2015, fecha posterior al momento en el que se sucedieron los hechos.

²⁵BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.)/ PÉREZ DE CASTRO, N., “Título VIII..., cit., p.392.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de...*, cit., pp.79-80.

BLASCO GASCÓ, F., (coord.)/CAPILLA RONCERO, F. /LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. /MONTÉS PENADÉS, V.L. /ROCA I TRIAS, E. /VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Lección 13ª..., cit., p.199.

II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REPARICIÓN DE MANOLO: Revocación de la declaración de fallecimiento

La reaparición de Manolo el 3 de enero de 2014 justifica la aplicación del art.2043 LEC/1881²⁶, que trata de dar respuesta a aquellos supuestos en los que, como ocurre en el caso protagonista de este trabajo, el declarado fallecido reaparece.

II.1 Supuestos: identificación del supuesto que justifica la revocación de la declaración de fallecimiento

Una de las causas de terminación de la situación creada por la declaración de fallecimiento consiste, por un lado, como sucede en el supuesto, en que se presente el ausente o desaparecido, o se pruebe su existencia (Auto de la AP de Las Palmas, núm. 52/2009, de 23 marzo²⁷). Por otro lado, debe incluirse, como supuesto de cesación de la declaración de fallecimiento, la de que se pruebe la muerte (SAP de Asturias núm. 228/2003, de 6 junio²⁸).

II.2. Procedimiento

Al igual que ocurre con la declaración de fallecimiento, la revocación implica un nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria que se seguirá por los trámites del juicio verbal de acuerdo con los arts.2031 y 2032 LEC/1881²⁹. En este caso, también resulta siempre necesario un auto judicial como establece el art.2043 LEC/1881³⁰.

El art.179 RRC indica que dicha resolución debe inscribirse en el Registro Civil y, además, incluye la obligación para cualquier funcionario o particular que conozca de la existencia de la persona declarada ausente o fallecida o cuya desaparición esté anotada, de comunicar dicha circunstancia al Ministerio Fiscal o al Encargado del Registro.

II.3 Efectos

El auto judicial indicado en el apartado anterior, dejará sin efecto la declaración de fallecimiento tal y como prevé el art.2043 LEC/1881, destacando, de forma implícita la aplicación inmediata de lo dispuesto en el art.197 que luego analizaré detalladamente.

II.3.a) Repercusión de la revocación de la declaración de fallecimiento en la disolución del matrimonio entre el declarado fallecido y su cónyuge

Aunque en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico se regulen las consecuencias que pueda tener la reaparición del cónyuge declarado fallecido sobre el matrimonio anterior a la desaparición, la doctrina se inclina por entender que, una vez disuelto por la declaración de fallecimiento, éste ya no existe, independientemente de que el presunto fallecido regrese. Por consiguiente, Manolo no tendrá que llevar a cabo ninguna acción legal para poner fin a su matrimonio con María puesto que éste se mantiene disuelto. Además, tampoco se restaura el régimen económico. Todo ello, sin perjuicio de que la persona reaparecida y su ex – cónyuge puedan nuevamente retomar la convivencia y, si desean reanudar la vida matrimonial, casarse, estableciendo, por ejemplo, una nueva sociedad de gananciales que, en ningún caso, supondría la reanudación de la anterior³¹.

²⁶ Ver cita 11.

²⁷ Auto de la AP de Las Palmas núm. 52/2009, de 23 marzo, (JUR 2009\248605). Fundamento Jurídico 1.

²⁸ SAP de Asturias núm. 228/2003, de 6 junio, (JUR 2003\268479). Fundamento Jurídico 1.

²⁹ Ver cita 11.

³⁰ Ver cita 11.

³¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.)/PÉREZ DE CASTRO, N., “Título VIII..., cit., p. 394. BLASCO GASCÓ, F., (coord.)/ CAPILLA RONCERO, F. /LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. /MONTÉS PENADÉS, V.L. / ROCA I TRIAS, E. /VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Lección 13ª..., cit., p.200.

Por lo tanto, en definitiva, la reaparición de Manolo no afecta a la validez del segundo matrimonio de María.

II.3.b) Repercusión de la revocación de la declaración de fallecimiento en el ámbito patrimonial

Con la reaparición de Manolo se produce un grave problema en el ámbito patrimonial basado en que la causa que motivó la apertura de la sucesión, esto es, su fallecimiento, requisito fundamental para que se produzca la transmisión de sus bienes y derechos, ya no existe. Es decir, los bienes de su propiedad que sus herederos han adquirido siguen siendo suyos. Además, dichos bienes no están ya en poder de éstos puesto que como se relata en el supuesto de hecho, han sido vendidos, en el caso de los inmuebles, o gastados, en el caso del dinero. El art.197 CC nace para dar solución a este tipo de situaciones.

De acuerdo con lo previsto en el 3º párrafo del art.2043 LEC/1881, podemos afirmar que desde el momento en el que se dicta el Auto, consecuentemente, cesan automáticamente los efectos patrimoniales que había provocado la declaración de fallecimiento³², resultando de aplicación inmediata lo previsto en el art.197 CC. Es por ello que en el auto de revocación se declarará la ineficacia de la sucesión, aunque ello no implique que ésta no fuese válida en el momento en el que se produjo, teniendo en cuenta lo previsto en el art.196 CC. Además, en este sentido, en la mencionada resolución judicial de la AP de Las Palmas³³, observamos que el Juzgado de 1ª instancia que dictó el auto de revocación de la declaración de fallecimiento objeto del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, no sólo deja sin efecto dicha resolución, sino que también declara la ineficacia de la sucesión y condena al apelante al pago del precio obtenido por la venta de lo adquirido en la herencia, así como, en su caso, a la entrega al reaparecido de los bienes que ha obtenido con dicho precio.

Aunque dependiendo del supuesto que justifique la finalización de la declaración de fallecimiento las consecuencias sean distintas, existe algo común, de conformidad con el art.197, los sucesores del declarado fallecido conservarán las rentas y los frutos percibidos hasta el día en que se presente el ausente o se pruebe su existencia o su muerte. Ello es así siempre y cuando se parta de la existencia de buena fe, en caso contrario, se produce la aplicación analógica del art.187, es decir, si los sucesores conocieran que el declarado fallecido sigue vivo, serán terceros de mala fe y deberán restituir los frutos percibidos y los debidos percibir. También deberán, en este caso, indemnizar de los deterioros conforme a las normas de la posesión de mala fe³⁴.

Siguiendo con el análisis del art.197, la reaparición del declarado fallecido, implica, además, que éste 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, encontrándonos aquí con un caso de subrogación real. El ya mencionado Auto de la AP de Las Palmas³⁵, teniendo como base de su argumentación este precepto, establece, en este mismo sentido, que no podrá reclamarse los bienes que hayan pasado a terceros a título oneroso, pudiendo sólo exigir, por tanto, el precio o los bienes adquiridos con él.

Partiendo de lo anterior, respecto a la venta de los inmuebles, hay que advertir que en nuestro ordenamiento jurídico la transmisión de la propiedad sigue el principio general "*nemo plus iuris in*

RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coords.), "Capítulo IV: de la sociedad de gananciales", en *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2005, pp.233-720, p.531.

³²BLASCO GASCÓ, F., (coord.)/CAPILLA RONCERO, F. /LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. /MONTÉS PENADÉS, V.L. /ROCA I TRIAS, E. /VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., "Lección 13ª...", cit., p.200.

³³Auto de la AP de Las Palmas núm. 52/2009, de 23 marzo, (JUR 2009\248605). Antecedente de Hecho 1.

³⁴BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.)/PÉREZ DE CASTRO, N., "Título VIII...", cit., p. 393.

³⁵Auto de la AP de Las Palmas núm. 52/2009, de 23 marzo, (JUR 2009\248605). Fundamento Jurídico 2.

alium transferre potest quam ipse habet”, que significa que nadie puede transmitir más de lo que tiene. La venta que realiza María de estos inmuebles implica la venta de una cosa realizada por alguien que no es su propietario. Generalmente, esto produce que dicha venta no sea apta para transmitir la propiedad al adquirente. Sin embargo, en las adquisiciones *a non domino* (arts.464 CC y 34 LH), nuestro Derecho excepciona esta regla general para proteger la adquisición por parte de un tercero de buena fe³⁶. En estos casos, se le mantiene en la propiedad de la cosa adquirida en virtud del principio de la fe pública registral. Es el citado art.34 LH el que en términos positivos recoge este principio afirmando que “*conforme a dicho precepto, respecto de terceros, el contenido del Registro debe presumirse exacto e íntegro. Esto es, el tercero hipotecario se convierte en titular del derecho inscrito, en las condiciones reflejadas tabularmente, aunque el anterior titular registral no fuera realmente propietario (o titular de cualquier otro derecho real)*”.

Del mismo modo, el art.32 LH al establecer que “*los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero*”, justifica, en este tipo de supuestos, que el tercer adquirente puede desconocer legítimamente todo aquello a lo que no se haga referencia en el Registro, porque, como ya indica el art.34 LH, el contenido de éste no sólo debe reputarse exacto, sino también íntegro. El art.32 ratifica, por tanto, desde un punto de vista negativo, lo que el artículo 34 expresa en términos positivos.

El principio de fe pública registral previsto en el art.34 LH, produce como consecuencia fundamental que el tercero, si reúne los requisitos establecidos, será mantenido en su adquisición, lo que implica que alcanzará una titularidad jurídico-real (propiedad o cualquier otro derecho real) inatacable, entrando en juego la presunción *iuris et de iure*, de acuerdo a la cual el contenido del Registro se reputa, como indica la citada disposición y como acabo de indicar, siempre exacto en favor del tercer adquirente, quien, por tanto, puede consolidar su adquisición en los términos publicados por el Registro. Y es que no debemos olvidar que el fundamento del principio de fe pública registral es la protección de la apariencia que crean los asientos registrales, cuya información se presume veraz frente a terceros, con un carácter *iuris et de iure*.

El tercero al que nos referimos concuerda con el que señalan los arts.28, 31, 207 y 220 de la Ley Hipotecaria y es un tercero adquirente al que no le afecta la nulidad, resolución, inexistencia o falsedad del título anterior de su transmitente, ni la nulidad o inexactitud de la inscripción previa; o bien, un adquirente en la venta de cosa ajena confiado en la titularidad registral del vendedor (STS núm.625/ 2001, de 22 de junio³⁷ y núm.1184/2002, de 5 de diciembre³⁸).

Estos son los requisitos de la condición de tercero que deben ser cumplidos de forma rigurosamente cumulativa:

- **La adquisición mediante un negocio jurídico válido a título oneroso:** por un lado, es necesario que el negocio jurídico de adquisición del dominio sea válido de acuerdo con reiterada jurisprudencia del TS (STS núm.573/2007, de 14 de mayo³⁹ y núm.58/2009, de 11 de febrero⁴⁰), lo que implica que el único defecto que puede afectar a dicha adquisición debe ser la falta de titularidad del transmitente.

³⁶ÁLVAREZ OLALLA, P. /BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.)/CÁMARA ÁGUILA, P. /COSTAS RODAL, L. /PÉREZ CONESA, C. /SÁNCHEZ ARISTI, R., “Tema V. La compraventa”, en *Manual de Derecho Civil. Contratos*, Bercal, Madrid, 2011, pp.75-104, pp.102-103.

FONT BORX, V., “La adquisición a *non domino*”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario N° 463 (Noviembre-Diciembre de 1967)*, p.1607.

³⁷STS núm.625/2001, de 22 de junio, (RJ 2001\5071). Fundamento Jurídico 5.

³⁸STS núm.1184/2002, de 5 de diciembre, (RJ 2002\10429). Fundamentos Jurídicos 3 y 4.

³⁹STS núm.573/2007, de 14 mayo, (RJ 2007\4335). Fundamento Jurídico 4.

⁴⁰STS núm.58/2009, de 11 febrero, (RJ 2009\1286). Fundamento Jurídico 3.

Por otro lado, el requisito de la onerosidad está ratificado por la afirmación contenida en el párrafo 3º del art.34 LH que dice que “*los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente*”, refiriéndose a adquisiciones mediante donación o herencia. También, en este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944⁴¹ señalaba que “*los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente.*”

- **La adquisición de buena fe:** el tercero que haya inscrito o anotado debidamente su adquisición cuenta con una presunción legal favorable *iuris tantum* que lo favorece procesalmente, establecida en la Ley Hipotecaria, concretamente en el segundo párrafo del art.34, que indica que “*la buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que desconocía la inexactitud del Registro*”, en idéntico sentido que lo hace el art.434 CC, presunción que depende no de tal declaración legal sino de los datos de hecho del supuesto que se analice, es decir, la existencia o no de la buena fe del adquirente depende de los antecedentes del caso.

Un buen ejemplo de la enorme importancia de la existencia del requisito de la buena fe es la STS de 24 de octubre de 1990⁴² que, en esta línea, manifiesta que nunca se podrá buscar la protección de la fe pública registral por parte de aquellos que, por una u otra razón, han de ser considerados titulares de mala fe.

En definitiva, la buena fe supone el desconocimiento de la situación real o la creencia fundada de una situación equivocada (el adquirente cree que la titularidad registral de la persona que le transmitió el derecho en cuestión era exacta, sin vicio alguno de nulidad o claudicación) que debe concurrir en el momento de la adquisición del inmueble (STS núm.648/1999, de 17 julio⁴³ y núm.541/2002, de 31 de mayo)⁴⁴. Respecto a esto último, cabe indicar que la existencia de la buena fe del tercero debe valorarse en el momento de la adquisición del derecho (conclusión a la que llega el TS en sentencias como la ya citada núm.1184/2002, de 5 de diciembre⁴⁵) y que ésta debe seguir presente en el momento en que el tercero lo inscribe en el Registro de la Propiedad.

- **La adquisición tiene que traer causa del titular registral anterior (la adquisición debe proceder del titular según Registro):** este requisito, expresamente previsto en el art.34 LH, es una consecuencia del propio ordenamiento hipotecario ya que, por una parte, sólo el titular registral se encuentra legitimado para disponer de los derechos inscritos para poder llevar a cabo actos dispositivos (art.38 LH), y por otra, es una consecuencia básica del tracto sucesivo, en base al cual se estructuran las normas hipotecarias. El requisito exige que el tercero deberá adquirir la propiedad de una persona que figure como titular en el Registro.

- **La inscripción por parte del tercero de su propia adquisición:** evidentemente, la inscripción sólo beneficiará a quien la efectúa, y la fe pública es un efecto favorable de dicha inscripción. Este presupuesto es *sine qua non* para que el sistema registral despliegue sus efectos en beneficio del tercero adquirente.

⁴¹Ley de 30 de diciembre de 1944, derogada por la disposición final derogatoria del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, que prevé: “**Con la publicación de esta ley quedan derogadas la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, salvo lo prescrito en el primer párrafo de la Disposición transitoria 9ª; la Reforma de 30 de diciembre de 1944; el Decreto del Ministerio de Justicia de 24 de mayo de 1945, el de 5 de junio de igual año y la Orden de 14 del mismo mes, dictada para la ejecución de este último.**”

⁴²STS de 24 de octubre de 1990, (RJ 1990/8045). Fundamento Jurídico 10.

⁴³STS núm.648/1999, de 17 de julio, (RJ 1999\6771). Fundamento Jurídico 6.

⁴⁴STS núm.541/2002, de 31 de mayo, (RJ 2002\5024). Fundamento Jurídico 3.

⁴⁵STS núm.1184/2002, de 5 diciembre, (RJ 2002\10429). Fundamento Jurídico 3.

Sensu contrario, la inscripción del tercer adquirente priva de eficacia a los actos intermedios de transmisión del bien inmueble que, debiendo o pudiendo haber sido inscritos, no han llegado a acceder al Registro.

Por ejemplo, la STS núm.424/2011, de 21 de junio⁴⁶ es una de las muchas que plantea la necesidad de la inscripción del derecho adquirido⁴⁷.

En base a esto, podemos afirmar que tanto Eustaquio como Miriam son terceros adquirentes de buena fe protegidos por el principio de fe pública registral ante la posibilidad de que Manolo lleve a cabo cualquier acción legal contra ellos puesto que ambos han adquirido los inmuebles de forma válida y onerosa, conforme al párrafo 3º del art.34 LH, debido a que han efectuado el pago de un precio a María, concretamente 240000 y 175000 euros, respectivamente. Además, entiendo que los dos han comprado de buena fe sus inmuebles, ya que ésta se presume, como acabo de indicar anteriormente, en virtud de los artículos 34 LH y 434 CC, salvo que se pruebe que Eustaquio y Miriam conocían que la casa y el piso seguían perteneciendo a Manolo, algo poco probable puesto que de acuerdo con la narración de los hechos, hasta el día en el que éste reaparece, se desconocía que continuase con vida, momento posterior a las fechas en las que se llevan a cabo las compraventas. Respecto al requisito de que la adquisición provenga de la persona que figura como titular en el Registro, debemos recordar que María, como heredera universal, en virtud de las consecuencias patrimoniales que genera la declaración de fallecimiento a los que he hecho mención, era la propietaria, a todos los efectos, de los bienes y derechos de Manolo, porque, entiendo, que se procedería, tras la correspondiente apertura de la sucesión de acuerdo con el art.196 CC y, para su conclusión, a la oportuna transmisión de los inmuebles mediante la inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad a su nombre. Además, también resulta necesario que partamos de la base de que tanto Eustaquio como Miriam hayan inscrito su adquisición del inmueble en el Registro.

Bien, teniendo en cuenta lo anterior y lo previsto en el art.197 CC que, como repito, dice que el declarado fallecido 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, y el hecho de que de acuerdo al art.2043 LEC/1881, el auto dejando sin efecto el de declaración de ausencia legal o de fallecimiento, lleva implícita la aplicación inmediata de lo dispuesto en el artículo 197 del Código Civil, Manolo no tendrá derecho a exigir absolutamente nada a Eustaquio y Miriam, sin embargo, el juez en su resolución judicial, reconociendo el derecho previsto en el art.197 CC, además de revocar la declaración de fallecimiento y declarar ineficaz la sucesión, deberá condenar a María a abonar la mitad del precio recibido por la venta a Eustaquio de la casa que tenían en común al 50%, esto es, 120000 euros, o bien, si se diese la circunstancia, a entregar el bien o bienes que hubiese adquirido ésta con el dinero obtenido en la venta. También, se condenará a María al pago de la cantidad de 175000 euros recibida por la compraventa del piso que poseía Manolo de manera privativa en la costa de Coruña, valorado en 250000 y vendido a la amiga de María, Miriam, o bien, si fuese el caso, a dar el bien o bienes que hubiese adquirido con esa suma. En este último caso, conviene aclarar que, Manolo no podría obtener los 250000 euros en los que está realmente valorado el piso puesto que el precio es el convenido por las partes en virtud de los arts.1449, 1450 y 1501 párrafo primero del CC.

Respecto a la cuenta corriente, Manolo y María, de acuerdo con lo narrado en el caso, eran titulares de una cuenta de 65000 euros en Abanca, que en el momento de la reaparición contaba tan sólo con

⁴⁶STS núm.424/2011, de 21 de junio, (RJ 2011\4766). Fundamento Jurídico 3.

⁴⁷LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derechos reales y Derecho hipotecario. Principios de Derecho civil V*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp.322-327.

ÁLVAREZ OLALLA, P. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.)/ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. /CÁMARA ÁGUILA, P. /COSTAS RODAL, L. /DÍEZ GARCÍA, H. /GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. /GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. /LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M. /MORALEJO IMBERNÓN, N. /ORDÁS ALONSO, M. /QUICIOS MOLINA, S. /SÁNCHEZ ARISTI, R. /VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A., “Tema VI. El registro de la propiedad inmobiliaria”, en *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, Bercal, Madrid, 2012, pp.119-133, pp.127-131.

15000 euros. El art.197 CC especifica, en este sentido, que el reaparecido *“recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren”*.

Conviene aclarar que cuando el Banco formaliza la apertura de una cuenta existe la posibilidad de abrirla con varios titulares, los cuales tendrán un distinto grado o capacidad para disponer de los fondos y contratar o cancelar servicios en función del tipo de titularidad que se haya establecido. La actuación de éstos para disponer de la cuenta se organiza, generalmente, en la práctica, bajo dos modalidades: de forma solidaria o, como suele decirse, indistinta y de forma conjunta o mancomunada. La titularidad de la cuenta se determina en el momento de la firma del contrato.

En cualquier caso, el ejercicio conjunto de derechos frente al Banco, al igual que el indistinto, nada dice respecto a la “propiedad” de los fondos que ha de definirse recurriendo a la relación interna existente entre los titulares, aspecto fundamental para la resolución de la pregunta. Y es que las relaciones internas de los cotitulares son decisivas para acreditar la propiedad de los fondos. La cuenta en sí, el documento que la formaliza, sólo identifica “titulares”, pero no “propietarios”. Es decir, sólo identifica a quienes tienen facultades de disposición frente al Banco, pero no determina quiénes son los “propietarios” de los fondos en cuenta. Para realizar esa determinación y averiguar a quién pertenecen los fondos con que se nutre la cuenta es preciso recurrir a las relaciones internas.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha expresado en múltiples sentencias que la titularidad de una cuenta bancaria no determina en último término la propiedad de los fondos depositados. Esto tiene especial relevancia en los casos de titularidad múltiple. De acuerdo con STS núm.83/2003, de 15 de febrero⁴⁸ o STS núm.526/2000, de 29 de mayo⁴⁹, la *“apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa prima facie, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta.”*

Ello implica que cuando se abre una cuenta con varios titulares conviene determinar por escrito los detalles vinculados a la propiedad de los fondos, y cualquier acuerdo al que hayan llegado las partes. De lo contrario, el hecho de abrir una cuenta con varios titulares no será prueba suficiente para determinar los derechos de cada uno⁵⁰.

En definitiva, la titularidad de una cuenta corriente sólo tiene efectos entre los clientes y el banco en cuanto a la disposición de los fondos, pero no altera su propiedad. Ante la falta de detalles en la redacción del caso respecto a la existencia y al contenido de dicho acuerdo al que en su día pudieron llegar Manolo y María respecto de la propiedad de los fondos, podemos concluir, en base a esto, que si Manolo es el legítimo propietario de la totalidad de los fondos de la cuenta y puede demostrarlo (ya sea por contrato o, por ejemplo, con el justificante de las distintas transferencias), podría exigirle a María la devolución de los 15000 euros que quedan en la cuenta en el momento de su reaparición.

Sin embargo, si partimos de la premisa de que la propiedad corresponde tanto a María como a Manolo, existiría una copropiedad sobre la cuenta corriente (art.392 CC), y resultarían de aplicación las normas previstas en el Título III del Libro II del Código Civil, si no hubiese contrato o disposiciones especiales al respecto. El art.393 CC prevé que *“el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas”*, además, incluye que *“se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad.”* De esta forma, como no se aporta en el supuesto planteado ningún dato, presumimos que Manolo, si fuese copropietario, tendría una participación en la cuenta del 50%,

⁴⁸STS núm.83/2003, de 15 de febrero, (RJ 2013\2014). Fundamento Jurídico 2.

⁴⁹STS núm. 526/2000, de 29 mayo, (RJ 2000\3922). Fundamento Jurídico 4.

⁵⁰MUÑOZ PLANAS, J.M., *Cuentas bancarias con varios titulares*, Civitas, Madrid, 2003, pp.31-40 y 169-192.

por lo que le correspondería la mitad de lo que haya en la cuenta de Abanca en el momento de su reaparición, es decir, 7500 euros.

BLOQUE PENAL

I.POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRÍA INCURRIDO MARÍA POR LOS HECHOS COMETIDOS EN EL BARCO HACIA MANOLO

De acuerdo con la narración de los hechos, María es autora (arts.27 y 28 CP) y criminalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco modificativa de la responsabilidad criminal. A continuación se procederá a describir los aspectos más importantes de dicha calificación jurídica.

I.1 Responsabilidades penales en relación al delito de asesinato (art.139 CP)

El delito de asesinato se encuentra tipificado en el art.139 CP. Dicho artículo prevé que *“será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

1. *“ Con alevosía.*
2. *“ Por precio, recompensa o promesa.*
3. *“ Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.”*

La especificidad del asesinato frente al homicidio reside en que al hecho común de matar a otro viene a añadirse la presencia de alguna de las circunstancias que se enumeran en el art.139 CP: alevosía, precio, recompensa o promesa y ensañamiento⁵¹. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que tienen características comunes: ambos protegen el mismo bien jurídico (vida humana independiente⁵²), también coinciden los sujetos, activo y pasivo, el objeto material y los problemas de la relación de causalidad⁵³.

En relación con el supuesto analizado, a razón de la descripción que se hace del momento, parto de la base de que el ataque de María consistió en el golpeo en la cabeza a Manolo de improviso y con rapidez para, posteriormente, arrojarle por la borda del barco, lo que es, sin duda alguna, determinante para entender que ésta quiso facilitar, y facilitó de hecho con sus actos, la comisión del crimen provocando una clara situación de indefensión de la víctima, Manolo. Es esto precisamente lo que justifica la concurrencia de la alevosía a la hora de ejecutar la conducta y lo que hace que debamos entender que el comportamiento objeto de estudio es constitutivo de un delito de asesinato.

Jurisprudencialmente, el TS (SSTS núm.246/2011, de 14 de abril⁵⁴ y núm. 1145/2006, de 23 de noviembre⁵⁵) considera que concurre la alevosía en todos aquellos supuestos en que por el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa posible del agredido, es decir, de acuerdo con esto, el TS sostiene que la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de

⁵¹MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.47.

⁵²MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...*, cit., p.32.

BESIO HERNÁNDEZ, M. /BOLEA BARDÓN, C. /CARDENAL MONTRAVETA, S. /CARPIO BRIZ, D. /CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. /GALLEGO SOLER, J.I. /GÓMEZ MARTÍN, V. /HORTAL IBARRA, J.C./SALVADORI, I. /SANTANA VEGA, D., “Tema 1. Delitos contra la vida humana independiente”, en *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 27-60, p.28.

⁵³MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...*, cit., p.54.

⁵⁴STS núm.246/2011, de 14 abril, (RJ 2012\10534). Fundamento Jurídico 4.

⁵⁵STS núm.1145/2006, de 23 noviembre, (RJ 2007\583). Fundamento Jurídico 4.

asesinato (art. 139.1º CP) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art.22.1º CP), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada.

De todo lo expuesto se interpreta que el fundamento de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa o en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS núm.178/2001, de 13 febrero⁵⁶).

En cuanto a la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima a la que nos referimos, el TS entiende que *“debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos insitos en el propio instinto de conservación”* (STS núm.384/2000, de 13 de marzo⁵⁷).

Una vez definida esta circunstancia constitutiva del asesinato, es necesario advertir que la alevosía proditoria, la súbita o inopinada, también llamada “sorpresiva” y la alevosía de desvalimiento son las principales modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa que el TS viene distinguiendo en sentencias como la núm.49/2004, de 22 de enero⁵⁸. Debido a las circunstancias del hecho, la alevosía que concurre es la *“alevosía súbita o inopinada, llamada también “sorpresiva”, en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.”*

Igualmente, si sostenemos que el golpe se produjo en el contexto de una pelea o discusión entre María y Manolo, a pesar de que exista una doctrina reiterada del TS (entre otras, STS núm.956/2000, de 24 de julio⁵⁹) que considera incompatible la alevosía con las situaciones de riña o disputa previa basándose en el hecho de que los sujetos intervinientes en tales circunstancias deben contar con la posibilidad de un ataque por parte de los otros o del otro, la jurisprudencia (sentencias como la STS núm.694/2000, 24 de abril⁶⁰) ha venido matizando este criterio admitiendo excepciones, en las que se acreditó que un contendiente no tenía por qué contar con un ataque contra su vida. Para excepcionar la doctrina general es necesario:

“1ª. Que no exista un cambio cualitativo importante, pues puede haber alevosía cuando, por ejemplo, en una riña meramente verbal, de repente uno de los contendientes saca una navaja de forma inesperada para matar o lesionar.

2ª. Que no haya cesado el incidente anterior, pues cuando éste se ha dado por terminado y después hay una agresión súbita puede concurrir esta agravante.”

Por ello es *“compatible la alevosía con una discusión previa, cuando uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se deslice hacia una agresión desproporcionada que coja de sorpresa al acometido”* (SSTS núm.892/2007, de 29 de octubre⁶¹ y núm.912/2009, de 23 de septiembre⁶²). Justificación que se puede aplicar sin duda en el ataque de María a su marido, ya que éste no espera que de las palabras se pase a un ataque físico tan violento como el narrado.

⁵⁶STS núm.178/2001, de 13 febrero, (RJ 2001\1256). Fundamento Jurídico Único.

⁵⁷STS núm.384/2000, de 13 marzo, (RJ 2000\2380). Fundamento Jurídico 3.

⁵⁸STS núm.49/2004, de 22 enero, (RJ 2004\2171). Fundamento Jurídico 1.

⁵⁹STS núm.956/2000, de 24 julio, (RJ 2000\7120). Fundamento Jurídico 4.

⁶⁰STS núm.694/2000, de 24 abril, (RJ 2000\3299). Fundamento Jurídico 4.

⁶¹STS núm.892/2007, de 29 octubre, (RJ 2008\1312). Fundamento Jurídico 4.

⁶²STS núm.912/2009, de 23 septiembre, (RJ 2010\166). Fundamento Jurídico 1.

Partiendo de la definición legal de la alevosía, se considera necesario la concurrencia de los siguientes elementos (STS núm.155/2005, de 15 de febrero⁶³):

–*En primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas.* La alevosía sólo puede proyectarse a los delitos contra las personas. Evidentemente, este presupuesto se cumple en el caso puesto que la acción ilícita recae sobre Manolo, que es el titular del bien jurídico que se pone en riesgo, en este caso, la vida humana.

–*En segundo lugar, que el autor utilice en la ejecución, medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.* Se refiere al “modus operandi” y al empleo de medios, modos o formas de ejecución tendentes a asegurar el resultado letal, y que a su vez eliminen cualquier reacción defensiva de la víctima. Es el elemento objetivo. María ataca a Manolo de forma completamente inesperada, lo que provoca que su capacidad de reacción se vea notablemente disminuida, golpeándole en una zona vital para el ser humano, la cabeza. En este sentido, la zona elegida por María para dirigir el fuerte impacto y el acometimiento descrito resultaron idóneos para lograr el resultado, cogiendo totalmente por sorpresa a su marido, que, como decimos, no tuvo mínima opción de autoprotegerse⁶⁴.

–*En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél.* Se refiere al elemento subjetivo, según el cual, el sujeto activo ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o por lo menos, debe haber aprovechado la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo. Directamente relacionado con el elemento anterior, el comportamiento de María basado en el ataque espontáneo en la cabeza a su marido y el posterior lanzamiento del cuerpo por la borda del barco refleja la intención de matarle o, por lo menos, la intención de asegurar, sin riesgo alguno de que no ocurra, que Manolo muera.

–*En cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS 7.11.2002 [RJ 2002, 10074]).* Éste es el elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad se produjo una situación de total indefensión. Por lo que he expresado en los presupuestos anteriores, indudablemente la conducta de María causa una total ausencia de capacidad defensiva por parte de Manolo.

Por último, resulta oportuno que nos refiramos también al tipo subjetivo del delito, puesto que el asesinato está integrado por el dolo⁶⁵, otra diferencia fundamental entre éste y el homicidio. Mientras

⁶³STS núm.155/2005, de 15 febrero, (RJ 2005\3168). Fundamento Jurídico 9.

⁶⁴STS núm.62/2013, de 29 enero, (RJ 2013\975). Fundamento Jurídico 2. En esta sentencia, el TS aprecia la concurrencia de la alevosía no sólo por el ataque repentino a la víctima sino también por el hecho de haberle propinado un golpe seco en la sien eliminando con ello, también, cualquier posibilidad de defensa.

⁶⁵El dolo se define como “conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”, lo que implica que sus elementos básicos son el intelectual (el sujeto sabe qué es lo que hace y conoce los elementos que caracterizan su acción como conducta típica-elementos objetivos del tipo: sujeto, conducta, resultado, objeto material...) y el volitivo (además de conocer los elementos objetivos del tipo, es necesario, que quiera realizarlos). GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XVI. El dolo”, en *Derecho...*, cit., pp.265-280, pp.267-269.

Mayoritariamente, se sostiene que el dolo es “el conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto, tanto los de su parte positiva o tipo indiciario, como los de la parte negativa del tipo, es decir, la ausencia de los elementos de causas de atipicidad o de exclusión de la tipicidad y de causas de justificación; unos y otros son los presupuestos de la antijuridicidad o prohibición penal. En cambio, el dolo no requiere conocimiento o conciencia de la propia antijuridicidad o prohibición (ni general ni penal) de la conducta.” LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones...*, cit., p.239

que en el homicidio cabe la comisión imprudente, en el asesinato, esta opción resulta imposible ya que la propia naturaleza de las circunstancias del art.139, como la alevosía, se opone a esta posibilidad⁶⁶. El hecho de golpear a su esposo en la cabeza sorpresivamente deja clara la intención y la orientación de María de ocasionar con su conducta el resultado de muerte, y ello justifica, también, que éste sea claramente querido por ella, al ser la consecuencia más lógica y natural de su comportamiento, por lo que resulta claro que nos encontramos ante un supuesto evidente de dolo directo⁶⁷. Asimismo, en este sentido, la zona elegida por María para dirigir el fuerte impacto lleva a estimar concurrente el dolo específico que precisa la alevosía como elemento subjetivo⁶⁸. Y si pudiese existir alguna duda al respecto, ésta resulta inmediatamente despejada por la acción posterior ejecutada por la acusada, que arroja a Manolo por la borda del barco, lo que no sólo contribuye a demostrar su intención inicial de matarle sino que demuestra una clara persistencia en ella.

I.1.a) Grado de ejecución del delito: tentativa (arts.16.1 y 62 CP)

Respecto a la tentativa, el art.16.1 CP establece que *“hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”*. Por tanto, María es autora del delito en grado de tentativa porque realizó acciones externas encaminadas a la consecución del asesinato, adecuadas, sin duda, para la producción del resultado de muerte, sin embargo, dicho resultado no se produjo por causas autónomas a su voluntad, ya que el 3 de enero de 2014, Manolo reaparece.

Teniendo en cuenta que el juez, de acuerdo con el grado de ejecución alcanzado en la tentativa, puede imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado de acuerdo con lo dispuesto en el art.62 CP, resulta fundamental distinguir entre las denominadas tentativas acabada e inacabada. La determinación de la tentativa como acabada o inacabada (de acuerdo con el denominado criterio objetivo-subjetivo, apoyado por la doctrina española mayoritaria) se lleva a cabo teniendo en cuenta la percepción que de los actos externos realizados haga un observador imparcial. Es decir, si el autor cree que ha realizado todos los actos de ejecución, pero objetivamente no es así, habrá tentativa inacabada. Además, en la determinación objetiva hay que tener en cuenta el plan del autor (criterio subjetivo) para saber si la fase ejecutiva ha terminado o no, y es que, sin considerar la intención de éste, no se puede establecer si estamos ante una tentativa acabada o inacabada. Lo que implica que si la producción del resultado depende única y exclusivamente del azar, una vez terminada la actividad ejecutiva, como claramente ocurre en el supuesto, habrá tentativa acabada⁶⁹. Especificar la tentativa como acabada o inacabada es importante, como he indicado, desde el punto de vista de las reglas de determinación de la pena, ya que, de acuerdo con el art.62 CP, *“a los autores de tentativa del delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”*. Esto unido al hecho de que María no sólo golpea fuertemente en la cabeza a Manolo sino que posteriormente le

⁶⁶MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...*, cit., p.55.

⁶⁷En este caso, concretamente, dolo directo de primer grado ya que María quiere realizar el resultado, es decir, quiere matar a su marido. A diferencia de éste, el dolo de segundo grado implica que el autor no quiere directamente una de las consecuencias de su conducta pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende. GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XVI...”, cit., p.270.

“El dolo directo de primer grado es la forma de dolo en que el elemento volitivo se presenta de modo más intenso. Supone que el propósito, intención o finalidad que persigue el agente es precisamente la realización de los elementos de un tipo delictivo (en su caso, con su resultado).” LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones...*, cit., p.242.

⁶⁸Ver cita 64.

⁶⁹GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXVI. Consumación y tentativa.”, en *Derecho...*, cit., pp.412-429, p.420.

NÚÑEZ PAZ, M.A., *El delito intentado. Fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa*, Colex, Madrid, 2003, pp.67-72.

arroja al mar, supone una multiplicación evidente del peligro, es decir, supone aumentar *el peligro inherente al intento*, al que se refiere el mencionado art.62 CP, para el bien jurídico protegido (la vida, en este caso, de Manolo). Por todo ello, debemos rebajar la pena en un solo grado.

Cabe mencionar que la tentativa es un *tipo dependiente* porque todos sus elementos van referidos a un delito consumado. Por ello, no hay una tentativa en sí, sino tentativas de delitos consumados de homicidio, asesinato... De ahí que el dolo sea el mismo que en el delito consumado⁷⁰.

I.2 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

I.2.a) Valoración de la aplicación de la circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante (art.21.3º CP)

Cuando María relata telefónicamente a su amiga el asesinato de Manolo explica que en el momento en que cometió el hecho sentía “una inmensa sensación de ira y obcecación”. Esto hace necesario que valoremos la posibilidad de aplicar la atenuante prevista en el art.21.3ª CP, “*la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*” o, en su caso, las eximentes completa o incompleta previstas en los artículos 20.1º y 21.1º CP, respectivamente.

De acuerdo con lo previsto en el texto legal penal, la causa por la que María siente esa enorme ira y obcecación es la confesión de Manolo de su intención de terminar con el matrimonio debido a que había conocido a otra persona. Ante dicha confesión, María, entendemos, siente celos y frustración por la ruptura de su matrimonio.

En primer lugar, respecto de los celos, las SSTS de 3 de julio⁷¹ y núm. 1529/1994, de 14 julio⁷², distinguen entre la celopatía, insertada en el síndrome paranoico y la celotipia, como reacción vivencial desproporcionada, lo que puede dar lugar a la apreciación del Trastorno Mental Transitorio Completo o Incompleto, según su intensidad, en el caso de celopatía y de la atenuante pasional simple o cualificada, también según su intensidad, en el de la celotipia. En el primer caso, los celos son injustificados, no acordes con la realidad, a diferencia de lo que ocurre en el segundo. En la celopatía, los celos son causa del delirio de un sujeto paranoico, cosa que queda descartada en el supuesto que debo resolver puesto que la reacción de María se desencadena después de que Manolo le reconozca la existencia de otra persona, motivo por el cual quiere finalizar con su relación conyugal. Por ello, de aplicarse alguna de las circunstancias atenuantes que he enumerado, se aplicaría la prevista en el art.21.3º CP.

Respecto a ésta, cabe destacar que su fundamento radica, reconocido de forma unánime por la doctrina⁷³ y la jurisprudencia⁷⁴, “*en la disminución de la imputabilidad⁷⁵ (o de las facultades volitivas e intelectivas) que se pretende por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebató) o por la más persistente de incitación personal (obcecación) pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso.*” En relación

⁷⁰GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXVI..., cit., p.416.

⁷¹STS de 3 de julio de 1989, (RJ\1989\6743). Fundamento Jurídico 2.

⁷²STS núm.1529/1994, de 14 julio, (RJ 1994\6284). Fundamento Jurídico 4.

⁷³“*Estamos frente a una atenuante por disminución de la imputabilidad.*” MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 1998, pp.636 y 637.

GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXIX. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, en *Derecho...*, cit., pp.477-497, p.486.

⁷⁴STS núm.357/2005, de 22 marzo, (RJ 2005\4049). Fundamento Jurídico 14.

⁷⁵Imputabilidad definida como “*conjunto de requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tenía la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado y de actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico*” COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p.523 y MATALLÍN EVANGELIO, A., *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp.273-274.

con lo que he indicado al inicio, a diferencia de lo que ocurre con la atenuación, donde se produce una disminución de las facultades del agresor, en el Trastorno Mental Transitorio Completo, se ocasiona una anulación absoluta de las mismas⁷⁶, por lo que para aplicarse deberá acreditarse “*que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impide apreciar la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión*” mientras que en el Incompleto, el estímulo afecta severamente a la capacidad del sujeto activo, pero sin llegar a anularla, disminuyendo sensiblemente “*aquella capacidad culpabilística aún conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta*”⁷⁷.

El TS ha venido exigiendo, para entender la concurrencia de esta circunstancia de atenuación, la apreciación de varios requisitos⁷⁸: la exigencia de probar la existencia de la ofuscación de la conciencia (obcecación), el estado emotivo repentino o súbito (arrebato) o, en su caso, otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción capaz de disminuir el entendimiento o la voluntad del agresor, debiendo haber una relación causal entre una y otra, es decir, la conducta tiene que ser consecuencia del estímulo⁷⁹; ha de haber una cierta conexión temporal entre el estímulo y la emoción o pasión, lo que motiva que el arrebato no podrá apreciarse si ha transcurrido mucho tiempo ya que se entiende que dicho tiempo ha sido suficiente como para recuperar la “frialidad”; la necesidad de que exista proporcionalidad entre los estímulos y la reacción del sujeto⁸⁰; y, en último lugar, el TS exige, además, que el estado emocional sea causado por circunstancias no rechazables por las normas socioculturales de convivencia⁸¹, lo que implica que “*la atenuante va dirigida a asegurar la convivencia social, ya que una de las funciones del derecho penal es la ordenación de la misma, por lo que los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia*”⁸². Es decir, las causas de los estímulos no pueden ser repudiadas por normas éticas que rigen la convivencia. Todo ello permite descartar la aplicación de la atenuante de arrebato u obcecación en el supuesto puesto que, además de que ésta no se puede justificar en la existencia de una posible celotipia, derivada de celos justificados, con arreglo a las actuales normas socioculturales de convivencia, considero, a la luz de los hechos, que María actuó contra su pareja de una forma desproporcionada.

Pero, además de estos requisitos, debe acreditarse la existencia de estímulos o causas graves, externos al agresor y generalmente procedentes de la víctima⁸³ capaces de producir anomalías psíquicas en el sujeto activo (poderosos)⁸⁴. En este sentido, la jurisprudencia afirma reiteradamente

⁷⁶El Trastorno Mental Transitorio es definido como “*una reacción vivencial anormal que perturba totalmente las facultades psíquicas, privando de libre albedrío y sumiendo al sujeto en inconsciencia, aunque sea por escaso tiempo, lo que origina una alteración de la inimputabilidad.(...) Si la perturbación es total, el Trastorno Mental Transitorio se erigirá como causa de exención de la responsabilidad criminal, por cuanto la motivación de la norma no habrá operado en ningún momento, habiendo sido por ello totalmente nula.*” ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad. Análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebato u obcecación*, Bosch, Barcelona, 1999, pp.65 y 66.

“*Provoca una perturbación tal en la mente del sujeto que determina la plena anormalidad en su conocimiento de la situación o en las condiciones de su autocontrol.*” MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., p.601.

⁷⁷STS núm. 840/2012, de 11 octubre, (ARP 2013\66). Fundamento Jurídico 4.

⁷⁸STS núm.18/2006, de 19 de enero, (RJ\2006\978). Fundamento Jurídico 4.

MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias que excluyen o modifican la Responsabilidad Criminal*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2007, p.321.

ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Los estados pasionales...*, cit., pp.75-106.

⁷⁹STS de 4 octubre de 1988, (RJ 1988\7656). Fundamento Jurídico 3.

⁸⁰STS núm.428/1992, de 27 febrero, (RJ 1992\1386). Fundamento Jurídico 6.

⁸¹STS núm.554/1994, de 14 marzo, (RJ 1994\2146) - Fundamento Jurídico 1 - o STS núm.1301/2000, de 17 julio, (RJ 2000\6914) - Fundamento Jurídico 1.

⁸²STS núm.18/2006, de 19 enero, (RJ 2006\978). Fundamento Jurídico 4.

⁸³STS núm.1110/1996, de 20 diciembre, (RJ 1996\9032). Fundamento Jurídico 3.

⁸⁴STS núm.256/2002, de 13 febrero, (RJ 2002\3869). Fundamento Jurídico 5.

MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias...*, cit., p.322.

que la circunstancia “no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas” (SSTS núm.61/2010, de 28 de enero⁸⁵ y núm.339/2010, de 9 de abril⁸⁶). Así pues, la atenuante prevista en el art.21.3º del CP da entrada a aquellas situaciones emocionales en las que el autor, sin llegar a perder el control de sus actos, se ve sometido a una presión emocional que le impulsa a actuar. Lo importante para aplicar la atenuante es la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de gran influencia en su capacidad de culpabilidad. Todo ello hace que la atenuante esté por debajo del trastorno mental transitorio y por encima del acaloramiento o aturdimiento que suele acompañar habitualmente a los denominados delitos de sangre (como el asesinato). Centrándonos en el caso, es del todo evidente que estamos ante una situación de acaloramiento derivada de la confesión de Manolo a María de su deseo de terminar con el matrimonio provocado por el hecho de haber conocido a otra persona, en la que se pasa de las palabras al hecho delictivo, en este caso, el asesinato, es decir, una situación de tensión, de ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener, también, una intensidad suficiente como para romper los denominados “mecanismos inhibitorios”, de modo que el sujeto activo, María, se encuentre en una situación emotiva que la ley ha denominado como “arrebato” u “obcecación”, cosa que considero que no ha resultado acreditada.

Además, de acuerdo con la STS núm.339/2010, de 9 de abril, mencionada anteriormente, incluso aunque se nos especificase que el ataque de María se produjo en una situación de disputa o pelea previa mutuamente aceptada, la atenuante no resultaría de aplicación de acuerdo con el TS, puesto que el acaloramiento y la perturbación anímica son inherentes a dichas situaciones y al desarrollo de la comisión delictiva⁸⁷.

En conclusión, y de acuerdo con la SSTS núm.61/2010, de 28 de enero, ya citada, los celos, más allá de los casos en los que son el síntoma de una enfermedad patológica susceptible de otro tratamiento jurídico-penal, no pueden justificar, con carácter general, la aplicación de la atenuante de ira u obcecación sobre todo, en los supuestos de ruptura de la convivencia o del matrimonio, en los que, por definición, ambos cónyuges tienen el derecho de rehacer su vida. De lo contrario, entiende el TS, se estaría privilegiando injustificadas reacciones coléricas que son expresión de “un espíritu de dominación” que el sistema jurídico no puede beneficiar con un tratamiento atenuado de la responsabilidad criminal.

En segundo lugar y en relación con el párrafo anterior, conviene destacar, de igual forma, que el desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja nunca puede considerarse, como afirma de forma clara y tajante reiterada jurisprudencia, como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebato u obcecación⁸⁸.

Como indica la STS núm.1340/2000, de 25 julio *“la ruptura de una relación matrimonial constituye una incidencia que debe ser admitida socialmente, si tenemos en cuenta que las relaciones entre los componentes de la pareja se desenvuelven en un plano de igualdad y plenitud de derechos que inicialmente y dejando a salvo algunas variantes posibles, deben prevalecer en toda clase de relaciones personales. Por ello ninguna de las partes afectadas puede pretender tener un derecho superior a imponer su voluntad a la contraria, debiendo admitir que la vía para la solución del conflicto no puede pasar por la utilización de métodos agresivos, amenazas o coacciones. La pretensión de reanudar a ultranza unas relaciones conyugales o de pareja, deterioradas por diferencias o enfrentamientos personales, no pueden llevarse hasta el extremo de utilizar la fuerza como único procedimiento para imponer la voluntad del agresor. Quien se sitúa en el plano*

⁸⁵STS núm.61/2010, de 28 enero, (RJ 2010\3010). Fundamento Jurídico 16.

⁸⁶STS núm.339/2010, de 9 abril, (RJ 2010\4881). Fundamento Jurídico 6.

⁸⁷ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Los estados pasionales...*, cit., pp.139-142.

⁸⁸STS núm.1424/2004, de 1 diciembre, (RJ 2005\466) - Fundamento Jurídico 13 - y STS núm.201/2007, de 16 marzo, (RJ 2007\1545) - Fundamento Jurídico 3.

injustificable de la prepotencia y la superioridad no puede pretender que su conducta se vea beneficiada por un reconocimiento de la disminución de su imputabilidad o culpabilidad”⁸⁹.

I.2.b) Valoración de la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco (art.23 CP)

Respecto a la aplicación de la circunstancia agravante, el art.23 CP recoge la conocida habitualmente como circunstancia mixta de parentesco, llamada así porque puede tanto atenuar como agravar la pena. Dicho artículo dice: *“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.”* En este caso, María, la acusada, es cónyuge de la persona agraviada por el delito, Manolo.

No existe un catálogo de aquellos delitos en los que esta circunstancia agrava o atenúa. Depende de la apreciación de los Tribunales, que deberán tener en cuenta *“la naturaleza, los motivos, y los efectos del delito”*, como señala el art.23 CP.

De todos modos, según la doctrina⁹⁰ y la jurisprudencia⁹¹ mayoritarias, puede atenuar en los delitos contra la propiedad y agravar en los delitos contra las personas. En otros casos, por supuesto, podrá ser irrelevante.

El TS exige la concurrencia de dos requisitos para aplicar la circunstancia agravante del art.23 cuando la víctima y el acusado estén casados o sean pareja de hecho⁹², como en el caso estudiado. El primero de ellos se refiere a esta circunstancia, la existencia de una relación matrimonial o análoga a la misma, presupuesto que se cumple puesto que María, autora del delito, y Manolo, víctima del mismo, se encuentran ligados por una relación conyugal. La segunda premisa implica que *“el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas (...) por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprece con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima”*, es decir, que el delito cometido debe de tener una relación, directa o indirecta, con la condición de la víctima como cónyuge o pareja de hecho del autor del mismo, presupuesto que se cumple también, puesto que el motivo de que María agrede a Manolo es la confesión de éste de su intención de poner fin a su relación matrimonial debido a que había conocido a otra persona.

I.3 Determinación de la pena

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el asesinato se castiga con una pena de privación de libertad de quince a veinte años (art.139 CP). María es autora material del delito (art.27 y 28 CP), motivo por el cual la pena se aplica en toda su extensión (art.61 CP).

Sin embargo, al haber cometido el delito en grado de tentativa, en relación a lo que ya he explicado en el apartado I.1.a), se aplicará la pena inferior en un grado (art.62 CP). De acuerdo con esto, la

⁸⁹STS núm.1340/2000, de 25 julio, (RJ 2000\6229). Fundamento Jurídico 3.

⁹⁰GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXIX...”, cit., p.493.

⁹¹*“La circunstancia mixta de parentesco (art. 23 del CP) es de aplicación cuando la relación familiar resulte relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como atenuante o como agravante atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor por el hecho de existir la **relación parental, conyugal o de análoga afectividad**, estimándose que un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta existente incremente o disminuya, en cierto modo, el vigor o entidad del mandato que lo impide así como los efectos sobre la víctima. Y así con carácter general cuando se trata de delitos contra las personas esta circunstancia viene operando como agravante.”* SAP de Madrid núm.35/2003, de 22 marzo, (ARP 2003\733). Fundamento Jurídico 3.

⁹²STS núm.216/2007, de 20 marzo, (RJ 2007\1836). Fundamento Jurídico 1; STS núm.59/2013, de 1 febrero, (RJ 2013\1848). Fundamento Jurídico 3; STS núm.547/2015, de 6 octubre, (RJ 2016\77). Fundamento Jurídico 2.

pena impuesta podrá ser de 7 años y 6 meses a 15 años menos un día, es decir, de 7 años y 6 meses a 14 años, once meses y 29 días de prisión.

Además, la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco hace que la pena se aplique en su mitad superior de acuerdo con el art.66.1.3º CP, que establece que “*cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, se aplicará la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.*” Por ello, en definitiva, la pena principal que se podrá imponer a María será de 11 años, 3 meses y un día a 15 años menos un día, o lo que es lo mismo, la pena de prisión con la que se podrá castigar a María será de 11 años, 3 meses y 1 día a 14 años, 11 meses y 29 días de prisión.

Respecto a las penas accesorias, el art.57.1 CP señala que en el caso del delito de asesinato, entre otros, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente podrá imponerse, también, una o varias de las prohibiciones contempladas en el art.48 CP⁹³, incluyendo, además, en su apartado número 2, que en caso de que el delito sea cometido contra quien sea o haya sido cónyuge se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el art.48.2 CP. En este caso, como la pena principal impuesta es superior a 5 años, nos encontramos con un delito grave (arts.13.1 y 33.2.a CP⁹⁴), lo que provoca que las prohibiciones del art.48 durarán entre uno y diez años más que la pena de prisión que finalmente se imponga, siendo su cumplimiento simultáneo (art.57.1. 2º párrafo y 57.2 CP).

II.DICTAMEN JURÍDICO RESPECTO DE LA VALIDEZ DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS⁹⁵

⁹³Artículo 48 CP: “1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.”

⁹⁴Artículo 13.1 CP: “Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.”

Artículo 33.2.a CP: “Son penas graves: a) La prisión superior a cinco años.”

⁹⁵La regulación de las intervenciones de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, comienza con el art.579 LECr introducido por la LO 4/1988. En el año 2015, la Ley de Enjuiciamiento Criminal experimentó una reforma a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre (que entra en vigor el 6 de diciembre de 2015). La citada modificación incorpora en el Título VIII del Libro II los Capítulos IV y V. En ellos se regulan, de forma mucho más exhaustiva, las intervenciones y escuchas telefónicas y, centrándonos especialmente en los hallazgos casuales, se introduce definitivamente una resolución expresa respecto de los supuestos de descubrimiento casual a través del art.588 bis i que indica que “*el uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regularán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis*”. Artículo también introducido por la LO del año 2015. La mencionada reforma responde a lo que la jurisprudencia constitucional venía exigiendo desde las SSTC núm. 49/1999, de 5 de abril, (RTC 1999\49) – Fundamento Jurídico 5º- y núm.184/2003, de 23 de octubre, (RTC 2003\184) -Fundamento Jurídico 5º-, ante la vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales relativos a las intervenciones de comunicaciones. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., “Lección 17. Actos de investigación que afectan a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.”, en *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.271-294, pp.282-283.

Una vez aclarada esta cuestión, conviene destacar que si la intervención telefónica se hubiese acordado más allá del 6 de diciembre de 2015, resultaría de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Criminal reformada (disposición transitoria única de la LO 13/2015) y, por consiguiente, podríamos resolver la situación en base al art.579 bis. Sin embargo, por la narración de los hechos todo parece apuntar a que las escuchas se produjeron en el año 2009, año en el que contrae matrimonio con María (concretamente el 17 de agosto) teniendo en cuenta que cuando se nos indica que Marcial está siendo investigado por un delito de tráfico de drogas, se identifica a éste como “el nuevo marido de María”. Por ello,

De acuerdo con el supuesto de hecho, el descubrimiento del asesinato de Manolo, a manos de su mujer María, se realiza en el marco de una intervención telefónica que tiene por objeto investigar a Marcial, el segundo esposo de María, por un delito de tráfico de drogas. Estamos ante una situación denominada como “hallazgo casual”. La Circular de la Fiscalía núm.1/1999, de 29 de diciembre⁹⁶, sobre enjuiciamiento criminal e intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales define “los llamados en la doctrina descubrimientos o hallazgos ocasionales o casuales” como “la aparición de hechos delictivos nuevos no incluidos en la resolución judicial habilitante de la medida de intervención telefónica y que surgen a la luz cuando ésta se está llevando a efecto. Estos nuevos hechos delictivos pueden tener relación con la actividad criminal investigada, siendo en tal caso delitos conexos que deben investigarse y enjuiciarse en la misma causa, o puede tratarse de delitos absolutamente autónomos e independientes, produciéndose una especie de novación del tipo penal investigado.”

Ante la falta de detalles acerca de la realización de la observación telefónica, analizaré la validez de los hallazgos casuales en dos situaciones diferentes: cuando éste se realice durante un acto de investigación telefónica legal y cuando se efectúe durante una intervención ilegal.

II.1 El hallazgo casual en el marco de las intervenciones telefónicas legales

La doctrina del TS⁹⁷ asentada en las SSTS núm. 1004/1999, de 18 de junio⁹⁸, y la núm.885/2004, de 5 de julio⁹⁹ entiende que “el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo.” Es decir, el hallazgo de pruebas, en el transcurso de intervenciones telefónicas legales, que descubran la comisión de un delito distinto al inicialmente investigado es válido¹⁰⁰.

Desde este punto de vista, en el caso concreto, nos encontramos, pues, con la aparición de un delito nuevo (el asesinato de Manolo) cometido por un sujeto que inicialmente no estaba siendo investigado (María), en el curso de una investigación de otro delito diferente (el tráfico de drogas), no incluido en la resolución judicial que debe habilitar la citada intervención telefónica de acuerdo con el art.579.2 LECr. Por tanto, respecto de la legalidad de las intervenciones, la motivación judicial de la adopción de la medida configura un requisito fundamental, sin el cual, los resultados logrados en la misma no tendrían ningún tipo de eficacia probatoria teniendo en cuenta el art.11 LOPJ que prevé que “en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe” no surtiendo efecto “las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Éste es uno de los presupuestos necesarios para que la diligencia de investigación telefónica se considere legal y, por lo tanto, para que la información obtenida en ella sea válida y es que no debemos olvidar que las escuchas suponen un atentado grave respecto de la vida privada (derecho a la intimidad personal y familiar del art.18.1 CE) y del secreto de las comunicaciones (art.18.3 CE), derechos fundamentales, no sólo reconocidos constitucionalmente sino también comunitaria e

resolveré la problemática del descubrimiento casual desde la óptica, deficiente, del art.579 de la LECr antes de su reforma en el año 2015.

⁹⁶También destaca, más recientemente, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

⁹⁷Incorporada, entre otras, en la STS núm.1426/1998, de 23 noviembre, (RJ 1998\9198). Fundamento Jurídico 1; la STS núm.1313/2000, de 21 julio. (RJ 2000\6772). Fundamento Jurídico 1; la STS núm.1898/2000, de 12 diciembre, (RJ 2000\9755). Fundamento Jurídico Único; STS núm.16/2001, de 22 enero, (RJ 2001\1676). Fundamento Jurídico Único; la STS núm.768/2007, de 1 octubre, (RJ 2007\5471). Fundamento Jurídico 1.

⁹⁸STS núm.1004/1999, de 18 junio, (RJ 1999\5971). Fundamento Jurídico 1.

⁹⁹STS núm.85/2004, de 5 julio, (RJ 2004\4183). Fundamento Jurídico 2.

¹⁰⁰ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* N°2, 2011, p.4.

internacionalmente en los arts.8 del CEDH, 7 de la DUDDHH y 12 PIDCP¹⁰¹. En este sentido, ante la inexistencia de la regulación de los requisitos necesarios para que se proteja de forma efectiva los derechos fundamentales que se ven comprometidos en este acto de investigación en el art.579 LECr (anterior a su reforma en el año 2015)¹⁰², debemos acudir a la jurisprudencia para delimitar las condiciones bajo las cuales se tendrán que producir las escuchas telefónicas. Concretamente, destaca el Auto del TS de 18 de junio de 1992¹⁰³, también denominado Auto del caso Naseiro, que resulta posteriormente completado en sentencias del propio Tribunal Supremo¹⁰⁴ y del Tribunal Constitucional.

A grandes rasgos, el Auto, distingue los siguientes requisitos: la necesidad de la existencia de indicios (algo que menciona el art.579 también) respecto de la comisión del delito que se está investigando no siendo suficiente la mera sospecha policial, el hecho de que el órgano jurisdiccional debe acordar la medida, como ya he indicado, en una resolución motivada que justifique de manera suficiente, razonada, razonable y específica (principio de especialidad¹⁰⁵- la resolución judicial se dispensa para una investigación concreta, por lo tanto, la autorización se refiere al objeto de la misma y no a otro, para evitar las diligencias de prospección) el porqué de la escucha y la necesidad de control y seguimiento judicial directo y periódico de la diligencia, hasta que ésta cese (principio de la reserva de la intervención judicial- que implica que el juez de instrucción debe intervenir tanto en la adopción de la medida como en la ejecución), para que respete en todo momento las garantías constitucionales y bajo el principio de proporcionalidad.

Además de hacer mención a los requisitos necesarios para llevar a cabo este tipo de diligencias, el Auto resulta básico ya que se refiere directamente a los supuestos donde se producen descubrimientos casuales, refiriéndose a la disociación entre investigación y autorización.

En este sentido, la Circular del año 1999, transcribe lo contemplado en el Auto del TS que señala *“respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga (...) Basta con que, en el supuesto de comprobar la Policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación, a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en*

¹⁰¹En este sentido, encontramos múltiples sentencias tanto del TC español como del TEDH que recalcan la importancia de la motivación judicial de este tipo de medidas: la STC núm.26/1981, de 17 de julio, en su Fundamento Jurídico 14º, declara que *“cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos.”*; la STC núm.62/1982, de 15 de octubre, prevé, en esta misma línea, que *“a juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado. De otro modo, se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos (art. 24.1 de la Constitución), ya que se afectaría al ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en Derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo”* (Fundamento Jurídico 2º). El TC entiende la motivación como algo necesario para preservar el derecho de defensa y para realizar el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio de un derecho fundamental y la causa a que el mismo obedece. Del mismo modo, el TEDH ha venido exigiendo toda una serie de requisitos, entre los que destaca la necesidad fundamental de la justificación judicial de la medida, para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas de un particular (Sentencias de dicho Tribunal de 6 de septiembre de 1978 y 2 de agosto de 1984, respectivamente dictadas en los asuntos “Klass y otros” y “Malone”).

¹⁰²La ya citada STC núm.184/2003, de 23 de octubre, apuntaba que la regulación de las intervenciones era vaga e indeterminada puesto que no atendía a elementos básicos, *“por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art.18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art.10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH”*. Ver cita 95.

¹⁰³Auto de 18 junio 1992, (RJ 1992\6102). Fundamentos Jurídicos 6 y 11.

¹⁰⁴STS núm.1314/1994, de 27 junio, (RJ 1994\5034) - Fundamento Jurídico 3 - y STS núm.1762/1994, de 11 octubre, (RJ 1994\8170) - Fundamento Jurídico 1.

¹⁰⁵Entre otras, en la ya citada STS núm.1762/1994, de 11 octubre (cita 104).

las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente” ya que de lo contrario se produciría una vulneración del derecho a la intimidad, es decir, si la policía detectase un posible delito o posibles delitos nuevos durante las interceptaciones y no lo pusiese en inmediato conocimiento del Juez que autorizó u ordenó la intervención, para que proceda a examinar su propia competencia y la obligación de la proporcionalidad, se quebrantaría el derecho a la intimidad y el secreto en las comunicaciones.

La resolución del juez dependerá del grado de relación que guarden estos hallazgos con el delito que se estaba investigando inicialmente en virtud de la orden judicial que autorizaba dichas escuchas¹⁰⁶: el juez diferenciará entre el caso en el que el delito descubierto esté relacionado con el investigado y el caso en el que el hecho delictivo no esté vinculado, esto es, sea autónomo e independiente respecto del delito objeto de la indagación. Consideración reflejada por la citada Circular de la Fiscalía que dice *“una vez que el Juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, la solución dependerá de que se trate de un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, que exista conexidad entre ambos, o, por el contrario, se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior.”* Lo que implica también que el juez será el que tendrá que evaluar si los delitos son conexos y si procede o no extender la medida.

En esta línea, la Circular del año 1999 establece, a la luz del mencionado Auto del TS, que *“en el primer caso (hechos conexos) deberá darse una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa; por el contrario, en el segundo supuesto (hechos independientes y no vinculados), el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque.”*

Por ello, en el caso Naseiro se llega a la conclusión, de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior, para los supuestos en que el delito casual no esté relacionado con el investigado, de que al no haberse dictado una nueva y expresa orden judicial se produce una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto en las comunicaciones, con lo cual, se declara incorrecto el sostenimiento de la intervención telefónica, porque el juez no pudo realizar esa valoración individualizada con base en el citado principio de proporcionalidad, además, de que *“(…) la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo que no es aceptable.”*

A esta misma conclusión llegan también el TS y el TC en sentencias como la STS núm.1424/1993, de 18 de junio de 1993¹⁰⁷, afirmando que *el “(…) deber de la policía de dar cuenta inmediata, sin solución de continuidad, al Juez de Instrucción de la aparición de un posible o posibles nuevos delitos, a los efectos consiguientes, entre ellos el de examinar su propia competencia y la exigencia de proporcionalidad, pues en otro caso la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo que no es aceptable. Tales situaciones -termina consignéndose en el auto- si no son controlables y controladas de manera directa por el Juez, provocan o pueden provocar el completo*

¹⁰⁶ DIAZ CABIALE, J.A., y MARTIN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001 pp. 176 y ss. En palabras de DIAZ CABIALE, *“cada vez que aparecen nuevos hechos es evidente que respecto de los mismos no se realizó (...) la correspondiente ponderación de la proporcionalidad de la medida restrictiva, aunque haya mediado resolución judicial habilitante. (...) Pero no todo hallazgo casual supone necesariamente la ruptura de los principios constitucionales (...), sino que es preciso examinar la relación entre los hechos investigados y aquellos que se descubren. Dichos principios no quiebran cuando existe homogeneidad”*.

¹⁰⁷ STS núm.1424/1993, de 18 junio, (RJ 1993\5191). Fundamento Jurídico 5.

desconocimiento del principio de proporcionalidad”; o la STC núm.49/1996¹⁰⁸, destacando que la policía, al tener conocimiento, mediante las escuchas, de la existencia de otro delito deberá comunicárselo inmediatamente al juez ya que, de lo contrario, dice su Fundamento Jurídico 5º, se producirá una ausencia de control por parte del Juez instructor de la ejecución de la medida de intervención telefónica lo que provocará *“la vulneración del principio de proporcionalidad en cuanto criterio de interpretación inferido de los preceptos constitucionales en juego, toda vez que, al desconocer los hechos que realmente se estaban investigando, no pudo efectuar ponderación alguna entre el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (ex art.18.3 CE) que la medida de intervención telefónica suponía, y la finalidad perseguida con la misma; no pudo considerar el Juez si resultaba adecuada a la naturaleza de los hechos.”*

Si analizamos la jurisprudencia anteriormente citada, tanto del TC como del TS, al igual que una gran parte de la doctrina, dos son, básicamente, las soluciones propuestas y admitidas respecto del hallazgo casual en el marco de las intervenciones telefónicas legales: bien entender que el nuevo delito, de cuya existencia se tiene conocimiento casual, es conexo, bien entender que no lo es. Queda fuera de toda duda, que, desde el mismo momento en que aparecen nuevos tipos delictivos en el curso de unas escuchas telefónicas, se le deben comunicar de forma inmediata al juez que autorizó dicha medida para que amplíe el auto habilitante en caso de conexidad. Pero cuando no se de ésta, el tribunal deberá abrir otra investigación y otro proceso, teniendo que autorizar el juez competente la continuación de la investigación en otro auto.

En conclusión, después de todo lo dicho, respecto a los hallazgos del caso, consistentes en la revelación de María de la comisión de un delito de asesinato en el marco de unas escuchas legales que se efectúan, nos encontramos ante el descubrimiento de un nuevo hecho criminal que no guarda conexión con el inicialmente investigado, el delito de tráfico de drogas, circunstancia que debe ser comunicada inmediatamente al juez de instrucción que autorizó las citadas escuchas para que dicte expresamente una nueva autorización judicial que permita la continuación de la escucha, incoándose la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se continuará una investigación diferente de la del delito de tráfico de drogas, el delito inicialmente investigado.

II.2 El hallazgo casual en el marco de las intervenciones telefónicas ilegales

El art.11.1 LOPJ, al que he hecho ya mención, dispone que *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*. Este artículo encuentra su precedente en la doctrina de la STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre¹⁰⁹, que consideraba que las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales (en el caso de las intervenciones telefónicas, los derechos previstos en los arts.18.1 y 18.3 CE) vulneraban el art.24.2 CE. Además de esta consecuencia directa, de acuerdo con el precepto, por haberse obtenido vulnerando indirectamente derechos o libertades fundamentales, quedan afectadas o contaminadas, también, por la nulidad, todas aquellas otras pruebas obtenidas de la prueba principal o anterior (las pruebas que se hubieran practicado sólo como consecuencia de la prueba prohibida y que, de no ser por ella, no se hubieran llegado a aportar) según la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos denominada *“de los frutos del árbol envenenado”*. Es decir, *“la prueba que viola un derecho fundamental tiene una eficacia refleja o indirecta en el conjunto de la prueba penal, pues sus efectos se comunican a las fuentes probatorias que de ella se hubieran obtenido”*¹¹⁰. Nuestro TC respalda

¹⁰⁸STC núm.49/1996, de 26 marzo, (RTC 1996\49). Fundamento Jurídico 5.

¹⁰⁹STC núm.114/1984, de 29 noviembre, (RTC 1984\114).

¹¹⁰CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *“Lección 23. EL DESARROLLO DEL JUICIO ORAL. LA PRUEBA”*, en *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.367-392, p.387.

dicha doctrina en numerosas resoluciones¹¹¹ señalando que “*toda prueba de una prueba prohibida es nula*”.

Desde este punto de vista, si las escuchas telefónicas en las que resulta investigado Marcial por un delito de tráfico de drogas, donde se descubre la comisión del asesinato de Manolo a manos de María, se efectúan sin cumplir con los requisitos exigidos para su legalidad¹¹² (por ejemplo, la intervención de las comunicaciones se ha realizado sin la autorización judicial preceptiva) no deberán ser tenidas en cuenta por el juzgador para dictar sentencia condenatoria. De igual forma, de acuerdo con “la doctrina de los frutos del árbol envenenado”, la confesión de María quedará afectada por la nulidad de las intervenciones telefónicas, ya que ésta se obtuvo gracias a dicha diligencia, sin la cual no se hubiese descubierto la participación de la esposa de Manolo en la perpetración de su asesinato.

III.POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRÍA INCURRIDO MARCIAL POR LOS HECHOS SUCEDIDOS EN EL PERIODO TRANSCURRIDO ENTRE LA PRIMERA AGRESIÓN, PRODUCIDA EN ENERO DE 2010, HASTA LA INTERPOSICIÓN DE LA DENUNCIA POR PARTE DE MARÍA

III.1 Responsabilidades penales en relación a los delitos de violencia no habitual de género o en el ámbito familiar (art.153.1 CP) y al delito de lesiones al feto (art.157 CP)

Los episodios narrados en el supuesto ocurridos en enero y marzo de 2010 son constitutivos de dos delitos de maltrato del art.153.1 CP¹¹³.

La violencia doméstica no habitual está prevista en el art.153 incorporado en el Título III del Libro II del CP referente a las lesiones. La conducta consiste en la causación de lesiones que no sean constitutivas de delito. De acuerdo con la Circular 4/2003 de la Fiscalía General del Estado (Apartado II.1), con la reforma producida por la LO 1/2004¹¹⁴, se castiga como delito determinadas lesiones producidas en el ámbito doméstico o familiar que antes de la mencionada modificación eran consideradas faltas del art.617.1 CP - también las del art.617.2 ya que la acción de golpear o el maltrato de obra sin causar lesión es la conducta equivalente a las faltas antes dichas - cuando la víctima sea alguna de las personas referidas en el art.173.2 CP (cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente...). Esta reforma produce la derogación del segundo párrafo del art.617. Sin embargo, siguen considerándose faltas las conductas descritas en el art.617 cuando la víctima no esté contemplada en las personas nombradas en el art.173.2 CP y, también, las del art.620, aun

¹¹¹SSTC núm.49/1996, de 26 de marzo (ya mencionada en la cita 108). Fundamentos Jurídicos 2-7; núm. 86/1995, de 6 de junio, (RTC 1995\86); núm.85/1994, de 14 de marzo, (RTC 1994\85). Fundamentos Jurídicos 3 y 4.

¹¹²Como ya he indicado, la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal injerencia ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad, el cual se refiere no sólo a la relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones.

¹¹³Artículo 153.1 CP: “*1.El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*”

¹¹⁴Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

producidas entre dichas personas - salvo las amenazas leves sin armas, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve¹¹⁵.

La violencia puede ser psíquica (conductas humillantes, vejatorias, amenazantes o injuriosas) o física no constitutiva de lesión por parte de una persona sobre otra de las que pertenecen al ámbito de la relación familiar o sentimental, con o sin convivencia. No se requiere resultado alguno. Estamos, pues, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, ante un delito de peligro abstracto para la salud de las personas (STS núm. 927/2000, de 24 de junio¹¹⁶).

Si se causan lesiones, acreditándose sus resultados y revistiendo una gravedad considerable se aplicarían los delitos correspondiente (es decir, los artículos 148.4, 149 o 150, con la circunstancia agravante de parentesco) puesto que se causa un menoscabo objetivo de la salud, física o psíquica o de la integridad corporal que haga precisa, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico; en este supuesto, no se indica en ningún momento que María, cónyuge de Marcial, ni en la primera agresión de enero de 2010, que le produce un derrame en el ojo derecho ni en la segunda, en marzo de ese mismo año, donde sufre dos puñetazos en la barriga, necesite, asistencia y tratamiento médico o quirúrgico alguno.

En la agresión de marzo de 2010, donde María recibe dos puñetazos en la barriga, ésta se encuentra embarazada de unos 8 meses ya que de acuerdo con la narración de los hechos en abril de ese mismo año nace su hija Elisa. Teniendo en cuenta la extrema delicadeza de la criatura que se está gestando, la intervención indirecta de Marcial a través del cuerpo de María que se produce en esta agresión pudo ser constitutiva de una lesión al feto (acción típica contenida en el art.157 CP - artículo cuyo bien jurídico protegido es la salud e integridad física del feto).

En cuanto al aspecto subjetivo, caben todas las clases de dolo¹¹⁷, por lo que se pueden plantear dos posibles opciones: bien entender que el elemento subjetivo del tipo penal es el dolo directo partiendo de la base de que Marcial efectuó los dos puñetazos sobre la barriga de María con el propósito directo de realizar el tipo penal, esto es, herir al denominado "*nasciturus*", bien deducir que es el dolo eventual, ya que aunque Marcial no perseguía directamente la realización de las lesiones al feto, siendo su único objetivo menoscabar a María, y ni siquiera se lo planteaba como posible, era consciente de que su conducta conllevaba el peligro de realización del tipo, es decir, su acción podría implicar la realización de este tipo penal contemplado en el art.157 CP¹¹⁸. En cualquier caso, la concurrencia de uno u otro tipo de dolo es irrelevante desde el punto de vista de la calificación penal y de la concreción de la pena¹¹⁹.

Como no se llega a producir lesión alguna en el *nasciturus*, el grado de ejecución del delito es la tentativa de acuerdo con el art.16.1 CP. En base a la explicación contenida en el apartado I.1.a) de este trabajo, nos encontramos, de igual modo, con una tentativa acabada ya que la no producción del resultado, esto es, el hecho de que el feto no sufriese lesión alguna, dependió única y exclusivamente del azar, y, además el grado de peligro inherente al intento fue elevado, por ello, teniendo en cuenta lo previsto en el art.62 CP, se rebajará la pena en un único grado.

Se produce, pues, un concurso medial de delitos¹²⁰ de acuerdo con el art.77.1 CP, que obliga a imponer la pena del de mayor gravedad en su mitad superior (art.72.2 CP)¹²¹, porque la agresión de

¹¹⁵ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M. / LUZÓN CUESTA, J.M. /MOYNA MÉNGUEZ, J. /ORTIZ ÚRCULO, J.C. /TORRES DULCE-LIFANTE, E., "TÍTULO VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2014, pp.542-558, p.544.

¹¹⁶ STS núm. 927/2000, de 24 de junio, (RJ\2000\5792). Fundamento Jurídico 4.

¹¹⁷ Ver citas 65 y 67.

¹¹⁸ GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., "Capítulo XVI...", cit., 270-274.

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...*, cit., pp. 123-128.

¹²⁰ Existe un concurso medial de delitos cuando, concurriendo dos o más infracciones, una de ellas es un medio necesario para cometer la otra. Realmente estamos ante un concurso real de delitos, es decir, pluralidad de hechos y pluralidad de

marzo de 2010 ha dado lugar a dos infracciones: la infracción contemplada en el art.153.1 CP de la que fue víctima María se cometió para posibilitar o facilitar la comisión del delito previsto en el art.157 CP, esto es, la lesión al feto, aunque finalmente no se lograra el resultado por lo que hemos determinado a Marcial como autor del delito mencionado en grado de tentativa.

III.2 Responsabilidades penales en relación a los delitos de lesiones previstos en el art.148.4º y en el art.153.1 CP

En el mes de abril de 2010, nace Elisa, hija de María y Marcial, y los comportamientos violentos de éste continúan. La última agresión que sufre María, antes de denunciar a Marcial, ocurre el 29 de septiembre de 2012 y a consecuencia de la misma, como se indica en el supuesto, tiene que ser intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo. También presenta cicatrices en la cara derivadas de los golpes.

Resulta de aplicación el art.148 núm.4 CP¹²², un tipo agravado de lesiones teniendo en cuenta la modalidad comisiva. Debe puntualizarse que los supuestos previstos en este art.148 no suponen por sí mismos motivos de agravación, sino que ha de atenderse también al resultado o riesgo producido para la salud. En concreto, el apartado número 4 recoge el especial desvalor que merece, a juicio del legislador, la violencia de género.

Incorporado por la LO 1/2004, asociada a una lesión del artículo 147 CP, la condición de esposa o ex-esposa, o de mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia de la víctima, autoriza la aplicación del tipo agravado del artículo 148, cuya pena, con un límite inferior de dos años, puede alcanzar los cinco años de prisión. Este delito de lesiones requiere un elemento objetivo, la lesión o menoscabo objetivo de la salud, física o psíquica o de la integridad corporal de la víctima que haga preciso, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, un elemento subjetivo consistente en un dolo genérico de lesionar o, más concretamente, un dolo de menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima, tanto si ello es directamente querido por el agresor, como si este se ha representado la posibilidad del resultado y la ha aceptado de algún modo (dolo eventual) y, por último, que exista relación de causalidad en la acción y el resultado¹²³. En el presente supuesto, en la acción de Marcial golpeando a María, causándole las graves lesiones descritas que precisaron tanto de tratamiento médico como quirúrgico, concurren todos los elementos integrantes del tipo penal, siendo de aplicación el art.148.1.4º CP, dada la relación que el acusado mantiene con la víctima (una relación matrimonial) conviviendo ambos, además, en el mismo domicilio.

Respecto de las cicatrices, podría barajarse la aplicación de un tipo agravado de lesiones por el resultado incluido en los artículos 149 y 150 CP (dependiendo de la gravedad de la deformidad) con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del art.23 CP (por la relación matrimonial entre víctima y agresor), entendiéndose que a consecuencia de los golpes se produjeron cicatrices de tal importancia que pudiesen deformar el rostro de María. Los arts.149 y 150 constituyen figuras agravadas de lesiones con un resultado diferenciado. El concepto de deformidad

infracciones, pero atendiendo a la especial conexión que existe entre los delitos cometidos (uno es medio necesario para cometer otro), el legislador ha decidido ofrecerles el beneficioso tratamiento penológico propio del concurso ideal, por ello, su distinción carece de relevancia práctica puesto que, en ambos casos, se computará la mitad superior del delito más grave. GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXVIII. Concurso de delitos y de leyes”, en *Derecho...*, cit., pp.463-475, pp.467-468.

¹²¹GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXXI. La determinación de la pena”, en *Derecho...*, cit., pp.531-553, pp.544-545.

¹²²Artículo 148 CP: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.”

¹²³SAP de Madrid núm.20/2010, de 4 de marzo, (ARP\2010\620). Fundamento Jurídico 3.

es fuertemente valorativo y responde a criterios sociales de belleza y armonía corporal. La deformidad, eso sí, ha de ser visible y permanente. En este sentido, sentencias como la núm.38/2015, de 2 de febrero, de la AP de Sevilla¹²⁴ valoran la posibilidad de que los hechos sean constitutivos de un delito de lesiones con deformidad del art.150 CP basándose en el concepto jurídico asentado por el TS en una de sus sentencias: “ (...) como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo 462/14, de 27 de mayo , el concepto jurídico de deformidad consiste «en toda irregularidad física, visible y permanente, que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista» (...)”. En el presente supuesto, no se dan datos suficientes para que podamos valorar la aplicación del art.150 CP, sin embargo, si la cicatriz del rostro, es visible y permanente, no admite cirugía reparadora, y, además, tiene entidad como para producir una desfiguración que afea notablemente el rostro de la víctima con respecto a su situación anterior, configuraría, sin duda, una auténtica deformidad a efectos penales.

Sin embargo, ante la falta de información, parece que la acción es constitutiva del tipo penal previsto en el art.153.1 CP, ya que en ningún momento se hace referencia a la necesidad de que, además de una primera asistencia facultativa, se necesite tratamiento médico o quirúrgico específicamente por las lesiones que presentaba en el rostro.

Como las lesiones del art.153.1 CP han sido causadas en el mismo momento, es decir, en la agresión ocasionada el 29 de septiembre de 2012 en la que se produjeron los daños causados en el bazo y en el hígado calificados como una lesión agravada prevista en el art.148.4º, se produce un concurso ideal de delitos de acuerdo con el art.77.1 CP, ya que, un solo hecho ha constituido dos infracciones¹²⁵, que, de igual modo que en el concurso medial, fuerza a imponer la pena del de mayor gravedad en su mitad superior¹²⁶.

III.3 Responsabilidades penales en relación al delito de violencia habitual en el ámbito familiar agravado (art.173.2 CP)

La conducta llevada a cabo por Marcial es constitutiva, además, de un delito continuado de violencia habitual en el ámbito familiar, castigado en el art. 173.2 CP que dice lo siguiente: “*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia*”

¹²⁴SAP de Sevilla núm.38/2015, de 2 de febrero, (ARP\2015\670). Fundamento Jurídico 4.

¹²⁵El concurso se verifica porque, para apreciar el injusto total de un hecho, es necesaria la aplicación de dos o más infracciones para sancionarlo. Lo esencial de esta clase de concurso es que exista una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones, por lo que será fundamental tener claro cuándo nos encontramos ante una auténtica “unidad de hecho”. En este sentido, se indica que “*habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin embargo, esta unidad de hecho, para integrar el presupuesto del concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de varios tipos delictivos, por lo que el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines, de ahí que no haya tantos medios como fines, sino que el medio puede seguir siendo único, aunque los fines sean diversos.*” (pp. 466-467) GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXVIII..., cit., pp.466-468.

¹²⁶Ver cita 120.

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

El mencionado artículo recoge conductas de violencia doméstica y de género habitual que a partir de la LO 11/2003¹²⁷, se contemplan como delito contra la integridad moral, esto es, pasan del art.153, ubicado en las lesiones, al art.173.2 situado entre las torturas y otros delitos contra la integridad moral¹²⁸. Esa integridad se vincula con la idea de dignidad humana e inviolabilidad de la persona y, de acuerdo con la STC núm.120/1990, de 27 de junio¹²⁹, abarca los ataques dirigidos a lesionar cuerpo y espíritu y toda clase de intervención en esos bienes sin consentimiento de su titular¹³⁰.

El actual art.173.2 CP es autónomo respecto de otros tipos que puedan realizarse a consecuencia de actos violentos. El delito se consuma cuando la conducta descrita, esto es, el ejercicio de violencia física o psíquica contra alguna o varias de las víctimas que especialmente se mencionan, se manifiesta de forma habitual y provoca, como en el caso planteado en la STS núm.607/2008, de 3 de octubre¹³¹, una convivencia insoportable para la víctima, la cual ha vivido en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, vulnerándose la dignidad personal de la mujer, protegida constitucionalmente en el art.10 CE.

El artículo 173 CP dispone, en su apartado tercero, que para la apreciación de la habitualidad *“se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”*. El precepto no pretende determinar una definición de habitualidad sino fijar unos criterios que deben ser considerados por el órgano judicial para apreciarla¹³².

En este sentido, por un lado, inicialmente, la jurisprudencia seguía una interpretación formal o criterio aritmético que entendía que el sujeto activo debía haber perpetrado, como mínimo, tres comportamientos violentos, interpretación asumida por sentencias como la STS núm.752/2004, de 7 de junio donde, remitiéndose a otras de diversas Audiencias Provinciales, *“se argumenta de modo principal que para que exista ese requisito de la habitualidad como elemento principal del tipo, es imprescindible que, cuanto menos, se hayan producido tres actos de violencia no siendo suficiente*

¹²⁷Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

BESIO HERNÁNDEZ, M. /BOLEA BARDÓN, C. /CARDENAL MONTRAVETA, S. /CARPIO BRIZ, D. /CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. /GALLEGO SOLER, J.I. /GÓMEZ MARTÍN, V. /HORTAL IBARRA, J.C./SALVADORI, I. /SANTANA VEGA, D., “Tema 6.Delitos de violencia de género y doméstica”, en *Derecho...*, cit., pp.193-215, p.207.

¹²⁹STC núm. 120/1990, de 27 de junio, (RTC\1990\120). Fundamento Jurídico 4.

¹³⁰COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M. /LUZÓN CUESTA, J.M. /MOYNA MÉNGUEZ, J. /ORTIZ ÚRCULO, J.C. /TORRES DULCE-LIFANTE, E., “TÍTULO VII...”, cit., p.546.

¹³¹STS núm. 607/2008, de 3 de octubre, (RJ\2008\6418). Fundamento Jurídico 5.

¹³²OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001, p.501.

BUGARÍN GONZÁLEZ, R. /COELLO PULIDO, A. /COSTAS RAMÍREZ, P. /FERNÁNDEZ FUSTES, M.D. /FERNÁNDEZ LEMA, I. /GRANDE SEARA, P. /MEDRANO VARELA, M. /MUÑOZ BARÚS, J.I. /ORDÓÑEZ MAYÁN, L. /PÉREZ RIVAS, N. /PILLADO GONZÁLEZ, E. /REGUEIRA DIÉGUEZ, A. /RODRÍGUEZ CALVO, M.S. (coord.)/VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (coord.), “Capítulo VIII. El concepto de habitualidad en el delito de maltrato habitual”, en *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp.287-300, p.288.

con dos”¹³³, pero también por la Fiscalía General del Estado¹³⁴, la doctrina¹³⁵ y el propio legislador¹³⁶.

Por otro lado, una segunda línea interpretativa, la material, que impera actualmente, aprecia que lo relevante para apreciar la habitualidad no es el número de actos, en ocasiones difíciles de acreditar, si no la creación de un estado permanente de violencia derivado de una pluralidad de actuaciones que, en ocasiones, se materializan en agresiones físicas y, en otras, en otro tipo de agresiones o en la creación de un estado permanente de violencia que afecta a la estructura básica de la convivencia desde el respeto y la dignidad de la persona. En este sentido, Núñez Castaño apunta que *“el comportamiento realmente prohibido es aquel que sea idóneo para vulnerar el bien jurídico que se protege, tal como hemos señalado, la integridad moral, y este bien jurídico no se lesiona por la mera suma de actos violentos concretos, sino por la creación de un clima de violencia y angustia provocado por esa reiteración, que desemboca en un sentimiento de miedo, humillación e inferioridad de la o las víctimas del mismo”*¹³⁷.

Por todo ello, a diferencia de lo que indicaba el criterio formal o aritmético, el número de actos violentos no es un criterio constitutivo de la habitualidad sino un indicador de la misma debiendo *“atenderse a la situación, al contexto, a la persistencia del clima enrarecido de convivencia generado por los episodios de violencia reiterados”* de acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.201/2010, de 16 de diciembre¹³⁸. En este último sentido, cabe destacar también la STS núm.613/2006, de 1 de junio, donde se sostiene que *“lo relevante para la aplicación del tipo del maltrato no es la reiteración documentada de una conducta, sino la creación de un espacio de terror por parte del sujeto activo mediante la reiteración de conductas violentas tendentes a degradar al sujeto pasivo que las recibe”*¹³⁹.

Desde este punto de vista, resultando acreditadas, las dos agresiones producidas en enero y marzo de 2010, respectivamente, así como los comportamientos violentos a partir del mes de abril de 2010, el continuo maltrato psicológico y la agresión del 29 de septiembre de 2012, son reflejo de ese contexto que vulnera la dignidad de la persona generando esa situación de permanente agresión, sin perjuicio de que los hechos puntuales de agresión acaecidos reciban su correspondiente condena penal de acuerdo con la previsión legal, ya que la pena establecida en el art.173.2 se impondrá *“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”*¹⁴⁰.

Esta previsión expresa del art.173.2 CP se explica porque todos los atentados contra la integridad moral con frecuencia vienen acompañados de ataques a otros bienes jurídicos personales. La doctrina

¹³³STS núm.752/2004, de 7 de junio, (RJ\2004\6987). Fundamento Jurídico número 1.

¹³⁴Circular de la Fiscalía de 24 de octubre de 1998 (RCL 1999, 1100) - APARTADO III.B.

¹³⁵Entre otros, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares: nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p.75.

¹³⁶Como prueba de ello, en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 se preveía en el artículo 161 que la habitualidad se apreciaría *“cuando el culpable hubiere sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones contra las personas a las que se refiere el apartado anterior, en los cinco años precedentes al de la comisión de la nueva infracción penal”*.

¹³⁷NÚÑEZ CASTAÑO, E., “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art.173.2 del Código Penal)”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 12, 2010, p.131.

- “El delito de maltrato habitual: entre la violencia de género y la violencia doméstica”, en *Revista General de Derecho Penal*, 2009, p.36.
- *El delito de malos tratos en el ámbito familiar: aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.121.

¹³⁸SAP de Pontevedra núm. 201/2010, de 16 de diciembre, (JUR/2011/88256). Fundamento Jurídico 3.

¹³⁹STS núm.613/2006, de 1 de junio, (ROJ: STS 3989/2006). Fundamento Jurídico 3.

¹⁴⁰BESIO HERNÁNDEZ, M. /BOLEA BARDÓN, C. /CARDENAL MONTRAVETA, S. /CARPIO BRIZ, D. /CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. /GALLEGO SOLER, J.I. /GÓMEZ MARTÍN, V. /HORTAL IBARRA, J.C./SALVADORI, I. /SANTANA VEGA, D., “Tema 6...”, cit., pp.196 y 203.

y la jurisprudencia mayoritaria consideran, que cuando, además del atentado contra la integridad moral, se produce “*lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero*”, estamos ante un concurso real de delitos¹⁴¹ - aplicándose el régimen concursal de acuerdo con los arts.75 y 76 CP¹⁴² - (STS núm.824/2003, 5 de junio¹⁴³). En cambio la doctrina minoritaria sostiene la absorción de las conductas constitutivas de un delito del art.153 por el delito de violencia habitual (absorción que no se extiende, lógicamente, a aquellos supuestos en que el acto violento encaje en los restantes delitos de lesiones por existir un menoscabo importante a la salud o integridad física)¹⁴⁴.

En el segundo párrafo del mencionado artículo, se contemplan los subtipos agravados, especificándose que se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, utilizando armas, tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

De acuerdo con lo previsto en el apartado II.4 de la Circular de la Fiscalía general del Estado 4/2003 respecto de las circunstancias agravatorias, podemos observar que son exactamente las mismas en el delito de maltrato familiar habitual del art.173.2 CP y en el delito de maltrato familiar no habitual del art.153 CP. Bien, en este sentido, no será posible, debido a que se infringe el principio de *non bis in idem* contenido en el art.25 CE, que una sola de las circunstancias sirva tanto para agravar la conducta concreta de maltrato en la que concurrió (art.153 CP) como para agravar la conducta de maltrato habitual (art.173.2 CP) en la que aquélla se integre para apreciar la habitualidad, ya que una misma circunstancia no puede ser tenida en cuenta dos veces para agravar dos diferentes delitos. En este sentido, se reitera el TS en sentencias como la núm.580/2006, 23 de mayo¹⁴⁵. Esto hace que surja la duda acerca de cuál es el tipo penal en el que la agravación debe surtir efecto, algo que repercute enormemente ya que la pena del concurso será mayor si se forma el subtipo agravado con el art.173 y no con el art.153.

Ante un enjuiciamiento conjunto de la conducta concreta y la habitual, como el que se realiza en este caso, se abren dos posibles opciones a la hora de formular la calificación: entender cometido el delito del art.153 agravado en concurso real con un delito del art.173.2, o bien, reputar cometido un delito del art.153 simple más un delito del art.173.2 en su modalidad agravada.

Existen argumentos que apoyan esta última opción como son: la específica mención “*se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia...*” recogida en el art.173.2 que permite aplicar la agravación en este precepto, y el hecho de que sea la solución

¹⁴¹ “*En el fondo, el concurso real, que se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo, no plantea ningún problema teórico importante.*” GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXVIII...”, cit., p.468.

¹⁴² La pluralidad de hechos y delitos, el concurso real de delitos, se resuelve con la técnica de la acumulación de las penas aplicables. GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXXI...”, cit., pp.545-546.

¹⁴³ STS núm.824/2003, de 5 de junio, (RJ 2003\6236). Fundamento Jurídico 3.

¹⁴⁴ Muñoz Conde opina que la cláusula concursal contenida en el precepto “*puede tener cierta lógica cuando se trate del concurso entre el delito previsto en el artículo 173.2 y delitos tales como el de lesiones graves o incluso de homicidio o asesinato (a veces resultado final del delito previsto en el art.173.2)*”, pero, “*carece de sentido cuando se trate de establecer un concurso entre el art.173.2 y el delito previsto en el art.153. Probablemente, la alarma social creada por el aumento o la mayor repercusión mediática de estos hechos ha provocado esta doble regulación de muy difícil aplicación simultánea en un mismo caso. En mi opinión, el delito previsto en el art.153, cuando se trate de malos tratos o de golpes no constitutivos de lesión perderá su autonomía en los casos de habitualidad, en los que se debe aplicar el 173.2, que prevé un régimen punitivo más severo*”. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.190 y 191.

¹⁴⁵ STS núm.580/2006, de 23 de mayo, (RJ\2006\3339). Fundamento Jurídico 6.

interpretativa que ofrece el principio de alternatividad y de mayor gravedad punitiva del art.8.4 CP. En consecuencia, sólo cabe aplicar el subtipo agravado en una de las infracciones, siendo preferible en la del art.173.2 de acuerdo con las reglas 1ª y 4ª del art.8 CP.

De acuerdo con esto, justifico la aplicación de la pena en su mitad superior prevista en el art.173.2 CP ya que, como se especifica en el relato de los hechos, al menos las dos primeras agresiones relatadas se perpetraron en el domicilio conyugal: la primera de ellas, ocurrida en enero de 2010, se produce cuando Marcial llega a casa después de trabajar; la segunda, acontecida en marzo de ese mismo año, se perpetra después de que María regrese a casa tras cenar con unas amigas. Es decir, concurre la circunstancia agravante de perpetrar la violencia en el domicilio común o conyugal. En este sentido, la STS 737/2007, de 13 de septiembre¹⁴⁶, argumenta que para aplicar el subtipo agravado no es necesario acreditar la existencia de intencionalidad con respecto al lugar - domicilio familiar - en el que se desarrollaron los hechos, es decir, no es indispensable probar que deliberadamente se perpetró la agresión en dicho espacio físico para, de esta manera, asegurarse una mayor facilidad a la hora de realizar el acto violento al dificultar a la víctima la posibilidad de solicitar ayuda de terceros.

IV.POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES EN LAS QUE HABRÍA INCURRIDO MARCIAL POR LOS HECHOS SUCEDIDOS DESPUÉS DE LA DENUNCIA Y POSTERIOR ORDEN DE ALEJAMIENTO

IV.1 Responsabilidades penales en relación al delito agravado de violencia no habitual de género o en el ámbito familiar (art.153.1.3 CP) y al delito de quebrantamiento de condena (art.468.2 CP)

Respecto a la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María, en la que se interpone una orden de alejamiento contra Marcial, después de la ya analizada violenta agresión del 29 de septiembre de 2012, cabe hacer referencia al delito de quebrantamiento del art.468 CP.

La prohibición de aproximación a la víctima puede establecerse como medida cautelar o como pena. En el primer caso, la prohibición es una decisión que se deja a la facultad del juzgador precedida de un juicio previo que trata de evitar que, durante el proceso, puedan cometerse nuevos actos de violencia de género y que podrá ser acordada por el juez, de oficio, o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el art.173.2 CP, o del Ministerio Fiscal, conforme dispone el art.544 ter.2 LECr.

El legislador ha establecido previsiones específicas al respecto como la contemplada en el art.468.2 CP afirmando que *“se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”*.

Sin embargo, en no pocas ocasiones, pese a haberse dictado una resolución judicial que contenía una medida cautelar o pena de prohibición de aproximación, agresor y víctima reanudaban la convivencia. Por ello, de acuerdo con los hechos, es conveniente destacar el “quebrantamiento consentido” como una de las particularidades del delito de quebrantamiento ocasionado en el ámbito de la violencia de género. Tal y como se recoge en la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado¹⁴⁷, supuso un constante foco de problemas el “presunto” consentimiento que creían poder otorgar los/as beneficiarios/as de la medida que no ha sido fácil resolver por las constantes oscilaciones de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en torno a su solución hasta que la

¹⁴⁶STS núm.737/2007, de 13 de septiembre, (RJ\2007\6492). Fundamento Jurídico 1.

¹⁴⁷Circular 6/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

cuestión fue abordada por el Pleno de la Sala Segunda del TS a través del Acuerdo no Jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008¹⁴⁸. En él, se acuerda que “*el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art.468 CP*”, excluyendo, por tanto, cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por la víctima, para la reanudación de los encuentros o de la convivencia. Así pues, la primera sentencia posterior al Pleno que trata la cuestión en relación a un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar es la STS núm.39/2009, de 29 de enero¹⁴⁹, proclama, en su Fundamento Jurídico 6º, la irrelevancia absoluta del consentimiento prestado por la víctima a la reanudación de la convivencia, independientemente de las condiciones en las que el mismo fue emitido.

Dicho esto, para responder a la cuestión acerca de las consecuencias jurídicas que supone el quebrantamiento de condena en el que incurre Marcial, debemos analizar la agresión producida la madrugada del 12 de octubre de 2013.

Por un lado, remitiéndome a lo ya expresado en el dictamen de las primeras agresiones para la conducta prevista en el artículo 153.1 del Código Penal, en el caso, no se indica en ningún momento que María requiera, a consecuencia de los tres golpes que recibe en el estómago, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Por ello, podemos calificar los hechos como constitutivos de un delito de lesiones en el ámbito familiar del apartado primero del artículo 153 del Código Penal. Además, en el apartado tercero del mencionado artículo se contempla el tipo agravado que se aplica cuando la violencia se produzca concurriendo una de las siguientes circunstancias: se ejecute en el domicilio de la víctima o común, en presencia de menores, con utilización de armas o quebrantando de una de las medidas del artículo 48 o cualquier medida análoga, partiéndose de la base de la mayor peligrosidad del sujeto para la indemnidad de la víctima.

Bien, en esta agresión, concurren tres de las cuatro circunstancias agravantes, siendo una de ellas el haber ejecutado la conducta prevista en el mencionado artículo 153.1 del Código Penal quebrantando una de las medidas del art.48 o cualquier medida análoga. Pero, debemos tener en cuenta que no cabrá aplicar la agravante si se condena por quebrantamiento (artículo 468.2 del Código Penal). La jurisprudencia mayoritaria y la Circular FGE 4/2003¹⁵⁰ entienden que el concurso de leyes debe resolverse aplicando los tipos agravados, por principio de especialidad (8.1 CP), para no infringir el principio *non bis in idem* de acuerdo con la SAP de Madrid núm.4/2009, de 26 de enero¹⁵¹ donde, basándose en la STS núm.28/2007, se entiende que sólo cabrá aplicar concurso de delitos cuando se trate de dos conductas diferenciadas. Siguiendo esta argumentación encontramos otras sentencias como la SAP de Las Palmas núm.140/2008, de 7 de abril¹⁵² o la de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.66/2007, de 17 de enero¹⁵³. Sin embargo, en los supuestos en los que concurre más

¹⁴⁸Acuerdos de 25 de noviembre de 2008 sobre interpretación del art. 468 del CP, tenencia ilícita de armas, extrema gravedad en relación al exceso notable de notoria importancia y utilización del buque.

¹⁴⁹STS núm.39/2009, de 29 de enero, (Roj: STS 421/2009 - ECLI:ES:TS:2009:421) - Fundamento Jurídico 6: “*en cuanto al fondo del asunto, esto es, en cuanto a la relevancia que pudiera tener el consentimiento de la esposa para la exclusión de este delito del art. 468 CP en los casos de medida cautelar (o pena) contra el marido consistente en prohibición de alejamiento, el asunto fue tratado en una reunión de pleno no jurisdiccional, celebrada el pasado 25 de noviembre, en la cual, por una mayoría de 14 votos frente a 4, se acordó que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP”; todo ello en base a la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que solo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé.*”

¹⁵⁰Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica. Circular nº 04/2003 de Fiscalía General del Estado, 30 de Diciembre de 2003.

¹⁵¹SAP de Madrid núm.4/2009, de 26 enero, (ARP 2009\1069). Fundamento Jurídico 8.

¹⁵²SAP de Las Palmas núm.140/2008, de 7 abril (JUR 2008\162174). Fundamento Jurídico 3.

¹⁵³SAP de Barcelona núm.66/2007, de 17 de enero (JUR 2007\178141). Fundamento Jurídico 3.

de una agravante sería posible aplicar el subtipo agravado del art.153.3, en concurso medial con el delito de allanamiento o de quebrantamiento¹⁵⁴.

En esta línea, la SAP de Santa Cruz de Tenerife núm.317/2011, de 12 de septiembre¹⁵⁵, amparándose en la STS núm.92/2009, de 29 de enero, admite la posibilidad, cuando concurren varias de las circunstancias enumeradas en el artículo 153.3 CP, de que se constituya el subtipo agravado con una o más de ellas, dado su enunciado alternativo, mientras que la restante o restantes puedan ser utilizadas bien para constituir el subtipo agravado del artículo 173.2 del Código Penal, bien para apreciar y penar de forma separada el delito autónomo de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468.2 del Código Penal, como sucede en el caso que se analiza. La mencionada STS núm.92/2009¹⁵⁶, estipula, basándose en el párrafo penúltimo del apartado II.4 de la citada anteriormente Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003, “*que, cuando concurren en el hecho varias de las cuatro circunstancias que alternativamente se prevén como agravatorias en tal art.153.3, alguna o algunas de tales cuatro operen para los delitos a sancionar por dicho art.153, al tiempo que otra u otras cualifican las otras infracciones del 173.2.*”

Siguiendo con el análisis de la agresión, como se deduce de la narración de los hechos, la agresión se efectúa en el domicilio donde convive la pareja con su hija. En cuanto a la circunstancia agravante de que la agresión se perpetre en el domicilio común o de la víctima, como ya he indicado anteriormente, se aplica independientemente de que el agresor haya o no buscado intencionadamente este contexto¹⁵⁷. La justificación de esta agravación reside en el hecho de que el ataque en el domicilio supone aprovechar la ventaja que la proximidad da al maltratador, que abusa de su relación de poder con su pareja.

Como se relata en el caso, durante la agresión acaecida en el año 2013, Elisa, hija del matrimonio, recibe un fuerte puñetazo de su padre con posterioridad al ataque que sufre María, lo que implica que la niña presencia también la agresión a su madre. Esto justifica la concurrencia de la circunstancia agravatoria de cometer el delito en presencia de menores. Respecto a ella, es necesario puntualizar que se entiende menor a aquella persona de edad inferior a los 18 años, siendo necesario no la mera concurrencia de éste, sino que su presencia sea advertida por el agresor. La Audiencia Provincial de Alicante en su Sentencia núm.111/2006, de 21 febrero¹⁵⁸ señala, en el Fundamento Jurídico 1º, que se exige la presencia sensorial, de tal manera que estando en otra habitación y oyendo el niño o niña la agresión, se aplicaría, o, por ejemplo, también, cuando se ejecute el ataque en un hotel estando el menor en el baño escuchándolo. La presencia es sensorial tan solo, no estrictamente física.

Se pretende evitar un “efecto multiplicador de la violencia” evitando que se interiorice y se exteriorice en el futuro por el menor, es decir, que éste se convierta en maltratador¹⁵⁹. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo núm.115/2009, de 16 septiembre¹⁶⁰, en su Fundamento Jurídico 3º, establece que el hecho producido es “*un acto doblemente reprimible, no sólo por la agresión a la pareja sino por la agresión, de alguna forma mediata, a los hijos pequeños y por el mal ejemplo que conlleva.*”

¹⁵⁴ BESIO HERNÁNDEZ, M. /BOLEA BARDÓN, C. /CARDENAL MONTRAVETA, S. /CARPIO BRIZ, D. /CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. /GALLEGO SOLER, J.I. /GÓMEZ MARTÍN, V. /HORTAL IBARRA, J.C./SALVADORI, I. /SANTANA VEGA, D., “Tema 6...”, cit., pp.199-200

¹⁵⁵ SAP de Santa Cruz de Tenerife núm.317/2011, de 12 septiembre, (JUR\2012\16298). Fundamento Jurídico 2.

¹⁵⁶ STS núm.92/2009, de 29 enero, (RJ\2009\2029). Fundamento Jurídico 11.

¹⁵⁷ SAP de Valencia núm. 447/2010, de 10 junio, (JUR\2010\305092). Fundamento Jurídico 2; También en este sentido la STS núm.737/2007, de 13 de septiembre, mencionada en la cita número 146.

¹⁵⁸ SAP de Alicante núm. 111/2006, de 21 febrero, (JUR 2006\250017). Fundamento Jurídico 1.

¹⁵⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.153.

¹⁶⁰ SAP de Toledo núm. 115/2009, de 16 septiembre, (JUR 2009\453575). Fundamento Jurídico 3.

También, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.540/2013, de 18 abril¹⁶¹, entiende que la agravación se justifica por la lesión que se produce en la necesaria protección integral de los hijos prevista en el artículo 39 de la Constitución Española, de acuerdo con lo previsto en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de mayo de 2005, poniéndose en riesgo en los delitos de maltrato la integridad del menor, que se encuentra en el lugar donde se desarrolla la agresión.

Asimismo, como se prevé en la Circular de la FGE 4/2003, *“aunque el precepto no lo diga ha de tratarse de menores integrados en el círculo de sujetos del art.173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo.”*

Por todo ello, Marcial es, en primer lugar, autor criminalmente responsable (arts.27 y 28 CP) de un delito de quebrantamiento de condena previsto en el art.468.2 CP en concurso medial¹⁶² con el delito agravado de malos tratos no habituales en el ámbito familiar del art.153.1.3 CP.

IV.2 Responsabilidades en relación al delito agravado de violencia no habitual en el ámbito familiar (art.153.2.3 CP)

Por otro lado, el puñetazo que Marcial da a su hija provocando un importante derrame en su ojo derecho, nos lleva a la aplicación del art.153.2 y 3 CP.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia núm. 28/2009, de 22 mayo¹⁶³, destaca que para apreciar el delito deben concurrir los siguientes elementos: *“a/ Elemento objetivo constituido por la acción típica, consistente en ejercer violencia física o psíquica sobre las personas a las que se refiere el precepto legal. b/ La concurrencia del dolo o conocimiento de que se están llevando a cabo dichos actos de violencia sobre aquellos sujetos y la voluntad de realizarlos.”* En el presente supuesto, la acción del Marcial golpeando en la cara a la hija de la pareja, Elisa, causándole un importante derrame en el ojo derecho por el que no se indica que necesite además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, entra de lleno en el tipo penal descrito al concurrir todos los elementos necesarios para su nacimiento. Además, concurre el hecho de que la agresión se perpetra en el domicilio común, lo que constituye circunstancia agravatoria de acuerdo con lo previsto en el art.153.3 CP.

En segundo lugar, por tanto, Marcial es autor criminalmente responsable (arts.27 y 28 CP) de un delito de lesiones en el ámbito familiar del art.153.2 y 3 CP.

IV.3 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

IV.3.a) Valoración de la aplicación de la eximente incompleta por drogadicción (art.21.1º CP)

En esta agresión del 12 de octubre de 2013, la policía le realiza a Marcial una prueba de alcohol y drogas, dando éste positivo en cocaína, y una tasa de alcohol de 0,75 ml en aire espirado. Además se menciona 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.

En ciertas ocasiones, por los Tribunales se apreciará la existencia de eximentes completas (anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena o alteraciones en la percepción), eximentes incompletas o circunstancias atenuantes por analogía. Las citadas circunstancias son de aplicación general a aquellos sujetos que cometan cualquier infracción penal cuando concurren los requisitos para ello;

¹⁶¹ SAP núm. 540/2013, de 18 abril, (JUR\2013\192656). Fundamento Jurídico 3.

¹⁶² Ver cita 120.

¹⁶³ SAP de Madrid núm. 28/2009, de 22 mayo, (ARP\2009\956). Fundamento Jurídico 4.

por lo que el hecho de que la infracción se haya cometido en el ámbito de la violencia de género no implica una excepción o limitación.

Por lo tanto, a la hora de aplicar la exigente completa (art.20.2º CP) o incompleta (21.1º CP) debemos atender a si la intoxicación anula o no totalmente la conciencia o voluntad, en el caso concreto¹⁶⁴. Si no la anula completamente, pero, en cambio, sí produce una alteración o perturbación importante en las facultades psíquicas sin llegar a su supresión o práctica supresión, se podrá apreciar la exigente incompleta de intoxicación por alcohol, drogas o psicotrópicos o de síndrome de abstinencia por dependencia de las sustancias (lo que normalmente ocurre cuando la drogodependencia se asocia a otras patologías o cuanto la antigüedad y continuidad de la adicción ha llevado a producir un deterioro de la personalidad que disminuye de forma notoria la capacidad de autorregulación del sujeto), con el efecto atenuatorio privilegiado del artículo 68 CP bajando la pena en uno o dos grados; sin embargo, si la afectación no es muy importante, sino menor, entonces se puede apreciar la atenuante ordinaria del artículo 21.2º CP de grave adicción al alcohol o drogas¹⁶⁵. En este sentido, la SAP Las Palmas núm.189/2007, de 16 julio¹⁶⁶ incorpora la doctrina jurisprudencial en torno a la valoración de la exigente por intoxicación plena, la exigente incompleta por drogadicción y la atenuante por drogadicción. Dicha doctrina nos hace descartar la aplicación de la exigente completa (se prevé para casos extremos y suele ser una excepción¹⁶⁷) y de la atenuante por drogadicción. En cuanto a esta última, cabe destacar que la atenuación se configura por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada “a causa” de aquélla. El beneficio de dicha atenuación, por tanto, sólo tiene aplicación cuando existe una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto. Es decir, el sujeto actúa impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata, bien para traficar con drogas y conseguir beneficios económicos... Por último, en relación al supuesto, queda acreditado, por la prueba realizada por la policía y por su drogadicción, motivo por el cual se produce su ingreso posterior en una clínica especializada, que Marcial actuó claramente bajo los efectos de una intoxicación semiplena causada por la ingesta de cocaína y de alcohol que disminuyó profundamente sus capacidades intelectivas y volitivas. Por ello, cabe la aplicación de la exigente lo que supone imponer la pena inferior en uno o dos grados, teniendo en cuenta los criterios de decisión del art.68 (el número y la entidad de los requisitos que concurren o faltan y las circunstancias personales del sujeto activo)¹⁶⁸. En este sentido, en el caso no se aporta la información necesaria para conocer el grado de inimputabilidad de Marcial en el momento de comisión de los delitos, pero si se menciona que es drogodependiente y su decisión de ingresar voluntariamente en un centro de rehabilitación tras el último suceso, por lo que se aplicará la pena inferior en dos grados.

IV.3.b) Valoración de la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación o disminución de los efectos del delito (art.21.5º CP)

El hecho de que Marcial decida voluntariamente ingresar en una clínica con expresa voluntad de desintoxicarse, intentando reparar el daño causado, justifica la aplicación de la atenuación del

¹⁶⁴SAP de Madrid núm.284/2015, de 15 abril, (ARP 2015\553). Fundamento Jurídico 4; en dicha sentencia la Audiencia ratifica las conclusiones a las que llega el Juzgado de Instrucción para inaplicar la atenuante: “conforme a la doctrina jurisprudencial (STS 04/07/2003 (RJ 2003, 5416) *“las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para ser apreciadas, tienen que estar, en sus presupuestos fácticos, tan probadas como el hecho en el que se pretende que concurrieron”*, y en el caso enjuiciado, no consta acreditado que el acusado tuviera mermadas sus facultades intelectivas y volitivas respecto de la totalidad de los hechos por los que ha resultado condenado.”

¹⁶⁵Razonamiento incorporado en el Fundamento Jurídico 10º de la ya mencionada (cita 124) SAP de Sevilla núm.38/2015, de 2 de febrero.

LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones...*, cit., p.531.

¹⁶⁶SAP Las Palmas núm.189/2007, de 16 de julio, (JUR 2008\148772). Fundamento Jurídico 2.

¹⁶⁷STS núm. 421/2002, de 4 marzo, (RJ 2002\3726). Fundamento Jurídico 1.

¹⁶⁸GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXXI...”, cit., p.536.

art.21.5º CP que establece como circunstancia atenuante “*la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*” La STS núm.203/2011, de 22 de marzo, hace referencia a los dos elementos necesarios para apreciar la atenuante: por un lado, el elemento cronológico, referente a que la reparación del daño puede llevarse a cabo en cualquier momento del procedimiento, teniendo como tope la fecha de celebración del juicio oral; por otro lado, el elemento sustancial, que implica que cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral va orientada a la satisfacción del interés general y no exclusivamente a la protección o satisfacción de los intereses de las víctimas. En este sentido, destaca la teoría del *actus contrarius*, que supone “*el retorno del autor del delito al orden jurídico, del cual se alejó al cometer el delito*”. Dicho acto de rectificación puede consistir en “*una reparación total o parcial, real o simbólico, de los efectos del delito*”, siendo lo relevante que el sujeto activo “*exteriorice una voluntad de reconocimiento de la norma infringida*”¹⁶⁹. Teniendo en cuenta lo anterior, en el supuesto concurren los dos presupuestos que exige nuestro TS para aplicar la atenuación ya que, por una parte, Marcial ingresa voluntariamente en una clínica de desintoxicación, relata el caso, “*tras este último suceso*”, refiriéndose a la agresión del 12 de octubre de 2013, lo que permite entender que su acceso al centro se produce con anterioridad al comienzo del proceso en el que se va a enjuiciar dicho comportamiento, y, por otra, podemos considerar su internamiento, de acuerdo con la teoría del *actus contrarius*, como un acto que tiene por objetivo reparar el daño causado y así rehabilitarse para retornar al “orden jurídico” al que nos hemos referido.

A la hora de determinar la pena, la atenuante no se tendrá en consideración puesto que de acuerdo con la regla 8ª del art.66.1 CP, los Jueces y Tribunales sólo están sujetos a las reglas del art.66 CP cuando optan por la rebaja en un grado, pudiendo recorrer toda la extensión del grado libremente y sin sujeción a dichas reglas, en el caso de que hayan optado por la aplicación de la pena inferior en dos grados¹⁷⁰.

IV.3.c) Valoración de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia (art.22.8º CP)

La reincidencia consiste en haber sido el reo condenado ejecutoriamente con anterioridad por un delito comprendido en el mismo Título del CP, siempre que sea de la misma naturaleza¹⁷¹. El Tribunal Supremo mantiene que los hechos son de la misma naturaleza si afectan al mismo bien jurídico y utilizan el mismo modo de ataque (STS de 11 de mayo de 2000¹⁷²), lo que se entiende en términos amplios en el Acuerdo no jurisdiccional de 6 de octubre de 2000¹⁷³. En el supuesto, Marcial ha sufrido una condena (por la cual se le impuso la orden de alejamiento posteriormente violada) por delitos entre los que podemos distinguir los sancionados por los art.153.1 y 148.4º CP (contenidos en el Título III del CP relativo a las lesiones). En este segundo procedimiento, Marcial resulta criminalmente responsable de un delito agravado de malos tratos no habituales en el ámbito familiar del art.153.1.3 CP que entra en concurso medial con un delito de quebrantamiento de condena (art.468.2 CP) y por un delito de lesiones en el ámbito familiar del art.153.2 y 3 CP, por lo tanto, resulta evidente que cabe la aplicación de la agravación del art.22.8º CP.

¹⁶⁹Entre otras, STS núm.203/2011, de 22 marzo, (RJ 2011\2903). Fundamento Jurídico 6.

¹⁷⁰Entre otras, las SSTS núm.552/1998, de 23 de abril, (RJ 1998\3812). Fundamento Jurídico 6.; núm.1413/2001, de 16 julio, (RJ 2001\7694). Fundamento Jurídico 2; núm.1296/2002, de 12 julio, (RJ 2002\7772). Fundamento Jurídico Único.; núm.977/2004, de 24 julio, (RJ 2004\4211). Fundamento Jurídico 3. Esta doctrina ha sido confirmada por el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2005.

¹⁷¹GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXIX...”, cit., pp. 491-492.

¹⁷²STS núm. 807/2000, de 11 mayo, (RJ 2000\4892). Fundamento Jurídico 2.

¹⁷³Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 6 de octubre de 2000 (actualizado en abril de 2016).

Para especificar la pena, me remito a lo explicado en el apartado anterior acerca de la determinación de la misma en los casos en los que los Jueces y Tribunales opten por aplicar la pena inferior en dos grados.

CONCLUSIONES

IBLOQUE CIVIL

Para la resolución de las cuestiones de Derecho Civil, el trabajo se ha organizado teniendo en cuenta, por una parte, las consecuencias jurídicas derivadas de la desaparición de Manolo, y el consiguiente auto de declaración de fallecimiento, y, por otra, las derivadas de su reaparición, tras la revocación de la citada declaración.

Las distintas opciones barajadas al respecto en el análisis realizado, que confirman que la desaparición de Manolo se produjo en un contexto de grave peligro para su vida, así como la falta de noticias y la imposibilidad de constatar el hecho físico de la muerte durante un periodo de tres meses, en el caso de que Manolo haya desaparecido tras un accidente que ocasionó su inmersión en el mar o tras el naufragio comprobado del barco en el que viajaba, o de seis meses, en el supuesto de que la víctima haya desaparecido a consecuencia de un naufragio no demostrado, permiten acreditar la existencia de una de las hipótesis necesarias para instar la declaración de fallecimiento prevista en el art.194.2º CC y proceder a la obtención del auto judicial favorable (art.2042 LEC/1881) a la misma de acuerdo con el art.195 CC, donde se fija la fecha de la muerte, y que produce, desde ese momento, el fin de la personalidad civil (art.32 CC), extinguiéndose, por consiguiente, todas las relaciones personales y pasando las patrimoniales a los sucesores en la medida en que sean susceptibles de transmisión. Respecto a las primeras, cabe destacar que se concretan en la disolución del matrimonio, en este caso, entre María y Manolo, teniendo como base el art.85 CC, lo que permite a ésta volver a contraer casamiento y, consecuentemente, considerar la validez y eficacia jurídica del segundo enlace con Marcial, efectuado en fecha posterior a la señalada en el auto de declaración de fallecimiento. Respecto a las consecuencias patrimoniales, en virtud del art.196 CC, se produce la apertura de la sucesión *mortis causa* de los bienes de Manolo. Dicha sucesión se llevará a efecto por los trámites correspondientes, dependiendo de si ésta hubiese sido testada o intestada, cuestión que no se matiza en el caso, aunque sí se menciona expresamente que María sucede a Manolo como heredera universal de todos sus bienes, opción sólo posible, si los otros legitimarios, es decir, los ascendientes y los descendientes, según el art.807 CC, no existen o no tienen capacidad, absoluta o relativa, para suceder al causante de acuerdo con los arts.744 y siguientes del CC.

Por su parte, la reaparición del desaparecido supone una de las causas de terminación de la situación creada por la declaración de fallecimiento. La revocación de ésta implica un nuevo auto judicial que la dejará sin efecto, tal y como prevé el art.2043 LEC/1881, y produce la aplicación implícita e inmediata de lo dispuesto en el art.197 CC, artículo del que derivan los principales efectos en materia patrimonial de la reaparición. De acuerdo con este último precepto, después de la reaparición del declarado fallecido, éste deberá recobrar 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.

Respecto a la cuenta bancaria de la que ambos eran titulares, debemos tener en cuenta que el ejercicio conjunto de derechos frente al Banco, al igual que el indistinto, nada dice respecto a la propiedad de los fondos que ha de definirse recurriendo a la relación interna existente entre los titulares, aspecto fundamental para la resolución de la pregunta. Es decir, la cuenta en sí, el documento que la formaliza sólo identifica a quienes tienen facultades de disposición frente al Banco, pero no determina quiénes son los propietarios de los fondos en cuenta. Ante la falta de detalles en la redacción del caso respecto a la existencia y al contenido de dicho acuerdo al que en su

día pudieron llegar Manolo y María respecto a dicha propiedad, podemos llegar a la conclusión de que siendo Manolo el legítimo propietario de la totalidad de los fondos de la cuenta y pudiendo demostrarlo (ya sea por contrato o, por ejemplo, con el justificante de las distintas transferencias), podría exigirle a María la devolución de los 15000 euros que quedan en la cuenta en el momento de su reaparición. En el caso de que sí esté especificado que la propiedad de los fondos corresponde a ambos, Manolo tendrá derecho al dinero que reste en la cuenta pero en la proporción que le corresponda.

Respecto a los inmuebles, tanto la casa que la pareja tenía en común al 50% como el piso que Manolo poseía de manera privativa en la costa de Coruña, valorado en 250.000 euros, han sido vendidos a terceros por 240000 y 175000 euros, respectivamente. En nuestro ordenamiento jurídico la transmisión de la propiedad sigue el principio general "*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*", que significa que nadie puede transmitir más de lo que tiene. La venta que realiza María a Eustaquio y a Miriam de estos inmuebles implica la venta de una cosa realizada por alguien que no es su propietario, circunstancia provocada porque al reaparecer Manolo, la causa que dio lugar a la sucesión hereditaria de sus bienes, esto es, la muerte presunta, nunca existió, por lo que éstos le siguen perteneciendo.

En las adquisiciones *a non domino* previstas en los arts.464 CC, respecto de los bienes muebles, y 34 LH, respecto de los inmuebles, nuestro ordenamiento jurídico protege de la posibilidad de que el legítimo propietario, en este caso Manolo, pueda llevar a cabo cualquier tipo de acción contra los denominados "*terceros de buena fe*", es decir, contra Miriam y Eustaquio, siempre que la adquisición se produzca en el marco de un negocio jurídico válido a título oneroso, sea de buena fe y proceda del titular según Registro, así como que se efectúe la inscripción por parte del tercero de su propia adquisición. Cuestiones acreditadas en el supuesto. Así, de acuerdo con el art.197 CC, Manolo no podrá exigir la devolución de los bienes a los terceros, pero sí deberá recibir de María la mitad del precio recibido por la venta a Eustaquio de la casa que tenían en común al 50%, esto es, 120000 euros, o bien, si se diese la circunstancia, el bien o bienes que hubiese adquirido ésta con el dinero obtenido en la venta. También, María deberá abonar al reaparecido la cantidad de 175000 euros recibida por la compraventa del piso que poseía Manolo de manera privativa en la costa de Coruña, valorado en 250000 euros y vendido a Miriam, o bien, como se ha indicado anteriormente, si fuese el caso, deberá dar el bien o bienes que hubiese adquirido con esa suma.

Por último, la reaparición de Manolo no produce modificación alguna en el ámbito personal. La doctrina se inclina por entender que el matrimonio, una vez disuelto por la declaración de fallecimiento, ya no existe, independientemente de que el presunto fallecido regrese. Por consiguiente, Manolo no tendrá que llevar a cabo ninguna acción legal para poner fin a su unión conyugal con María puesto que ésta se mantiene disuelta.

II.BLOQUE PENAL

Respecto del delito cometido por María en el barco contra su marido, a razón de la descripción que se hace del momento, parto de la base de que el ataque de ésta consistió en golpear la cabeza de Manolo de improviso y con rapidez para, posteriormente, arrojarle por la borda del barco, lo que es, sin duda alguna, determinante para entender que ésta quiso facilitar, y facilitó de hecho con sus actos, la comisión del crimen provocando una clara situación de indefensión de la víctima. Es por ello que, de las tres modalidades que admite la alevosía, se aprecia, en este supuesto, la súbita o inopinada, también llamada "sorpresiva", consistente en una actuación que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en acometimientos rápidos, sin previo aviso en los que se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión. Así, el ataque alevoso, como el que se produce en el supuesto, es el realizado de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca. En estos casos es

precisamente el carácter sorpresivo de la agresión a traición lo que suprime las posibilidades de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Dicho con otras palabras, se encuentra indefenso frente al ataque.

En el caso de que nos planteemos que la agresión de María se produjo en el contexto de una pelea, cabe decir que, aunque la esencia de esta modalidad de alevosía radique en el acometimiento sin previo aviso, también se aprecia ésta cuando, habiendo mediado un enfrentamiento, se produce imprevisiblemente un cambio cualitativo en la situación, ya que tras una inicial discusión, el sujeto pasivo no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que, yendo más allá del enfrentamiento meramente verbal, se deslice hacia una agresión desproporcionada que le coja por sorpresa.

Además, la zona elegida (la cabeza) por María para dirigir el fuerte impacto lleva a estimar, asimismo, concurrente el dolo específico que precisa la alevosía como elemento subjetivo. Esto último y el acometimiento descrito resultaron idóneos para lograr el resultado, cogiendo totalmente por sorpresa a Manolo, que, como decimos, no tuvo mínima opción de autoprotegerse.

Por todo ello, puesto que al hecho común de matar a otro viene a añadirse la presencia de una de las circunstancias que se enumeran en el art.139 CP, concretamente la de alevosía, debemos calificar a María como autora criminalmente responsable de un delito de asesinato (art.139 CP) en grado de tentativa ya que realizó acciones externas encaminadas a la consecución del mismo, adecuadas, sin duda, para la producción del resultado de muerte, sin embargo, dicho resultado no se produjo por causas autónomas a su voluntad, porque el 3 de enero de 2014, Manolo reaparece. Otro elemento importante para determinar las características del delito es el hecho de que María, sujeto activo en el crimen, ostente la condición de cónyuge de la víctima. Respecto a esta cuestión, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias abogan por entender que esta circunstancia, denominada mixta de parentesco, actúa como agravante en los delitos contra las personas. Además, se cumplen en el supuesto los requisitos fijados por el TS para aplicar la circunstancia agravante del art.23 cuando la víctima y el acusado estén casados o sean pareja de hecho. Por tanto, se aplica la agravación.

Por último, se ha valorado la aplicación de la atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante prevista en el apartado 21.3º CP, y de las eximentes completa e incompleta previstas en los artículos 20.1º y 21.1º CP, respectivamente. Estas dos últimas, quedan absolutamente descartadas puesto que la denominada celopatía que puede dar lugar a la apreciación del Trastorno Mental Transitorio Completo o Incompleto, según su intensidad, se enmarca dentro del síndrome paranoico y produciría que los celos que impulsan a actuar a María serían injustificados, no acordes con la realidad, causa del delirio de un sujeto paranoico, cosa que queda descartada en el supuesto que debo resolver, puesto que la reacción del agente se desencadena después de que Manolo le reconozca la existencia de otra persona, motivo por el cual quiere finalizar con su relación conyugal. Respecto a la atenuante del art.21.3º, la jurisprudencia mayoritaria viene determinando que los celos, más allá de los casos en los que son el síntoma de una enfermedad patológica susceptible de otro tratamiento jurídico-penal, no pueden justificar, con carácter general, la aplicación de dicha atenuante sobre todo, en los supuestos de ruptura de la convivencia o del matrimonio. De lo contrario, entiende el TS, se estaría privilegiando injustificadas reacciones coléricas que son expresión de “un espíritu de dominación” (intolerable en una sociedad democrática) que el sistema jurídico no puede beneficiar con un tratamiento atenuado de la responsabilidad criminal.

En el supuesto de hecho se plantea, además, un problema en materia procesal penal respecto a la validez del hallazgo casual en el marco de una intervención telefónica que tiene por objeto investigar a Marcial, el segundo esposo de María, por un delito de tráfico de drogas. Ante la falta de detalles acerca de la realización de la observación telefónica, se ha analizado dicha cuestión en dos situaciones diferentes: cuando el descubrimiento se realiza durante un acto de investigación telefónica legal y cuando se efectúa durante una intervención ilegal. En el primer caso, tanto la

doctrina como la jurisprudencia admiten que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito, en este caso, el asesinato de Manolo, se produzca en el curso de la investigación autorizada y legal para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo. Como punto de partida para la determinación de los requisitos con los que debe cumplir la intervención telefónica para que pueda entenderse legal así como para establecer la posición jurisprudencial respecto a la figura del hallazgo casual, ante la vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales relativos a las intervenciones de comunicaciones y la inexistencia de regulación del hallazgo casual en la LECr vigente en el momento en el que trascurren los hechos jurídicamente relevantes, debe utilizarse el Auto del TS de 18 de junio de 1992, también denominado Auto del caso Naseiro, que resulta posteriormente completado en sentencias del propio TS y TC.

Teniendo esto como punto de referencia, en un supuesto, como el que es objeto de estudio en este trabajo, donde se produce el descubrimiento de un nuevo hecho criminal, el asesinato de Manolo, que no guarda conexión con el inicialmente investigado, el delito de tráfico de drogas, debe procederse a comunicar inmediatamente dicha circunstancia al juez de instrucción que autorizó las citadas escuchas para que dicte expresamente una nueva autorización judicial que permita la continuación de la escucha, incoándose la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se continuará una investigación diferente de la del delito de tráfico de drogas, el delito inicialmente investigado.

Por el contrario, si el hallazgo casual se obtiene en el marco de una intervención telefónica ilegal, resultará de aplicación la denominada doctrina “de los frutos del árbol envenenado” (art.11.1 LOPJ) en virtud de la cual la confesión de María quedará afectada por la nulidad en la que puedan incurrir las intervenciones telefónicas, ya que ésta se obtuvo gracias a dicha diligencia, diligencia que se efectúa sin cumplir con los requisitos exigidos para su legalidad lo que determina su invalidez debido a que las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales (en el caso de las intervenciones telefónicas, los derechos previstos en los arts.18.1 y 18.3 CE) vulneran el art.24.2 CE.

Por su parte, las consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa se han estructurado en este trabajo atendiendo a dos periodos temporales: en primer lugar, el transcurrido entre la primera agresión, producida en enero de 2010, hasta la interposición de la denuncia por parte de María, y, en segundo lugar, el periodo tras dicha denuncia y posterior orden de alejamiento contra Marcial.

Teniendo en cuenta los actos descritos en el primer periodo señalado, cabe calificar a Marcial como autor criminalmente responsable de:

- Un delito de violencia no habitual de género o en el ámbito familiar (art.153.1 CP) por la agresión perpetrada contra María en enero de 2010, que le produce un importante derrame ocular.
- Otro delito de violencia no habitual de género o en el ámbito familiar (art.153 CP) y un delito de lesiones al feto (art.157 CP) en grado de tentativa (art.16.1 CP) a consecuencia de la agresión de marzo de 2010, en la que Marcial propina un total de dos puñetazos en la barriga a María, estando ésta embarazada. Se produce, pues, un concurso medial de delitos (77.1 CP), que obliga a imponer la pena del de mayor gravedad en su mitad superior (art.72.2 CP), porque dicho ataque ha dado lugar a dos infracciones: la infracción contemplada en el art.153.1 CP de la que fue víctima María se cometió para posibilitar o facilitar la comisión del delito previsto en el art.157 CP, esto es, la lesión al feto, aunque finalmente no se lograra el resultado por lo que ha de determinarse a Marcial como autor del delito mencionado en grado de tentativa.
- Dos delitos de lesiones previstos en los arts.148.4º y 153.1 CP por la agresión acaecida el 29 de septiembre de 2012. Como las lesiones del art.153.1 CP han sido causadas en el mismo momento en el que se produjeron los daños en el bazo y en el hígado, calificados como una lesión agravada prevista en el art.148.4º, se produce un concurso ideal de delitos de acuerdo con el art.77.1 CP, ya

que un solo hecho ha constituido dos infracciones, que, de igual modo que en el concurso medial, fuerza a imponer la pena del de mayor gravedad en su mitad superior.

A su vez, todos estos actos de violencia analizados sirven para determinar la existencia de un delito de violencia habitual en el ámbito doméstico (art.173.2 CP) agravado por la concurrencia de la circunstancia de haber perpetrado dichos comportamientos en el domicilio común o de la víctima, de acuerdo con el criterio material empleado para determinar la habitualidad, elemento clave para la aplicación del tipo de maltrato. Debemos destacar, en este sentido, que lo relevante para apreciarla no es la repetición documentada de una conducta, sino la creación de un espacio de terror por parte del sujeto activo mediante la reiteración de las conductas violentas analizadas tendentes a degradar al sujeto pasivo que las recibe, espacio de terror y angustia acreditado en el supuesto, sin perjuicio de que los hechos puntuales de agresión acaecidos reciban su correspondiente condena penal, de acuerdo con la previsión legal expresa del art.173.2 CP, circunstancia que se explica por el hecho de que todos los atentados contra la integridad moral, con frecuencia, vienen acompañados de ataques a otros bienes jurídicos personales. De esta forma, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias consideran que, cuando además del atentado contra la integridad moral, se ocasiona una lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se produce un concurso real de delitos, que genera la aplicación del régimen concursal de acuerdo con los arts.75 y 76 CP, como ocurre en el caso.

Por último, respecto al segundo periodo al que he hecho referencia, se considera a Marcial, por la agresión perpetrada contra María, penalmente responsable de un delito de quebrantamiento de condena previsto en el art.468.2 CP, entrando éste en concurso medial con otro de malos tratos no habituales en el ámbito familiar del art.153.1.3 CP, agravado por haberse perpetrado la agresión del 12 de octubre de 2013 en presencia de menores y en el domicilio común o de la víctima. Además, por el ataque contra su propia hija, es culpable de un delito de malos tratos no habituales del art.153.2.3 CP, agravado porque dicha conducta se produce en el domicilio común. Puesto que en ambos comportamientos queda acreditado, por la prueba realizada por la policía y por su drogadicción, motivo por el cual se produce su ingreso posterior en una clínica especializada, que Marcial actuó claramente bajo los efectos de una intoxicación semiplena causada por la ingesta de cocaína y de alcohol que disminuyó profundamente sus capacidades intelectivas y volitivas, cabe la aplicación de la eximente incompleta por drogadicción, lo que supone imponer la pena inferior en uno o dos grados, teniendo en cuenta los criterios de decisión del art.68. En este sentido, en el caso no se aporta la información necesaria para conocer el grado de inimputabilidad de Marcial en el momento de comisión de los delitos, pero si se menciona, como he indicado, que es drogodependiente y su decisión de ingresar voluntariamente en un centro de rehabilitación tras el último suceso, por lo que se aplicará la pena inferior en dos grados. También, concurren las circunstancias atenuante de reparación o disminución de los efectos del delito (art.21.5º CP) y agravante de reincidencia (art.22.8º CP), aunque ambas no se tendrán en consideración para determinar la pena, puesto que de acuerdo con la regla 8ª del art.66.1 CP, los Jueces y Tribunales sólo están sujetos a las reglas del art.66 CP cuando optan por la rebaja en un grado, pudiendo recorrer toda la extensión del grado libremente y sin sujeción a dichas reglas, en el caso de que hayan optado por la aplicación de la pena inferior en dos grados.

Para concluir, en lo referente al incumplimiento de la orden de alejamiento por parte de Marcial, consentido por María, se ha desarrollado en el presente trabajo un análisis del denominado “quebrantamiento consentido”. Tal y como se recoge en la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, supuso un constante foco de problemas el “presunto” consentimiento que creían poder otorgar los/as beneficiarios/as de la medida que no ha sido fácil resolver por las constantes oscilaciones de los pronunciamientos del TS en torno a su solución hasta que la cuestión fue abordada por el Pleno de la Sala Segunda de este Tribunal a través del Acuerdo no Jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008. En él, se acuerda que el consentimiento de la mujer no excluye la

punibilidad a efectos del art.468 CP, eliminando, por tanto, cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por la víctima, para la reanudación de los encuentros o de la convivencia.

ÍNDICE DE MATERIALES DOCUMENTALES EMPLEADOS:

INORMATIVA JURÍDICA CITADA

➤ **Bloque civil:**

- Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aprobada por el Real Decreto de 3 de febrero de 1881.
- Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre la reforma de la Ley Hipotecaria.
- Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- 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.
- Código Civil, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1989.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

➤ **Bloque penal:**

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Circular de la Fiscalía General del Estado núm.1/1998, de 24 de octubre de 1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.
- Circular de la FGE núm.1/1999, de 29 de diciembre, sobre enjuiciamiento criminal e intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales.
- Circular de la FGE núm.4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Circular de la FGE núm. 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.
- Circular de la FGE núm.1/2013, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

II.JURISPRUDENCIA

➤ **Bloque civil:**

TS:

- STS de 13 mayo 1983, (RJ 1983\2819).
- STS de 24 de octubre de 1990, (RJ 1990/8045).
- STS núm.648/1999, de 17 de julio, (RJ 1999\6771).
- STS núm.526/2000, de 29 mayo, (RJ 2000\3922).
- STS núm.625/2001, de 22 de junio, (RJ 2001\5071).
- STS núm.541/2002, de 31 de mayo, (RJ 2002\5024).
- STS núm.1184/2002, de 5 de diciembre, (RJ 2002\10429).
- STS núm.83/2003, de 15 de febrero, (RJ 2013\2014).
- STS núm.573/2007, de 14 mayo, (RJ 2007\4335).
- STS núm.58/2009, de 11 febrero, (RJ 2009\1286).
- STS núm.407/2010 de 18 junio, (RJ 2010\4890).
- STS núm.424/2011, de 21 junio, (RJ 2011\4766).

TSJ:

- STSJ núm.1790/2010, de 15 junio, (AS 2010\2858).

AP:

- Auto de la AP de Barcelona, de 23 mayo 2000, (JUR 2000\213615).
- SAP de Asturias núm.228/2003, de 6 junio, (JUR 2003\268479).
- Auto de la AP de Madrid, núm.120/2004, de 13 mayo, (AC 2004\1203).
- SAP de Madrid núm.365/2007, de 12 abril, (AC 2007\920).
- Auto de la AP de Islas Baleares, núm.17/2008, de 29 enero, (JUR 2008\124277).
- Auto de la AP de Las Palmas núm.52/2009, de 23 marzo, (JUR 2009\248605).

➤ **Bloque penal:**

TEDH:

- Caso Klass y otros contra Alemania. Sentencia de 6 septiembre 1978, (TEDH 1978\1).
- Caso Malone contra Reino Unido. Sentencia de 2 agosto 1984, (TEDH 1984\1).

TC:

- STC núm.26/1981 de 17 julio, (RTC 1981\26).
- STC núm.62/1982 de 15 octubre, (RTC 1982\62).
- STC núm.114/1984, de 29 noviembre, (RTC 1984\114).
- STC núm.120/1990, de 27 de junio, (RTC\1990\120).
- STC núm.85/1994, de 14 de marzo, (RTC 1994\85).
- STC núm.86/1995, de 6 de junio, (RTC 1995\86).
- STC núm.49/1996, de 26 marzo, (RTC 1996\49).
- STC núm.49/1999, de 5 abril, (RTC 1999\49).
- STC núm.184/2003, de 23 octubre, (RTC 2003\184).

TS:

- STS de 4 octubre 1988, (RJ 1988\7656).
- STS de 3 de julio de 1989, (RJ\1989\6743).
- STS núm.428/1992, de 27 febrero, (RJ 1992\1386).
- Auto de 18 junio 1992, (RJ 1992\6102).
- STS núm.1424/1993, de 18 junio, (RJ 1993\5191).
- STS núm.554/1994, de 14 marzo, (RJ 1994\2146).
- STS núm.1314/1994, de 27 junio, (RJ 1994\5034).
- STS núm.1529/1994, de 14 julio, (RJ 1994\6284).
- STS núm.1762/1994, de 11 octubre, (RJ 1994\8170).
- STS núm.1110/1996, de 20 diciembre, (RJ 1996\9032).
- STS núm.552/1998, de 23 de abril, (RJ 1998\3812).
- STS núm.1426/1998, de 23 noviembre, (RJ 1998\9198).
- STS núm.1004/1999, de 18 junio, (RJ 1999\5971).
- STS núm.384/2000, de 13 marzo, (RJ 2000\2380).
- STS núm.694/2000, de 24 abril, (RJ 2000\3299).
- STS núm.807/2000, de 11 mayo, (RJ 2000\4892).
- STS núm.927/2000, de 24 de junio, (RJ\2000\5792).
- STS núm.1301/2000, de 17 julio, (RJ 2000\6914).
- STS núm.1313/2000, de 21 julio. (RJ 2000\6772).
- STS núm.956/2000, de 24 julio, (RJ 2000\7120).
- STS núm.1340/2000, de 25 julio, (RJ 2000\6229).

- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 6 de octubre de 2000 (actualizado en abril de 2016).
- STS núm.1898/2000, de 12 diciembre, (RJ 2000\9755).
- STS núm.16/2001, de 22 enero, (RJ 2001\1676).
- STS núm.178/2001, de 13 febrero, (RJ 2001\1256).
- STS núm.1413/2001, de 16 julio, (RJ 2001\7694).
- STS núm.2085/2001, de 12 noviembre, (RJ 2002\3484).
- STS núm.256/2002, de 13 febrero, (RJ 2002\3869).
- STS núm.421/2002, de 4 marzo, (RJ 2002\3726).
- STS núm.1296/2002, de 12 julio, (RJ 2002\7772).
- STS núm.824/2003, de 5 de junio, (RJ 2003\6236).
- STS núm.49/2004, de 22 enero, (RJ 2004\2171).
- STS núm.752/2004, de 7 de junio, (RJ\2004\6987).
- STS núm.885/2004, de 5 julio, (RJ 2004\4183).
- STS núm.977/2004, de 24 julio, (RJ 2004\4211).
- STS núm.1424/2004, de 1 diciembre, (RJ 2005\466).
- STS núm.155/2005, de 15 febrero, (RJ 2005\3168).
- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 1 de marzo de 2005.
- STS núm.357/2005, de 22 marzo, (RJ 2005\4049).
- STS núm.18/2006, de 19 de enero, (RJ\2006\978).
- STS núm.580/2006, de 23 de mayo, (RJ\2006\3339).
- STS núm.613/2006, de 1 de junio, (ROJ: STS 3989/2006).
- STS núm.1145/2006, de 23 noviembre, (RJ 2007\583).
- STS núm.201/2007, de 16 marzo, (RJ 2007\1545).
- STS núm.216/2007, de 20 marzo, (RJ 2007\1836).
- STS núm.737/2007, de 13 de septiembre, (RJ\2007\6492).
- STS núm.768/2007, de 1 octubre, (RJ 2007\5471).
- STS núm.892/2007, de 29 octubre (RJ 2008\1312).
- STS núm.607/2008, de 3 de octubre (RJ\2008\6418).
- Acuerdos del Pleno no jurisdiccionales de la Sala Segunda del TS de 25 de noviembre de 2008.
- STS núm.39/2009, de 29 de enero, (ROJ: STS 421/2009).
- STS núm.92/2009, de 29 enero, (RJ\2009\2029).
- STS núm.912/2009, de 23 septiembre, (RJ 2010\166).
- STS núm.61/2010, de 28 enero, (RJ 2010\3010).
- STS núm.339/2010, de 9 abril, (RJ 2010\4881).

- STS núm.203/2011, de 22 marzo, (RJ 2011\2903).
- STS núm.246/2011, de 14 abril, (RJ 2012\10534).
- STS núm.840/2012, de 11 octubre, (ARP 2013\66).
- STS núm.62/2013, de 29 enero, (RJ 2013\975).
- STS núm.59/2013, de 1 febrero, (RJ 2013\1848).
- STS núm.547/2015, de 6 octubre, (RJ 2016\77).

AP:

- SAP de Madrid núm.35/2003, de 22 marzo, (ARP 2003\733).
- SAP de Alicante núm.111/2006, de 21 febrero, (JUR 2006\250017).
- SAP de Barcelona núm.66/2007, de 17 de enero (JUR 2007\178141).
- SAP Las Palmas núm.189/2007, de 16 de julio, (JUR 2008\148772).
- SAP de Las Palmas núm.140/2008, de 7 abril (JUR 2008\162174).
- SAP de Madrid núm.4/2009, de 26 enero, (ARP 2009\1069).
- SAP de Madrid núm.28/2009, de 22 mayo, (ARP\2009\956).
- SAP de Toledo núm.115/2009, de 16 septiembre, (JUR 2009\453575).
- SAP de Madrid núm.20/2010, de 4 de marzo, (ARP\2010\620).
- SAP de Valencia núm.447/2010, de 10 junio, (JUR\2010\305092).
- SAP de Pontevedra núm.201/2010, de 16 de diciembre, (JUR/2011/88256).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife núm.317/2011, de 12 septiembre, (JUR\2012\16298).
- SAP núm.540/2013, de 18 abril, (JUR\2013\192656).
- SAP de Sevilla núm.38/2015, de 2 de febrero, (ARP\2015\670).
- SAP de Madrid núm.284/2015, de 15 abril, (ARP 2015\553).

III. BIBLIOGRAFÍA

➤ **Bloque civil:**

- ÁLVAREZ OLALLA, P. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.)/ CÁMARA ÁGUILA, P. /COSTAS RODAL, L. /PÉREZ CONESA, C./ SÁNCHEZ ARISTI, R., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, Bercal, Madrid, 2011.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., /BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.)/BERCOVITZ ÁLVAREZ G. /CÁMARA ÁGUILA, P. /COSTAS RODAL, L. /DÍEZ GARCÍA, H. / GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. /GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. /LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M. /MORALEJO IMBERNÓN, N. /ORDÁS ALONSO, M. /QUICIOS MOLINA, S. / SÁNCHEZ ARISTI, R. /VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A., *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, Bercal, Madrid, 2012.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho Privado y Derecho de la persona*, Bercal, Madrid, 2011.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.)/ PÉREZ DE CASTRO, N., *Comentarios al Código Civil.*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Novedades en el Código Civil”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.6/2015 parte Tribuna*, 2015.
 - BLASCO GASCÓ, F., (coord.)/ CAPILLA RONCERO, F. /LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. / MONTÉS PENADÉS, V.L. /ROCA I TRIAS, E. /VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
 - FONT BORX, V., “La adquisición a *non domino*”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario N° 463 (Noviembre-Diciembre de 1967)*.
 - LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derechos reales y Derecho hipotecario. Principios de Derecho civil V*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
 - MUÑOZ PLANAS, J.M., *Cuentas bancarias con varios titulares*, Civitas, Madrid, 2003.
 - PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Introducción al Derecho Procesal*, Andavira, A Coruña, 2012.
 - RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2005.
- **Bloque penal:**
- ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad. Análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación*, Bosch, Barcelona, 1999.
 - ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje N°2*, 2011.
 - BESIO HERNÁNDEZ, M. /BOLEA BARDÓN, C. /CARDENAL MONTRAVETA, S. / CARPIO BRIZ, D. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. / GALLEGOS SOLER, J.I. / GÓMEZ MARTÍN, V. / HORTAL IBARRA, J.C. / SALVADORI, I. / SANTANA VEGA, D., *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
 - BUGARÍN GONZÁLEZ, R. /COELLO PULIDO, A. /COSTAS RAMÍREZ, P. /FERNÁNDEZ FUSTES, M.D. /FERNÁNDEZ LEMA, I. /GRANDE SEARA, P. /MEDRANO VARELA, M. /MUÑOZ BARÚS, J.I. /ORDÓÑEZ MAYÁN, L. /PÉREZ RIVAS, N. /PILLADO GONZÁLEZ, E. /REGUEIRA DIÉGUEZ, A. /RODRÍGUEZ CALVO, M.S. (coord.)/VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (coord.), *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
 - COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
 - COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M. /LUZÓN CUESTA, J.M./ MOYNA MÉNGUEZ, J. /ORTIZ ÚRCULO, J.C. /TORRES DULCE-LIFANTE, E., *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2014.
 - CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares: nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
 - CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- DIAZ CABIALE, J. A. y MARTIN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MATALLÍN EVANGELIO, A., *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias que excluyen o modifican la Responsabilidad Criminal*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2007.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 1998.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art.173.2 del Código Penal)”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 12, 2010.
- “El delito de maltrato habitual: entre la violencia de género y la violencia doméstica”, en *Revista General de Derecho Penal*, 2009.
- *El delito de malos tratos en el ámbito familiar: aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- NÚÑEZ PAZ, M.A., *El delito intentado. Fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa*, Colex, Madrid, 2003.
- OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.153.