



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO 4º CURSO

VIOLENCIA DE GÉNERO

ALUMNO: ROBERTO JOSÉ VARELA GARCÍA

LA CORUÑA, JUNIO DE 2018.

TUTOR: PROFR. DR.  
MANUEL J. VÁZQUEZ  
PENA.

## INDICE

I.-ABREVIATURAS.....	3
II.-ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
III.-CUESTION PRIMERA: CALIFICACIÓN JURÍDICA Y SANCIONES.....	6
III.1.-Calificación Jurídica Penal:.....	6
III.1.a) El delito de acoso.....	6
III.1.b) Calificaciones alternativas hechos de 7/09/2017.....	14
III.1.b.a´. Delito de asesinato intentado.....	14
III.1.b.b´. Delito de lesiones.....	26
III.2.-Sanciones.....	27
IV.-CUESTION SEGUNDA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA.....	31
IV.1.-Concepto.....	31
IV.2.-Presupuestos.....	3
IV.3.-Responsabilidad en el caso de miembros de FSE.....	32
V.-CUESTION TERCERA: CUESTIONES PENITENCIARIAS.....	36
V.1.-Inhabilitación y separación del servicio.....	36
V.2.-Grado de tratamiento. ....	39
V.3.-Centro de destino.....	40
VI. CONCLUSIONES FINALES.....	41
VII.- BIBLIOGRAFIA.....	44
VIII.- APENDICE JURISPRUDENCIAL.....	46

## I.-ABREVIATURAS

Art./s	artículo/artículos
CE	Constitución Española
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
cfr.	Confróntese
ed.	Edición
EM	Exposición de Motivos
ISSN-e	International Estándar Serial-Number
LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LMPIVG	Ley Medidas Protección Integral Violencia Género
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
op. cit.	obra citada
.p./pp	página/páginas
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Tecnología
RGDP	Revista General de Derecho Penal
ROJ	Repositorio Oficial de Jurisprudencia (CENDOJ-CGPJ)
RPM	Reglamento Penitenciario Militar
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
ss	siguientes

## II.-ANTECEDENTES DE HECHO.

Adriano E y Agripina D. vivían en un inmueble situado en Arévalo, municipio donde está destinado Adriano como Cabo primero de la Guardia Civil; junto con su hija de 3 años, tras llevar casados 10 años. El día 20 de noviembre de 2016, con motivo de una fuerte discusión con su mujer, Adriano E. se traslada a vivir a casa de sus padres al municipio de Espinar de los Caballeros, con la intención de tomarse un tiempo separados. Agripina, por su parte, se queda a vivir en el domicilio conyugal con su hija.

Con el paso de los días y sin haber resuelto la situación problemática que envolvía a la pareja, Agripina contrata al letrado Germán P. Este, el día 2 de diciembre de 2016, remite a Adriano una carta certificada en la que indica la voluntad de su cliente de divorciarse. Asimismo, insta a Adriano a iniciar las negociaciones oportunas para establecer de común acuerdo la disolución de la sociedad de gananciales, así como el régimen de custodia de la hija en común.

Tras recibir esta comunicación, Adriano, obsesionado con recuperar a su mujer y que ésta se retracte en la solicitud del divorcio, desde el día 3 de diciembre de 2016 hasta el día 15 de junio de 2017, se dedicó a enviarle numerosos mensajes de *Whatsapp* a diario. Al principio le proponía, insistentemente, una reconciliación y retomar la relación, a lo que Agripina se negaba continuamente. Con el paso de los meses, la desesperación iba creciendo en Adriano: a partir de marzo, pretendía controlar todo lo que su ex pareja hacía. Le pedía por mensajes que le informara en todo momento de dónde se encontraba y en qué compañía, incluso le llegó a preguntar si estaba acompañada de algún hombre. En ocasiones, la seguía hasta lugares que ella solía frecuentar y simulaba encontrarse con ella de casualidad. Le pedía que “le diese una última oportunidad” y Agripina en todo momento respondía que dejase de enviarle mensajes. El día 14 de abril, Adriano le envió a Agripina una foto de ésta en un restaurante, acompañada de un amigo en la que incluyó el siguiente texto: “Sé en todo momento dónde y con quién estás”. El día 15 de abril, Agripina bloqueó el número de teléfono de Adriano. Éste continuó contactando con ella a través de la aplicación de mensajería de la red social Facebook, creando un perfil falso.

Finalmente, el día 7 de septiembre por la mañana, Adriano contactó con la madre de Agripina para que ésta le trasladase a su hija que él estaba arrepentido de su comportamiento durante los últimos meses. Asimismo, le solicitó verse con Agripina en el domicilio conyugal ese día para poder recoger unas pertenencias y llevar un regalo a la hija de ambos. Agripina accedió.

A las 18:00 hh. del día 7 de septiembre de 2017, Adriano acudió al domicilio conyugal y se dirigió a la habitación del antes matrimonio para recoger algunas de sus pertenencias. Al terminar, se dirigió al salón, donde se encontraban su mujer y su hija viendo la televisión. Aprovechando que Agripina estaba de espaldas, le disparó dos tiros con su arma reglamentaria, sin mediar palabra.

Uno de los disparos impactó en el omóplato derecho de Agripina y el segundo le provocó una lesión bronco-pulmonar de carácter grave. Justo después de disparar, Adriano realizó dos llamadas: la primera a los servicios de urgencias informando de que su mujer estaba herida de gravedad. La segunda llamada la dirigió al Comandante del

puesto de la Guardia Civil de Arévalo, al que comunicó lo siguiente: “he hecho una tontería, una tontería muy grande”.

Adriano, Cabo primero de la Guardia Civil, había estado de baja laboral durante los meses de diciembre de 2016 y julio de 2017, por un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y por presentar un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa. Por tal motivo le fue retirada su arma reglamentaria durante el periodo de baja laboral. En julio de 2017, Adriano se reincorpora en su puesto de trabajo, tras recibir el alta médica y se le repone el arma reglamentaria. El médico dispone que no se efectúe ningún seguimiento médico de su estado psíquico.

**-CUESTIONES:**

1. Realice la calificación jurídica de los hechos descritos y determine las posibles sanciones a imponer.
2. Analice la posibilidad de atribuir al Estado la responsabilidad civil subsidiaria, por el empleo del arma reglamentaria por parte del Cabo primero de la Guardia Civil, Adriano E.
3. Determine las cuestiones penitenciarias relacionadas con el grado de tratamiento y centro de destino, derivadas de una posible condena a pena de prisión del Cabo primero de la Guardia Civil.

**III.-CUESTION PRIMERA: CALIFICACIÓN JURÍDICA Y SANCIONES.**

### III.1-Calificación jurídico penal.

#### III.1.a) El delito de acoso.

Los hechos que se describen en los antecedentes, concretamente el envío masivo de mensajes telefónicos, varios al día durante seis meses, además de los intentos de contactar repetidamente con la esposa en contra de su voluntad, y de controlar su vida, que fueron en aumento y tuvieron su culminación en las amenazas veladas que integran las fotos obtenidas en una reunión social con otra pareja, pienso que podrían constituir, considerados en su conjunto un delito de acoso, del art. 172 ter CP.

Este nuevo delito, fue introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, reformadora del CP<sup>1</sup> con la intención, según su propia Exposición de Motivos, de reforzar, en materia de violencia de género y doméstica la protección especial para las víctimas de este tipo de delitos, siguiendo las tendencias europeas, y concretamente la regulación alemana sobre este tema, y sobre todo el Convenio de Estambul que obligaba a su introducción en nuestro país<sup>2</sup>.

Como es sabido, esta política criminal se ha iniciado en España sobre todo a partir de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, llamada de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>3</sup>, (en adelante LMPIVG), que la define, entre otras, como la violencia que se ejerce por el varón sobre su esposa o ex esposa, como es nuestro caso, en suma sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por su agresor carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

De esta manera el legislador español se sitúa entre los países que han decidido tipificar de manera especial el fenómeno del acoso, dando un paso más hacia la criminalización de todas sus formas, iniciada ya por el CP de 1995, que tipificó el acoso sexual (art. 184), al que luego han seguido en la reforma de 2010 la introducción del laboral (art.173.1.II), el inmobiliario (art. 172.1.III) y el de menores.

No existe sin embargo un concepto único de esta figura como quizás fuera necesario tener después de todas estas reformas, ni consenso doctrinal sobre la cuestión ni tampoco estudios criminológicos que nos hablen de la cantidad realmente existente de este tipo de delitos<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup>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, BOE núm. 77, de 31 de marzo.

<sup>2</sup> Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011.

<sup>3</sup> BOE 313, de 29 de diciembre.

<sup>4</sup> Ver las críticas que en la doctrina ha merecido todo esto, por ej., BAUCCELLS LLADOS, J.: “La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el proyecto de código penal”, en *RGDP*, núm. 21, 2014, ISSN-e 1698-1189, pp. 1 a 17, (Última consulta, 19 de junio de 2018).

Concretamente este artículo castiga dentro del capítulo de las coacciones y amenazas, con las que está relacionada, y que a lo mejor ya valían para castigarla antes de la reforma, una nueva conducta, o una nueva modalidad o especie de las coacciones, que se refiere al que *acose* a una persona llevando a cabo de forma *insistente y reiterada*, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las *conductas* que se mencionan, y de este modo *altere gravemente* el desarrollo de su vida cotidiana.

En definitiva se atenta con ello contra la *libertad y seguridad* de la víctima, siendo esta libertad *el bien jurídico protegido* con este nuevo delito, aunque también se puede decir que lo es la intimidad, que también puede verse afectada, y desde luego siempre se puede decir que afecta a la dignidad de las personas, sobre todo de las mujeres, que no se olvide son casi siempre las víctimas de este tipo de delitos, aunque esto el Código no lo exige.

Las conductas se refieren a que la vigile a esa persona, la persiga o busque su cercanía física, o establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

En todas ellas se está produciendo un acto que más concretamente integra una *persecución o un hostigamiento* que no da tregua a la víctima, de hecho este delito también se llama así en la doctrina, delito de hostigamiento, acecho, o *stalking*, una conducta de persecución repetitiva, obsesiva, e intrusiva respecto de una persona, el objetivo<sup>5</sup>, que se traduce como seguir, acechar o perseguir, y hace referencia a un cuadro psicológico conocido como síndrome del acoso apremiante, en el que, el acosador persigue de forma obsesiva al acosado,<sup>6</sup> y que se diferencia de las coacciones y amenazas en que no hay violencia ni anuncio expreso o tácito de un mal<sup>7</sup>.

Se recogen varias *modalidades* de *acoso*, para cuya existencia no es necesario ni siquiera que se llegue al contacto físico con la persona agraviada, bastando con que se la hostigue de una forma indirecta, buscando su cercanía física para perseguirla o vigilarla, directamente o a través de terceras personas, como podrían ser los detectives privados, o por cualquier medio de comunicación como las insistentes llamadas de teléfono en números elevadísimos en ocasiones, o el envío masivo de mensajes o de correos, también los electrónicos, o por medio de las aplicaciones de mensajería instantánea.

Para que estos hechos constituyan delito se requiere que el acoso se realice de *forma insistente y reiterada*, lo que requiere la prueba de múltiples o varios actos de los que se integran en la definición del tipo, según alguna doctrina más de tres hechos en un

---

<sup>5</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de stalking”, en AA VV “*Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*”, LAFONT NICUESA, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

<sup>6</sup> MARTINEZ MUÑOZ, C.: “El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter” en rev. *Diario La Ley*, núm. 9006, Sección Tribuna, 22 de Junio de 2017, Wolters Kluwer, (Última consulta, 12 de abril de 2018).

<sup>7</sup> CUERDA ARNAU, M.L.: “Delitos contra la libertad”, en AAVV, *Derecho Penal, Parte Especial*, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 174.

relativo corto espacio de tiempo<sup>8</sup>, todas ellas circunstancias que parecen concurrir en nuestro caso, ya que ha habido actos de acoso reiterados e insistentes durante más de seis meses.

Cabría plantearse<sup>9</sup> *cuántos actos* son *necesarios* para que la realización de la conducta típica merezca ese calificativo de *insistente y reiterada* que exige el tipo penal que estimamos aplicable. Desde luego parece que más de uno y de dos, pero ese problema no se plantea en nuestro caso, pues en los hechos se nos dice que le eran enviados a la víctima numerosos mensajes a diario, y que la conducta se prolongó durante más de seis meses.

Se ha discutido también si vale con que la reiteración o insistencia se produzca en varias de las conductas que recoge o el tipo, o tiene que venir referida a la misma conducta, lo que concurre también en nuestro caso, por lo que tampoco se plantea este problema, aunque decir que la jurisprudencia admite que se insista aunque sea con varias de las conductas.

Para que concurra la nota de *insistencia y reiteración* bastaría con que se dieran más de dos actos de acoso, manifestados por la búsqueda de contacto no deseado o la vigilancia de la víctima, siempre que se haya producido el *resultado típico* que exige el art. 173.ter, que es la alteración grave de la vida cotidiana, ya que con ella concurre ya la persecución sin descanso o reposo que va implícita en el significado del acoso. Se trata por lo tanto de un delito doloso o de resultado, que no admite la comisión en forma culposa o por imprudencia.

De entre las distintas modalidades de conducta típica que admite este delito, concurren aquí tres, que son el envío reiterado de mensajes, con la intención de retomar la relación, los también insistentes intentos de contacto personal que se saben de sobra inconscientes, y la vigilancia sobre la vida y relaciones de la víctima, en definitiva un *patrón de conducta* por parte de Adriano, que se ha prolongado durante muchos meses, y que es lo que se exige para que exista este delito.

En cuanto al *resultado* exigido para la concurrencia del delito la *grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana*, que el CP no nos dice claramente lo que es<sup>10</sup> lo que ocasiona inseguridad jurídica, ya que parece un concepto excesivamente amplio.

Hay que entender que se refiere a la perturbación de un conjunto de hábitos diarios, y que va de alguna forma implícito en la realización de aquellas conductas, lo que obliga a la víctima a modificarlos, por ejemplo los itinerarios cotidianos o los lugares habituales de ocio, lo que ciertamente es un resultado bastante impreciso, y poco objetivo o demasiado amplio, además de equiparar, según se ha dicho de modo inadmisibile<sup>11</sup>, la

---

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, F.: "Delitos contra la libertad", en *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 149-50.

<sup>9</sup> Siguiendo a MALLIN EVANGELIO, A.: "Acoso-Stalkin (172 ter)", en AAVV, *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, ÁLVAREZ GARCÍA, J., (dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 589-594.

<sup>10</sup> Lo cual ciertamente es criticable, como señala SÁNCHEZ VILANOVA, M.: "El delito de stalking tres años después de su entrada en vigor", en *RGDP*, núm. 29 (2018), ISSN-e 1698-1189, 2018.

<sup>11</sup> MALLIN EVANGELIO, A.: "Acoso-Stalkin (172 ter)", op. cit., p. 592.



tentativa con la consumación, al sancionar con las mismas penas tanto el contacto como su intento, lo que podría incluso vulnerar el principio de proporcionalidad y el de intervención mínima esenciales en el Derecho Penal.

Sin embargo, creemos<sup>12</sup> que se debe de exigir el resultado de alteración de la vida cotidiana *en un grado elevado de importancia*, no siendo suficiente con el mero acoso intrascendente, simplemente molesto, o leve para el sujeto pasivo<sup>13</sup>. Porque es que hay que diferenciar las conductas que pueden alterar el desarrollo de la vida cotidiana de una persona y que se encuentran en el campo de actuación del Derecho Penal, y los comportamientos sociales que no llegan a constituir delitos, con el fin de no exagerar en la respuesta punitiva, como dijo el TS la primera vez que se pronunció sobre este art. 173 ter<sup>14</sup>, y como tiene recordado la doctrina penal, pues téngase en cuenta que consideradas una a una tales conductas son actividades socialmente admitidas e incluso valoradas.

En esta sentencia señala nuestro TS que *“Los términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada”*.

Pero también ha dicho con posterioridad, en un caso en que confirmó que no había acoso de este tipo<sup>15</sup>, que *“No es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana. No se aprecia en el supuesto analizado esa relevancia temporal –no hay visos nítidos de continuidad-, ni se describe en el hecho probado una concreta repercusión en los hábitos de vida de la recurrente como exige el tipo penal”*.

Y se continúa diciendo *“Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima. Globalmente considerada no se aprecia en esa secuencia de conductas, enmarcada en una semana, la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. El reproche penal se agota en la aplicación del tipo de coacciones: la proximidad temporal entre los dos grupos de episodios; la calma durante el periodo intermedio; así como la diversidad tipológica y decircunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el*

---

<sup>12</sup> Con MARTINEZ MUÑOZ, C.: “El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter”, op. cit., p. 2.

<sup>13</sup> En un caso similar al nuestro, resuelto en apelación por la SAP Coruña, de 19 de abril de 2018, num. 222/2018, ROJ 347/2018, en un lapso de tiempo de solo tres meses, los actos de hostigamiento fueron múltiples, seguimiento, insultos amenazas o miradas de provocación, aparición cerca del domicilio de la víctima, y el *resultado* demoledor para la tranquilidad, renunciando a salir a la calle, siempre acompañada, vuelta a casa nunca sola, todo ello acreditado por un informe pericial de un médico forense.

<sup>14</sup> En la STS (Sala 2ª) de 8 de mayo de 2017, ROJ 324/2017.

<sup>15</sup> STS (Sala 2ª) de 8 de mayo de 2017, ROJ 1647/2017.

*resultado, un tanto vaporoso pero exigible, que reclama el tipo penal: alteración grave de la vida cotidiana (que podría cristalizar, por ejemplo, en la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio...)”.*

Indicios de que se ha producido en nuestro caso una alteración de la vida cotidiana de la acosada los encontramos en los antecedentes de hecho en la circunstancia de que haya tenido que bloquear el número de teléfono de Adriano para dejar de recibir sus mensajes, y en el de que éste haya creado un perfil falso en una conocida red social para continuar con sus acciones de intentar contactar con Agripina.

Sin embargo, en mi opinión subsisten las dudas sobre si ha habido en este caso resultado o no, o si este tiene la gravedad suficiente para hacer nacer el delito de acoso, y en otro caso podríamos estar simplemente ante una forma clásica de coacciones, y solo para el supuesto de que hubiera concurrido violencia, lo que no parece en este caso. Por lo tanto si yo fuera el abogado de la defensa de Adriano insistiría en la falta de resultados concretos producto del acoso para pedir la absolución.

Pero, prescindiendo de estas dudas, entiendo que el delito de acoso se ha consumado, y que concurre, aunque le corresponderá probarlo a la acusación, la existencia de una serie reiterada, durante un lapso de tiempo muy amplio, de seis meses, de varias de conductas que integran la acción de acosar, de forma insistente y repetida, que se concreta aquí en las típicos actos de vigilancia, control de sus actividades e intentos reiterados de establecer contacto físico no deseado por la víctima, a través de medios telefónicos, o incluso personalmente, ya que se menciona haber tomado fotos de ella en compañía de otras personas.

Se cumple por lo tanto el requisito de la *acción típica*, no cabiendo duda de que nos encontramos ante una *conducta dolosa*, que es la que integra el tipo, como se deduce de su propia definición, que nos viene a decir que no se admite la comisión en forma culposa o negligente.

Esta acción que no viene justificada por ningún *título legítimo* que amparando al autor, justifique la realización de dichos actos, mención por otra parte redundante, pues parece que el ejercicio de un derecho legitimaría las conductas de acoso que aquí se incluyen, lo que no parece aceptable<sup>16</sup>.

Por otro lado la profesión del que acosa aquí, integrante de un cuerpo de seguridad, impide alegar el desconocimiento de la ilicitud de unos actos que además llevó a cabo durante un tiempo muy prolongado, y para los que podría quizás encontrar esa justificación si estuviera investigando un hecho delictivo en el que estuviera implicada la víctima, lo que desde luego no es nuestro caso.

Podemos afirmar entonces que esta situación que se describe en los antecedentes de nuestro caso contiene todos los elementos que forman el delito de acoso.

Más concretamente, nos encontramos aquí ante *el tipo agravado* de este nuevo delito, pues ha sido cometido en el ámbito familiar y en las situaciones propias de los conflictos de la violencia de género, ya que la víctima es una de las personas a las que las últimas reformas penales y procesales dispensan de una protección especial, al estar contenidas en el art. 173.2 CP, ya que en este caso se trata del cónyuge, por lo que la pena

---

<sup>16</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE, F.: “Delitos contra la libertad”, *op. cit.*, p.150.

*empieza* como mínimo en un año de prisión, pudiendo llegar hasta los dos, o alternativamente trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

Se trata en este caso, de un tipo agravado que se convierte en un delito especial, de violencia de género, al contextualizarse en el ámbito de esas relaciones, pudiendo únicamente ser sujeto activo las personas relacionadas con las víctimas que cita el artículo antes mencionado 173.2 CP. Fuera de estos casos las mujeres también pueden ser autoras de esta modalidad especial de acoso, ya que la estructura típica es de delito común, es decir, puede cometerse por cualquier persona (el texto utiliza la fórmula «el que» para referirse al sujeto activo y el término «persona» para definir al sujeto pasivo) y de resultado, al exigir que se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana<sup>17</sup>

De modo que solo si la víctima es mujer o una de las personas del art. 173 estamos ante el tipo agravado de violencia de género<sup>18</sup>. Tal agravación gana sentido habida cuenta de la relación existente, mostrada en diversos estudios empíricos y generalmente aceptada por la doctrina científica, según se ha visto, entre violencia familiar y *stalking*, sobre todo una vez acontece el final de la vida en pareja<sup>19</sup>.

Para que se puedan conseguir más condenas por este tipo de delitos, que muchas veces no salen a la luz, en estos casos no será necesaria la *denuncia* a que se refiere el apartado 4 de este artículo, estándose por lo tanto ante un delito de los llamados públicos y perseguibles de oficio por el Ministerio Fiscal, que no necesita de esa denuncia previa de la mujer agraviada. Pero quizás debiera completarse dicha cláusula con la referencia expresa al perdón del ofendido, como causa de extinción de la responsabilidad penal, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Fiscal en los supuestos de delitos contra menores o incapaces.<sup>20</sup>

En consecuencia, en los casos en los que entre las partes se den alguna de las relaciones integradas en la protección frente a la violencia de género la víctima podrá acudir al ámbito de la orden de protección del art. 544 ter LECrim, y en general a todas las medidas y efectos, también la orden de alejamiento, que caben en ese ámbito de la protección especial frente a esta terrible lacra social.

Sin embargo, en la doctrina se ha criticado<sup>21</sup>, las omisiones del legislador acerca del quebrantamiento de órdenes de alejamiento o las prohibiciones de comunicación con la víctima conjuntamente con la comisión del delito de acoso. Tampoco se incluyen en el tipo penal algunas agravaciones por razón del sujeto pasivo cuando se trate de menores o personas especialmente vulnerables. Tal vez el descuido más relacionado estrictamente con la violencia de género sea el no haber insertado una agravación cuando las conductas

---

<sup>17</sup> ALONSO DE ESCAMILLA, A.: "El delito de Stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades", en rev. *La Ley Penal*, núm. 105, Noviembre-Diciembre 2013, Ed. La Ley p.1 de 7.

<sup>18</sup> CAMARA ARROYO, S.: "Las primeras condenas en España por stalking: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio", en rev. *La Ley Penal*, Nº 121, ISSN 1697-5758, Ago. 2016, p. 1 de 14.

<sup>19</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de stalking...*, op. cit., p. 3

<sup>20</sup> ALONSO DE ESCAMILLA, A.: "El delito de Stalking como nueva forma de acoso...", op. cit., p.1

<sup>21</sup> CAMARA ARROYO, S.,: "Las primeras condenas en España por stalking...", op. cit., p. 4.

de *stalking* se realicen en presencia de menores de edad, como podría ser nuestro caso, aunque no se dice de modo expreso en los antecedentes de hecho.

En esta línea quizás podría haber un *concurso* con otro delito de amenazas, ya que el apartado 3 señala que “*Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso*”, pudiendo la conducta consistente en el envío de la foto y el comentario añadido integrar otra infracción penal en forma de amenazas.

Efectivamente, la acción consistente en enviar una foto tomada sin su consentimiento, acompañada de un mensaje que indica que sigue teniendo control o vigilancia sobre su vida y relaciones, aunque puede entenderse también y por si solo como una amenaza de los art. 171.4 del CP, sin embargo, dado que no se anuncia concretamente ninguna acción, y dada su levedad y falta de persistencia en el tiempo, no se cumple con la presencia de uno de los elementos típicos de este delito como es el mal real, que ha de ser futuro, concreto, determinado e injusto y revestir una apariencia de seriedad y firmeza.

Además dado que no hubo otro hecho posterior de esta clase, la entendemos como integrada en la conducta anterior y formando parte de los hechos que integran el acoso, dado que también fueron conductas próximas en el tiempo, y entran dentro del marco temporal de la acciones de acoso que duraron seis meses, desde octubre hasta junio siguiente y porque de otra manera se corre el peligro de infringir el principio *non bis in idem*.

Considerar estos hechos como un delito de amenaza y creer que aquí existe un concurso real es discutible desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, aunque parece que puede tener el respaldo formal en la literalidad del precepto, pues en esta ocasión los bienes jurídicos a proteger coinciden, pero entiendo que ello no procede pues supondría una doble valoración de los actos determinantes del acoso punible<sup>22</sup>.

La jurisprudencia de las Audiencias ya se ha pronunciado<sup>23</sup>, sobre las conductas integrantes del delito de *stalking* en relación con las coacciones, delimitando ambos tipos penales. Así, expone amenazar con autolesionarse, preguntar por la víctima, mandar flores, comunicarse por medios telemáticos y similares son conductas efectivamente molestas, pero ni individualmente ni en su conjunto se pueden calificar como delito. Y es que en el art. 172 ter precisamente lo que se sanciona esa *suma* de conductas aparentemente menores o simplemente molestas, pero que en realidad conforman un todo que perturba la seguridad de quien las padece.

Por esta razón es necesario, según tiene declarado la jurisprudencia<sup>24</sup>, que se pruebe la negativa de la víctima a tener las visitas, el contacto o la comunicación con el acosador, o no contestar los mensajes de manera que conste que las relaciones no eran consentidas, pues si hubo unas relaciones o conversaciones consentidas no habrá delito de acoso.

---

<sup>22</sup> CUERDA ARNAU, M.L.: en “Delitos contra la libertad”, *op. cit.*, pp. 175-176.

<sup>23</sup> Por ejemplo, la SAP-Coruña, 634/2015, de 3 de diciembre, ROJ 728/2015.

<sup>24</sup> SAP-Madrid, 738/2015, de 10 de diciembre, ROJ 3826/2015, o SAP-Santa Cruz de Tenerife 87/2016, de 4 de marzo, ROJ 1234/2016.

De este delito de acoso es *Adriano responsable penal como autor*, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad, aunque en este período al parecer estaba de baja por una enfermedad nerviosa o mental, síndrome ansioso depresivo, que independientemente de su causa, el estrés laboral o la situación personal que ha vivido, serviría para pedir por la defensa la atenuación de su responsabilidad, al amparo del art. 21.6 CP, aunque no parece que sea de entidad suficiente para integrar ni siquiera una atenuante.

Pero, para que una anomalía o alteración psíquica dé lugar a inimputabilidad se deben cumplir dos criterios, primero uno cualitativo: ha de afectar a los elementos integrantes de la imputabilidad penal, que son la capacidad de conocer o inteligencia y la capacidad de determinarse de acuerdo a ese conocimiento o voluntad. El primero es un presupuesto biológico, cualquier anomalía o alteración de la psique, y el segundo lo es de naturaleza normativa, que hace referencia a la capacidad de auto conducción o motivación del autor, de modo que la carencia de alguno de ellos determinara la inculpabilidad.

Y en segundo lugar, para la exención de responsabilidad se precisa otro criterio cuantitativo: es necesario que la afectación sea completa y absoluta. Es decir, el acusado se ha de hallar privado de modo total y completo de la capacidad de comprender y de controlar, que se produzca una anulación total de la conciencia y voluntad.

En el caso de que la anomalía o alteración psíquica no cumpla estrictamente con los dos criterios anteriormente expuestos, entonces nos encontraríamos con una *circunstancia atenuante* de la pena por la vía de la eximente incompleta, que es a lo máximo que podría aspirar a conseguir la defensa de Adriano en este caso.

Para ello también *podrían también alegarse otras atenuantes* como la del art. 21.3 CP relativa a los estados pasionales o la obcecación, que la jurisprudencia tiene apreciado en algunas ocasiones en casos de *celotipia*<sup>25</sup>, como sería aparentemente el de Adriano, en el que una ataque de celos y el verse privado del uso de la vivienda en que habitaba, así como de la compañía de su hija menor, podría haber actuado como detonante de su actuación y explicarla al menos en parte.

También podría alegarse como *atenuante* la *depresión*, pues en los antecedentes se menciona el síndrome ansioso depresivo, y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en algunos casos, en los que ha señalado que la depresión es un término poco preciso en psiquiatría, que comprende desde simples estados de tristeza y melancolía con tendencia a la inactividad, irrelevantes en cuanto a su influencia en la imputabilidad penal, salvo en los delitos de omisión, hasta verdaderas psicosis que puede eximir de responsabilidad, no siendo fácil reconocer posteriormente la intensidad del problema en una fecha determinada como es la de los hechos, de manera que una intensidad de grado menor en la depresión sería insuficiente para apreciar una eximente aunque fuera incompleta, pero sí que podría en algún caso apreciarse como atenuante analógica del art. 21.6 CP.

### III.1.b) Calificaciones alternativas de los hechos de 7 de septiembre de 2017.

---

<sup>25</sup> ORTS BERENGUER, E., GONZALEZ CUSSAC, J.L.: “El reproche; la culpabilidad”, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 2017, p. 523.

### III.1.b. a'. Delito de asesinato intentado.

Hablando desde un punto de vista imparcial como es el del Fiscal, y pero también en este caso desde la posición de la acusación particular, los hechos entiendo que podrían ser calificados como *una tentativa de asesinato*, del art. 139.1 CP.

Hay que considerar en efecto, que el mero hecho de agredir con un instrumento tan peligroso como es un arma de fuego, en la que esta persona un agente de la guardia civil, tiene además entrenamiento para usar, denota ya conciencia del peligro en su uso para la agresión, y por lo tanto abarca en sí misma la intención de matar. Sería suficiente con esto para hablar de un *dolo eventual* al menos de matar, un *animus necandi*, y por lo tanto de tentativa de homicidio o de homicidio frustrado, como se decía en el pasado.

Es más, entendemos que hay que hablar en ese caso incluso de un asesinato intentado, ya que concurre la circunstancia agravatoria de alevosía, y aunque esta tradicionalmente en la jurisprudencia se ha considerado incompatible con el dolo eventual, hoy se acepta mayoritariamente<sup>26</sup>.

Se señala efectivamente en la jurisprudencia la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual, y se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima --aseguramiento de la ejecución-- y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.<sup>27</sup>

Concurre *alevosía*, dado que se produjeron los disparos por la espalda, de modo que la víctima no tuvo la más mínima oportunidad de defenderse, asegurando el resultado como dice el art. 22.1 y en el 139.1 CP, además de que se usa un arma de fuego, y se produce la agresión de modo sorpresivo, sin que haya indicios de que hubiera una previa discusión. Muy recientemente, sobre la alevosía ha dicho el TS que existen tres modalidades de alevosía la *traicionera*, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada, o a traición del que aguarda y acecha. La alevosía *sorpresiva*, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto. Y la alevosía por *desvalimiento*, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente.

En nuestro caso estamos ante la modalidad que se denomina *traicionera* pero también de la *sorpresiva*. El ataque mortal no solo se produjo de manera inesperada en el domicilio familiar, sino que se realizó el ataque de manera que quedó aniquilada cualquier posibilidad efectiva de defensa lo que fue aprovechado por el agresor para asegurar el

---

<sup>26</sup> STS (Sala 2ª) de 24 de mayo de 2007, citada por ORTS BERENGUER, E., y GONZALEZ CUSSAC, J.L. : en "El reproche; la culpabilidad", *op. cit.*, p. 528.

<sup>27</sup> STS (Sala 2ª) de 12 de julio de 2017, ROJ 2824/2017.

éxito de su empresa<sup>28</sup>, dado que los disparos fueron hechos por la espalda mientras la víctima estaba sentada en un sofá<sup>29</sup>.

Tiene declarado también la jurisprudencia que una instintiva y mínima reacción no excluye la alevosía. *“Es verdad que la alevosía ha de apreciarse desde el inicio del episodio agresor. Pero en el presente caso aparece así, bien definida en el hecho probado con apoyo en dos órdenes de consideraciones. De un lado, en lo inesperado y sorpresivo del ataque. Es esa una clásica modalidad alevosa que es compatible con algún gesto defensivo siempre que esté inexorablemente abocado al fracaso precisamente porque la sorpresa impide una reacción con alguna mínima potencialidad defensiva. De otro lado, en el quebranto de la atmósfera de confianza que rige en el propio hogar, clima de confianza acentuado por la presencia de hijos menores de edad, en escenario que ha sido bautizado en algunos precedentes jurisprudenciales con la plástica expresión alevosía doméstica o convivencial”*<sup>30</sup>.

Y también se ha declarado que la alevosía, cuando surge en el contexto de un dolo de ímpetu o repentino, explosivo, como ha sucedido en el caso de Adriano, es cohonestable con un *arrepentimiento* casi inmediato. Es factible cometer un asesinato y lamentarse de ello casi sin solución de continuidad; singularmente cuando la decisión homicida no es algo meditado, planificado, reflexivo, sino, como en este caso, fruto de un posible ataque de furia incontrolada y surgido de manera volcánica.<sup>31</sup>

Además concurre en esta caso también la llamada circunstancia mixta de parentesco, en este caso claramente tendrá eficacia agravatoria de la responsabilidad criminal, y será mas bien la *agravante* de parentesco, del art. 23 CP, ya que se entiende mas grande el desvalor de una agresión, contra un bien jurídico tan importante como la vida y la integridad física, de la que ha sido su esposa que si se tratara de otra persona no ligada por dicha relación familiar, tanto mas grave en este caso por las obligaciones que conlleva el haber tenido descendencia con esa persona.

En el Código Penal de 1995 ha desaparecido el antiguo delito de *parricidio* como figura delictiva específica, sino que tampoco se ha incluido el parentesco como circunstancia calificativa del asesinato en el art. 139. Esto dará lugar a que la muerte de un pariente por otro pariente sea constitutiva, según los casos, de homicidio simple (art. 138) o de asesinato (art. 139), y que a la realización de tales delitos se aplique la circunstancia de parentesco del art. 23 CP. La circunstancia de parentesco es en el Código penal vigente, igual que en el anterior, una circunstancia mixta, es decir, que, en función de la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, puede aplicarse como agravante o

---

<sup>28</sup> STS (Sala 2ª) de 31 de enero de 2018, ROJ 228/2018.

<sup>29</sup> Igual que en el caso resuelto por la STS (Sala 2ª) de 2 de diciembre de 2013, ROJ 6546/2013. En idéntico sentido, a propósito de disparo con arma de fuego a una persona sentada, la reciente STS, Sala 2ª, de 31 de mayo de 2018, ROJ 2028/2018.

<sup>30</sup> STS (Sala 2ª) 27 de noviembre de 2017, ROJ 4286/2017.

<sup>31</sup> STS (Sala 2ª) 20 de diciembre de 2017, ROJ 4673/2017.

como atenuante, e incluso dejar de ser aplicada si la relación de parentesco no influye en la gravedad del delito.<sup>32</sup>

Se trata de una circunstancia objetiva, en cuanto a la existencia de la relación parental, pero también históricamente se ha considerado subjetiva, en el sentido de necesitarse para la agravación la persistencia de la afectividad, aunque se estima que basta que subsista algún lazo de dicha afectividad por ejemplo en este caso el derivado de la existencia de una hija, todo lo cual confiere una cierta ventaja para la comisión del hecho delictivo, cuyo aprovechamiento ilegítimo es lo que se castiga con esta agravante<sup>33</sup>.

Sin embargo últimamente sobre la agravante de parentesco la jurisprudencia tiene declarado que *“el aumento del reproche que conlleva la agravante no depende de la existencia de una relación afectiva real hacia la víctima. El mayor desvalor de la conducta es consecuencia de la falta de respeto especial y de consideración demostrada por el autor en relación a una persona con la que estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos o de sangre. Y es que si se exigiera la existencia de cariño o afecto la agravante sería de muy difícil aplicación, ya que, concurriendo afecto -tal como razona la STS (Sala 2ª), de 12 de febrero ROJ 162/2009- no habría normalmente agresión, salvo en los supuestos de homicidio " pietatis causa" , en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación”*.<sup>34</sup>

Por otra parte, ya hemos dicho que no puede haber duda de que ha existido un dolo de matar. En la **doctrina** penalista, se considera hoy mayoritariamente<sup>35</sup> que el **dolo** es el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, habiendo dejado de ser un requisito de la más plena culpabilidad para serlo más bien de la más plena antijuricidad.

Se viene considerando también que no existe problema para la admisión del **dolo eventual** en los delitos de homicidio<sup>36</sup>, siendo por lo demás frecuente en estos casos, y que la presencia del dolo de homicidio es la única manera de distinguir los casos de lesiones consumadas y de los de homicidio intentado, ya que desde el punto de vista

---

<sup>32</sup> GRACIA MARTIN, L., VIZUETA FERNANDEZ, J.: “Agravantes”, en *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español : doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. Y en el mismo sentido también, TERRADILLOS BASOCO, J.M., *El homicidio y sus formas*, Iustel, Madrid, 2106, p. 7.

<sup>33</sup> SSTS (Sala 2ª) de 18 de noviembre de 2004 y de 27 de junio de 2016, citadas por ORTS BERENGUER, y GONZALEZ CUSSAC, *El reproche; la culpabilidad*, op. cit., p. 553.

<sup>34</sup> STS (Sala 2ª) de 1 de febrero de 2018, ROJ 229/2018.

<sup>35</sup> Como señala SUAREZ MIRA, C.: “La culpabilidad”, AAVV, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 2017, pp.137 y ss. Así también, GRACIA MARTIN, L., VIZUETA FERNANDEZ, J.: “Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal Español”, op. cit., p. 51.

<sup>36</sup> GRACIA MARTIN, L., VIZUETA FERNANDEZ, J.: “Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal Español”, op. cit., pp. 56-57.



externo son iguales, radicando la diferencia en el ánimo del sujeto, que no obstante ser un elemento interno debe inferirse y probarse con una pluralidad de datos<sup>37</sup>.

En el dolo eventual, el sujeto no busca la producción del resultado, por lo que habría que decir que, en principio, no existe el elemento volitivo del dolo. Sin embargo, aquí lo decisivo es que conoce que *hay posibilidades de que el resultado se llegue a producir y contando con esas posibilidades no se detiene, actúa y efectivamente el resultado no buscado se produce*. El elemento cognoscitivo y el volitivo están bastante más difuminados. Por un lado, no existe plena certeza de producción del resultado, por lo tanto, no hay absoluto conocimiento de la situación típica; por otro, el sujeto no busca ese resultado directamente pero actúa contando con su producción, o lo que es lo mismo, aceptando la afección al bien jurídico que finalmente se causa, por lo que también la voluntad es más difusa<sup>38</sup>.

Efectivamente, como reconoce la **jurisprudencia**<sup>39</sup>, el elemento subjetivo del delito de homicidio, o asesinato, no sólo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo *directo* o de primer grado, constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo *eventual* que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual consiente y persiste en dicha acción, que obra como causa del resultado producido.

El dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado.

Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto *"para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un*

---

<sup>37</sup> En similares términos, CARBONELL MATEU, J.C.: en "El homicidio y sus formas: II: el Asesinato", en AAVV, *Derecho Penal, Parte Especial*, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), op. cit., p. *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 47.

<sup>38</sup> MATELLANES RODRIGUEZ, N.: "El dolo eventual", en *El tipo doloso de acción*, op. cit., p. 8.

<sup>39</sup> Cfr. SSTS (Sala 2ª) de 11 de julio ROJ 599/2012, de 16 de febrero ROJ 93/2012, de 28 de junio ROJ 632/2011, de 30 de abril ROJ 172/2008, de 25 de marzo ROJ 415/2004, de 15 de marzo.ROJ 210/2007.

*resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado".*<sup>40</sup>

Sobre esto, en la doctrina española es mayoritaria la teoría del consentimiento<sup>41</sup>, según la cual hay dolo eventual cuando el sujeto ha previsto la posible producción del resultado y acepta o consiente su producción, o también la de la probabilidad, según la cual hay dolo eventual cuando el autor se presenta como probable el resultado, y que se usan sobre todo para distinguir los supuestos del dolo eventual de los de la imprudencia consciente.

Así pues, bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizado la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

El dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

---

<sup>40</sup> Como señala la reciente STS (Sala 2ª) de 25 de enero de 2018, ROJ 123/2018, para la existencia del dolo eventual basta con conocer los elementos del tipo objetivo de los que resulta la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, y, además, admitir el resultado como altamente probable. En realidad, si el resultado es, objetivamente y para cualquier observador medio, altamente probable, la continuación con la acción demuestra la aceptación de ese probable resultado, sin que sea necesario nada más.

<sup>41</sup> GRACIA MARTIN, L., VIZUETA FERNANDEZ, J.: "Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal Español", op. cit. p. 57.

Según señala también la doctrina consolidada<sup>42</sup> del TS, de la que es exponente la STS (Sala 2ª) de 26 de noviembre, ROJ 755/2008, ese dolo de matar que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede *inferirse* atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia podemos señalar como *criterios de inferencia*, los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido, el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante, *el arma o los instrumentos empleados, la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque...o la forma en que finaliza la secuencia*. Y se señala en esa sentencia que respecto a la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente, para la teoría de la representación, se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor”.

En este el mismo sentido otras veces se ha dicho<sup>43</sup> que *"el animus necandi y su diferenciación con el animus laedendi no plantea, en líneas generales, ningún problema en términos doctrinales pero sí, y muchas, en el ámbito probatorio. Por pertenecer a la esfera íntima del sujeto hay que inferirlo de datos objetivos, como tantas veces ha declarado esta Sala, que contribuyen a formar la convicción del órgano judicial y que son tanto los anteriores como los coetáneos y posteriores al hecho...En diversas resoluciones se han establecido como signos externos de la voluntad de matar, sin que ello integre una lista cerrada, como más significativos los siguientes: a) Los antecedentes de hecho y las relaciones entre el autor y la víctima; b) la clase de arma utilizada; c) la zona o zonas del cuerpo a que se dirige la agresión; d) el número de golpes inferidos; e) las palabras que acompañaron al ataque; f) las condiciones del lugar, tiempo y circunstancias conexas o concomitantes con la acción; g) la causa o motivación de la misma; y h) la entidad y gravedad de las heridas causadas"*.

En otras ocasiones se ha concretado que los elementos relevantes, aunque obviamente no exclusivos, para constatar la concurrencia del *ánimo de matar*, son la peligrosidad del arma empleada, el número e intensidad de los golpes, la zona del cuerpo afectada por la agresión y la gravedad de las lesiones producidas.

Incluso más recientemente ha dicho el TS<sup>44</sup> *"hubo un clarísimo animus necandi por el arma utilizada, la parte del cuerpo de la víctima atacada, la reiteración de las lesiones, y la gravedad de las mismas, que le hubieran ocasionado la muerte de no recibir urgente asistencia médica y quirúrgica, así como la persistencia en su acción homicida...y todo ello le supuso un riesgo vital ya que le podían haber causado la muerte si no hubiese recibido tratamiento quirúrgico urgente"*.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> STS (Sala 2ª) de 26 de noviembre de 2013, ROJ 5705/2013.

<sup>43</sup> STS (Sala 2ª) de 27 de diciembre de 2013, ROJ 6591/2013.

<sup>44</sup> STS (Sala 2ª) de 3 de junio de 2016, ROJ 2731/2016. Recientemente, STS (Sala 2ª) de 23 mayo 2018, ROJ 1914/2018.

<sup>45</sup> Últimamente, sobre el ánimo homicida, “la inferencia del deseo de agredir al menor de forma tal que el resultado de muerte era objetivamente perceptible, se deriva de la intensidad de su resultado: hemorragia subaracnoidea y neumoencéfalo, con desplazamiento óseo en la cabeza que exigieron intervención quirúrgica sin la cual devendría la muerte. Y también del medio empleado. Aunque hubo dos golpes

En alguno casos el TS ha considerado que existe el dolo de matar simplemente a la vista del carácter mortal de las heridas producidas con el arma blanca, que hubieran producido la muerte de no ser por la inmediata asistencia sanitaria<sup>46</sup>

*De acuerdo con todo ello, en el caso presente, pensamos que concurriría como mínimo el dolo eventual, a falta de indicios de dolo directo, pues forzosamente el autor de los disparos con un arma de fuego que ha conocido con anterioridad dada su profesión, y que podría incluso conocer cualquiera, ha de haber conocido y previsto que dispararla por la espalda contra una persona indefensa y a escasa distancia, haya previsto o no el lugar hacia donde se dirigen los disparos, ha tenido que consentir o aceptar, a la vista de su probabilidad grande como en este caso, un resultado que le aparece como posible, y que a punto estuvo de producirse.*

Al final se tratará de un problema de prueba, y siendo un elemento subjetivo, de una prueba de indicios, entre los que están todos esos que menciona la jurisprudencia del TS, y que se vienen usando en estos casos para diferenciar entre el homicidio o asesinato intentado y las lesiones consumadas.

Esta práctica habitual sin embargo se ha criticado y se considera desacertado por cierto sector de la doctrina penal, cuando se deduce como en nuestro caso del tipo de arma y las características de las lesiones causadas<sup>47</sup>, en los que se condena por delito doloso sin haber prueba del dolo, con peligro de infringirse el principio in dubio pro reo y la presunción de inocencia, ya que esos indicios solo probarían que el arma es idónea, y que se han ocasionado unas lesiones, lo cual no implica la prueba de la intención de matar.

A mí me parece sin embargo que el tribunal tiene que decidir sobre esa disyuntiva en cada caso concreto, a fin de llegar a una solución justa, y que no hay otra manera, ya que la prueba de las intenciones subjetivas y por ello internas del autor solo puede tener lugar mediante esos indicios externos a los que acude la jurisprudencia.

Por otra parte hay que decir que estamos ante *una tentativa*, que la doctrina penal viene definiendo como una forma imperfecta de realización del hecho criminal, como un conato de delito, cuya ejecución se ha iniciado pero que no alcanza su consumación<sup>48</sup>, mediante la que se pone también en peligro el bien jurídico protegido, y a la vez se exterioriza una voluntad contraria al Derecho.

---

diversos, el principal se produjo con un objeto con filo como lo es el hacha, lo que excluye que éste fuera ocasionado por la encimera. El procedimiento exigió contundencia dado el desplazamiento óseo. Desde esas premisas extraer la conclusión sobre la voluntad del autor y añadida a la previsión del resultado, en los términos que lo hace la recurrida, es sin duda la única conclusión que avalan lógica y experiencia, como coherente y excluyente de otra alternativa (STS (Sala 2ª) 15 de noviembre de 2017, ROJ 4072/2017). En el mismo sentido, en un caso de entrada en una casa provisto de un martillo para golpear en la cabeza, y por la espalda, se apreció también alevosía por la STS (Sala 2ª) de 10 de mayo de 2016, ROJ 2103/2016. Y lo mismo para un caso de ataque con un cuchillo en zonas vitales, como cara y cuello (STS (Sala 2ª), de 23 de febrero de 2017, ROJ 691/2017).

<sup>46</sup> Así en STS (Sala 2ª) de 8 de noviembre de 2017, ROJ 3960/2017.

<sup>47</sup> GRACIA MARTIN, L., VIZUETA FERNANDEZ, J.: “*Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal Español*”, *op. cit.* 65, con cita de las opiniones de GIMBERNAT ORDEIG, JORGE BARREIRO y MAPPELLI CAFFARENA sobre la cuestión.

<sup>48</sup> ORTS BERENGUER, E., y GONZALEZ CUSSAC, J.L.: “El reproche; la culpabilidad”, *op. cit.*, p. 598.

La tentativa viene recogida en el actual art. 16.1 CP, que exige que la ejecución haya comenzado por algún acto externo, o como ha sucedido en nuestro caso, se haya realizado la conducta típica, en nuestro caso la agresión que se materializa en los disparos con arma de fuego, pero sin que se produzca el resultado típico, en nuestro caso la muerte.

Habría tentativa cuando se dé comienzo a la ejecución del hecho y, sin embargo, no se produzca la muerte. Esta observación general, y tan obvia que la tradicional construcción doctrinal de la tentativa, acabada o no, se ha venido asentando en los delitos de homicidio, plantea cuestiones de más controvertida respuesta en los casos en que se da comienzo a una ejecución idónea para matar y, sin embargo, el resultado de muerte cierta o muy probable se producirá a largo plazo; o en los casos en que esa misma conducta del sujeto activo solo causa lesiones, lo que sería precisamente el caso de Adriano, pero tal y como se ha dicho, si el comienzo de ejecución de homicidio produzca solo lesiones, lo más coherente es admitir que el dolo de matar consume al dolo de lesionar<sup>49</sup>.

En cualquier caso, los elementos subjetivos han de quedar probados a partir de las características del comportamiento objetivo. Uso de armas, contundencia de la agresión, afectación reiterada a puntos vitales, amenazas previas o expresiones valorativas posteriores son, entre otros, los criterios seguidos por la jurisprudencia para decidir la existencia de dolo de homicidio frente al de lesionar,

Efectivamente aquí se ha producido el acto de matar, que es el elemento objetivo de la tentativa, habiendo concurrido también el elemento subjetivo que es la voluntad de disparar la pistola, y la no producción del resultado por causas ajenas a la voluntad de su autor, como es la inmediata atención médica, aunque facilitada por el mismo autor, con las consecuencias que ello ha de tener.

En ese caso se tratará de *una tentativa acabada*<sup>50</sup>, aunque solo se han conseguido las lesiones de la víctima, y que vino a sustituir a lo que antes se conocía como *frustración* en el CP anterior, en la que el autor realiza todos los actos de la ejecución, que tendrían que causar el resultado y su consumación, pero esta no tiene lugar, debiéndose acudir al dolo del autor para saber que delito se ha cometido, y así poder diferenciar, el delito intentado, el asesinato, y el consumado que son las lesiones graves, sirviéndose para esto la jurisprudencia de baremos inferidos del caso concreto para determinar la verdadera intención del agresor.<sup>51</sup>

Sobre la tentativa acabada relativiza un poco esta distinción la STS 15 de noviembre de 2017, (ROJ 4072/2017): *“Esta Sala considera que, por mucho que haya parecido favorecer la claridad de la aplicación de la norma la diferenciación, ya casi «clásica», entre la tentativa «acabada» y la «inacabada», la misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones, como en relación con el «desistimiento», puede llegar*

---

<sup>49</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., *El homicidio y sus formas*, op. cit., p.8.

<sup>50</sup> CARBONELL MATEU, J.C: en “El homicidio y sus formas: II, el Asesinato”, *op. cit.*, p. 52.

<sup>51</sup> Como se dice en la STS de 14 de julio de 2016, ROJ 3521/2016, “La denuncia de infracción del art. 62 CP, por haber apreciado el tribunal la tentativa como acabada, tampoco puede admitirse. Primero, porque Celestino hizo, por su parte, todo lo necesario para causar la muerte a la víctima; lo que, además, habría bastado para la consecución de este propósito, de no haber sido por la inmediata, eficaz, intervención de la esposa”.

*a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas. De hecho, parece incuestionable que nuestro Legislador de 1995, perfecto conocedor de las posiciones doctrinales defensoras de dicha distinción, optó con plena y onscientemente voluntad sin embargo, superando con ello la tradicional dicotomía tentativa-frustración, por reducir la ejecución ausente de consumación a una sola categoría, tentativa, que englobase tanto los supuestos de realización de «...todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado...» (art. 16.1 CP), remitiendo a la simple condición de regla para la determinación de la pena (art. 62 CP), sin entidad ontológica dispar, «...el grado de ejecución alcanzado» por el autor en la comisión del delito, que deberá además valorarse a tales efectos con otro criterio cual es el del «...peligro inherente al intento...», como se decía en la STS (Sala 2ª) de 24 de septiembre ROJ 804/2010 o de 16 de noviembre de 2011, ROJ 1192/2011.*

También pienso que sería posible alegar, si habláramos en nombre de la defensa, que nos encontremos en este caso en un supuesto de la excusa absolutoria llamada arrepentimiento o *desistimiento* por parte del autor, al que se refiere el art. 16.2 CP, ya que es él quien hasta cierto punto impide la producción del resultado mediante la llamada a la asistencia médica. Pero en la jurisprudencia estos supuestos se califican más bien como tentativa, ya que se han realizado todos los actos típicos de la acción de matar, y se ha producido un resultado, aunque solo de lesiones graves, no de muerte, que estimo que es lo que ha ocurrido en nuestro caso, debido a la asistencia posterior prestada.

Así ocurrió en el caso resuelto por la STS de 3 de noviembre de 2016<sup>52</sup>, en la que el condenado trató de apagar las llamas (y de hecho lo consiguió), hasta el punto de haber sufrido él mismo quemaduras durante su actuación, debe entenderse que se ha producido un desistimiento activo que le exime de su responsabilidad criminal por el delito intentado de asesinato. Solicita en consecuencia su libre absolución o, alternativamente, que sea condenado a la pena de 2 años de prisión por un delito de lesiones en el ámbito familiar. El artículo 16.2 del CP dispone que: "*Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito*". El precepto recoge la figura del desistimiento voluntario, atribuyéndole efectos excluyentes de la responsabilidad criminal por razones de política criminal, al presentar el ordenamiento jurídico un aliciente para que el autor abandone la realización criminal ya iniciada, potenciando de este modo la protección del bien jurídico que constituye la razón de ser de la correspondiente norma penal".

El precepto contempla dos supuestos diferentes de operatividad de la excusa absolutoria: el desistimiento propiamente dicho, que consiste en el abandono por el agente de la acción delictiva ya iniciada, interrumpiendo o abandonando la progresión de la misma en un momento del "*iter criminis*" en que lo realizado no conlleva la producción del resultado (desistimiento pasivo, apreciable en la tentativa inacabada) y, en segundo lugar, lo que se conoce como el desistimiento activo, que sería nuestro caso, y que tiene lugar cuando la acción realizada tiene ya eficacia para producir el resultado dañoso contemplado por la norma penal (tentativa acabada), pero se evita real y eficazmente su acaecimiento, por una actividad positiva del propio agente.

---

<sup>52</sup> STS (Sala 2ª) de 3 de noviembre de 2016, ROJ 4771/2016.

En todo caso, siempre se requiere la concurrencia de un aspecto subjetivo representado por la voluntad del sujeto de apartarse libre y voluntariamente del hecho criminal, como expresión de una voluntad propia de retorno a la legalidad, único supuesto en el que se justifica el tratamiento privilegiado que el legislador contempla.

En todo caso, el propio legislador contempla en el mismo precepto que por más que se aplique la exención de responsabilidad respecto del delito intentado el causante deberá ser sancionado por los delitos que ya se hubieren consumado en el momento de sobrevenir su reacción, que serían los de lesiones graves, que es la calificación alternativa que entendemos que la defensa debería proponer en nuestro caso.

Así ha sucedido muy recientemente<sup>53</sup>, en un caso de condena por tentativa de homicidio, en el que se apreció la existencia del desistimiento pasivo, aún existiendo una enfermedad mental que permitió solo la condena a internamiento en establecimiento psiquiátrico, la cual se estima que no impide desistir voluntariamente a pesar de la inimputabilidad. Y en consecuencia se calificaron los hechos como delito de lesiones, al entender que el dolo homicida existió, pero no fue persistente pues hubo desistimiento: *“El delirio, por el contrario, no excluye la voluntad, por más que sesgue ésta respecto de lo que decidiría en caso de excluirse la insania. Y es que ésta determina la exclusión, no de la capacidad de querer, sino de la capacidad de culpabilidad, es decir de que el sujeto pueda ser el destinatario del reproche penal que la culpabilidad implica. Porque la inimputabilidad supone la exclusión, ya no de la capacidad de conocer y querer que postulaban concepciones hoy superadas, sino, en lo cognitivo, de comprender que el hecho es injusto y, en lo volitivo, de dirigir su comportamiento acomodadamente a aquella comprensión. En resumen, coherentemente, si se reconoce la capacidad para la voluntad de matar ha de reconocerse esa misma capacidad de voluntad para desistir, es decir, para tildar de voluntario el desistimiento que no derive de interferencias ajenas”*.

Concurrirían además en este caso *las atenuantes de confesión y reparación*.

Se trata de las circunstancias de *confesión, y de reparación el daño*, del art. 21.4 y 5 CP, según los cuales, valen para la rebaja de la pena el haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades, y la de reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

En efecto, como se deduce claramente de los antecedentes de los hechos, después de cometerlos el autor llamó a los servicios médicos para que prestasen asistencia a la víctima, lo que es un indicio de su arrepentimiento, y también a la Guardia Civil para confesar los mismos.

Sobre la *confesión*, la doctrina penalista<sup>54</sup> viene entendiendo que su fundamento reside en razones objetivas de utilidad, pragmáticas o de política criminal, anudadas a la colaboración con la administración de justicia, siendo irrelevantes hoy los motivos subjetivos que lleven a ella al autor, no necesitando por ello de su arrepentimiento,

---

<sup>53</sup> En el recurso de casación resuelto por la STS (Sala 2ª) de 8 de junio de 2018, ROJ 2078/2018.

<sup>54</sup> ORTS BERENGUER E., GONZALEZ CUSSAC, J.C.: “El reproche; la culpabilidad”, *op. cit.*, p. 524. Y también SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C: “La culpabilidad”, *op. cit.*, p.278.

constituyendo un acto contrario, que compensa el demérito del acto delictivo y justifica así la atenuación de la responsabilidad con un mérito posterior.

Y admitiéndose que se haya realizado oralmente y por teléfono como es nuestro caso, debiendo llamarse en su momento como testigo a la persona que recibió esa llamada para efectos de prueba en la vista oral.

Por su parte, la *jurisprudencia* del TS viene entendiendo de modo reiterado, que los requisitos que exige su apreciación son el acto de confesión de la infracción, realizado por el culpable, confesión que sea veraz en lo sustancial, mantenida o reiterada a lo largo de las diferentes etapas del proceso, y hecha ante la Autoridad o sus agentes, y siempre que sea hecha antes de saber el confesante que el procedimiento se dirige contra él, bastando que haya ya las diligencias policiales a estos efectos<sup>55</sup>.

Por el contrario, la asunción de responsabilidad cuando el sujeto activo ha sido descubierto, carece de la significación esencial de la confesión, pues por más que ya no necesite el arrepentimiento, no quiere decir que no debe ir dotada del elemento de la voluntariedad.

Una confesión en cuya génesis solo se encuentra la resignación ante lo que se percibe ya como irremediable, no puede dar vida a una atenuación, por no existir fundamento para un menor reproche penal, salvo en aquellos supuestos en los que suponga -en el ámbito propio del proceso- una facilitación importante de la acción de la Justicia y, por tanto, una contribución útil y relevante para la restauración del orden jurídico alterado por la acción delictiva; supuestos en los que la confesión -denominada tardía- puede operar como atenuante analógica del artículo 21.7 de nuestro CP.<sup>56</sup>

Efectivamente, en otros casos se admite incluso una confesión tardía como atenuante por analogía, por ej. en una reciente sentencia <sup>57</sup>, *"el día de su detención, casi cinco meses después de haber cometido los hechos, "manifestó a los agentes que le conducían a las dependencias policiales, de forma espontánea que él había dado muerte a ambas y que había arrojado sus cadáveres a una alcantarilla..."*, *"manifestando al día siguiente el verdadero lugar donde había arrojado los cuerpos", no puede negarse, que tal atribución de responsabilidad, puede considerarse como una contribución útil a la acción de la justicia, por muy tardía que fuera su confesión, sin que la circunstancia de que el móvil de la confesión no fuera por arrepentimiento, no priva de la posibilidad de ser apreciada tal atenuante. Confesión tardía pero relevante, con la investigación ya iniciada pero de suma utilidad, no sólo porque reconoce su autoría sino porque revela donde se encuentran los cuerpos; pues pese a haberse afirmado que su descubrimiento, si no inevitable, sí era muy probable...entendían bastante complicado que se encontraran allí los cuerpos (así como en el resto de pozos que vieron)"*.

Por su parte, en cuanto a la atenuante *de reparación del daño*, de conformidad también con lo que desde antiguo viene entendiendo la *doctrina* penalista, esta atenuación de la responsabilidad tiene un fundamento semejante que la anterior, ligado aquí a la protección de la víctima, pero también a la futura reinserción del culpable, sobre todo

---

<sup>55</sup> Cfr. SSTS (Sala 2ª), 6 de junio 2002 ROJ 1076/2002, ó, de 20 de junio 2013 ROJ 516/2013.

<sup>56</sup> STS (Sala 2ª) de 26 de julio de 2016 ROJ 3925/2016.

<sup>57</sup> STS (Sala 2ª) de 7 de febrero de 2018, ROJ 323/2018.



cuando se produce después del juicio, en cuyo caso vale como atenuante analógica solamente, y puede considerarse positivamente a la hora de valorar una posible suspensión de la pena. En cualquier caso, se considera compatible con la de confesión.

En lo que respecta a la *jurisprudencia* viene entendiendo que esta atenuante tiene carácter *objetivo*, y que no tiene que ver con factores subjetivos como el arrepentimiento, como en el pasado CP de 1973, en la que la disminución de la responsabilidad deriva de la pretensión del legislador de proteger a la víctima favoreciendo para ello la reparación, y no de una disminución de de la culpabilidad, siendo suficiente con que la reparación o disminución del daño se produzca de manera efectiva y de acuerdo con las posibilidades y *capacidad económica* del autor. Aunque también se ha dicho que la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un *inicio de rehabilitación* que disminuye la necesidad de la pena.

Así por ej. no se aprecia cuando el acusado *“no procedió de inmediato a comunicar el hecho a un centro médico o a un servicio de ambulancias, ni a contactar tampoco con ningún sujeto próximo al lugar de los hechos que le ayudara a avisar a los servicios sanitarios de urgencia. Lo que hizo realmente fue dirigirse en su coche desde Madrid hasta la localidad de..., trayecto en el que se invierte cuando menos media hora, según explicaron los funcionarios policiales en la vista oral del juicio, y una vez allí comunicó en una comisaría de policía el acto homicida que había ejecutado, lo que puso en movimiento a los agentes para comprobar si la víctima estaba siendo atendida. Circunstancia que ya se había producido por haber avisado a un centro médico un ciudadano que tiene su trabajo en las proximidades del inmueble en que se había ejecutado la acción delictiva, ciudadano que a su vez había sido requerido por la propia víctima.”*<sup>58</sup>

En consecuencia, no se hace preciso acreditar la motivación del sujeto para realizar esos actos de reparación material o de dar satisfacción al ofendido, pues son dos las formas en que puede manifestarse, con lo que *va más allá de la satisfacción meramente económica*.

Y es que la jurisprudencia, tras reconocer que esta atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería *injusto prescindir* de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño, *admitiéndose no solo la reparación de carácter económico*, pues también se podría aplicar cuando se produce la restitución de los efectos del delito o cuando el culpable trata de reparar los efectos por otras *vías alternativas*, como la petición de perdón o cualquier otro género de satisfacción que, sin entrar directamente en el tipo podrían tener un cauce por el camino de la analogía <sup>59</sup>.

En suma, la reparación debe entenderse pues en un sentido amplio que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 CP<sup>60</sup>, pudiendo ser también simbólica o parcial.

---

<sup>58</sup> STS (Sala 2ª) de 1 de febrero de 2018, ROJ 229/2018.

<sup>59</sup> Muy recientemente, STS (Sala 2ª) de 23 de mayo de 2018, ROJ 1914/2018.

<sup>60</sup> STS (Sala 2ª) 28 de febrero de 2005, y también la STS de 24 de septiembre de 2008.

Y en este caso *no se exige que la reparación se produzca antes* de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia siempre que los efectos se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

*Cualquier forma de reparación* es válida para la estimación de la atenuante, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica<sup>61</sup>, ya que lo que pretende esta circunstancia al incluirla el legislador en el catálogo de las atenuantes es incentivar la reparación de los efectos dañosos del delito y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción delictiva puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena. Y desde luego, es posible su apreciación cuando esa reparación del daño a la víctima es *parcial*. Lo permite el propio texto de la norma<sup>62</sup>.

En cambio, no parece que exista base suficiente para que, alegada por la defensa se pueda apreciar ninguna atenuante como el *arrebato o la obcecación* motivada por la depresión o los celos, y es que tal como tiene declarado la jurisprudencia el desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebato u obcecación.

Según señala el TS, los celos, más allá de *aquellos casos en los que son el síntoma de una enfermedad patológica susceptible de otro tratamiento jurídico- penal, no pueden justificar, con carácter general, la aplicación de la atenuante de arrebato u obcecación. De lo contrario, estaríamos privilegiando injustificadas reacciones coléricas que, si bien se mira, son expresivas de un espíritu de dominación que nuestro sistema jurídico no puede beneficiar con un tratamiento atenuado de la responsabilidad criminal*".<sup>63</sup>

Como recientemente<sup>64</sup> ha señalado la jurisprudencia "*el fundamento de la atenuante del art. 21.3 CP se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por*

---

<sup>61</sup> STS (Sala 2ª), de 19 febrero ROJ 216/2001y, de 30 de abril ROJ 794/ 2002.

<sup>62</sup> SANJOSE, R. J.: *La reparación del daño como atenuante*, en <https://www.burgueraabogados.com> , Ultima entrada, 19 de junio de 2018.

<sup>63</sup> STS (Sala 2ª) de 3 de abril de 2017, ROJ 1404/2017.

<sup>64</sup> STS (Sala 2ª) de 25 de enero de 2018, ROJ 143/2018.

*una alteración emocional fugaz (arrebato), o por la más persistente de incitación personal (obcecación), pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso. El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una "especie de conmoción psíquica de furor" y la segunda como "un estado de ceguedad u ofuscación", con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda..., de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones".* Como regla general el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación.

### *III.1.b. b'.- Delito de lesiones.*

Los hechos acaecidos el día 7 de septiembre de 2017, y en el domicilio que fue conyugal y actualmente ocupado por la esposa Agripina, y en presencia de la menor, hija del autor y de la víctima, pudieran *alternativamente por la defensa sobre todo*, o a falta de prueba de alguna circunstancia como la alevosía, ser calificados como un delito de lesiones, de los artículos 147.1 CP, según el cual el que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

Efectivamente, concurren en el caso los *elementos del tipo de lesiones*, y concretamente la acción típica de agresión que menoscaba la integridad corporal y la salud, que se concreta en este caso por los disparos con arma de fuego, y que ha producido un resultado de lesiones claramente constitutivo del tipo del aptdo. primero del art. 147, ya que obligará a la víctima, de modo objetivamente considerado, a un tratamiento médico y quirúrgico más allá de la primera asistencia, al haber causado daños en el omóplato derecho y lesión en los bronquios y el pulmón de carácter grave.

Y nos encontramos además ante *el tipo cualificado o agravado de lesiones del art. 148*, según el cual las lesiones podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado, si en la agresión se hubieren utilizado *armas*, si hubiere mediado *ensañamiento* o *alevosía*, si la víctima fuere o hubiere sido *esposa*, o una de las personas incluidas en el ámbito de las normas especiales sobre la violencia de género.

En este caso concurren tres de las cinco circunstancias que ahí se tienen en cuenta para el aumento de la pena, dado que se han *empleado armas de fuego*, de cuya mayor peligrosidad objetiva a la fuerza ha tenido que ser consciente el agresor, dada su profesión.

Concurriría también en este caso la *alevosía*, como ya dijimos mas arriba a proposito de la calificación como delito de asesinato.

Y en tercer *lugar la cualidad de la victima* tambien la tiene en cuenta el art. 148.4 para el tipo cualificado, dado que se trata de la esposa de la que el autor se encuentra separado al menos de hecho, razón por la cual en este caso la LMPIVG a la vista de la

especial vulnerabilidad y por lo tanto mayor necesidad de protección de las mujeres en las relaciones afectivas o familiares.

La *pena* que en este caso será como mínimo de dos y puede llegar a cinco años, y todo ello ha de tener su repercusión en la pena que se vaya a imponer, ya que bastaría con una de ellas para que ya existiese el tipo agravado, luego las demás creemos que se entiende que han de ser interpretadas como agravantes.

Sin embargo esta agravación es solo *potestativa*, no automática, permite, pero no obliga al tribunal a agravar la pena en atención al resultado o riesgo producido y al *concreto peligro* para la vida o la salud en que hayan colocado a la víctima, que debe ser abarcado por el dolo del autor es decir querido directa o eventualmente por el agresor<sup>65</sup>

Habría que considerar también otra circunstancia de agravación por haberse cometido el hecho en el *domicilio* conyugal y sobre todo en *presencia* del menor de edad hijo del autor y de su víctima.

Concurren también en el delito de lesiones, las atenuantes de confesión y reparación antes citadas a propósito de la calificación preferente de asesinato.

### III.2.-Sanciones.

La *pena* que correspondería imponer *por el delito de acoso* en consecuencia sería la de un año de prisión, o sesenta días de trabajos comunitarios del art. 49 CP, ya que se presentan como penas alternativas, no de imposición conjunta, y dado también que no constan antecedentes penales, luego se trata en el caso de Adriano de un delincuente primario, y ello entendiéndose que finalmente no procede la atenuación de la responsabilidad.

A ellas habría que añadir las *penas accesorias* que proceden según el CP de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas por el plazo de dos años y un día con pérdida de la licencia o permiso, y la prohibición de acercarse a menos de cien metros de su persona, su domicilio y lugar de trabajo de así como de comunicarse con ella por cualquier medio, por el plazo de dos años.

En el tipo agravado se mantiene la pena máxima de dos años de prisión, pero sube la mínima de seis meses a un año, aunque se añade la opción de que se imponga la de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. Se sigue en la línea de excluir la imposición de penas de multa en la violencia de género para evitar sancionar al final económicamente a las víctimas cuando depende de la economía del autor, lo cual parece razonable, pero no lo es tanto la opción por la pena de trabajos comunitarios, dadas las dificultades para su cumplimiento que se dan en la práctica, que hace que al parecer muchas terminen prescribiendo sin ejecutarse.

*En relación con la tentativa de asesinato, la pena que correspondería imponer sería la del asesinato rebajada en un grado*, de acuerdo con el art 62 CP, que establece

---

<sup>65</sup> CARBONELL MATEU, J.C.: en “Delitos de lesiones”, *op. cit.*, p. 106.

que a los autores de tentativa “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”, con lo que se hace referencia a la mayor o menor gravedad objetiva del intento, la cual parece grande en este caso, a la vista de las lesiones producidas, y de que se trata de una *tentativa acabada*<sup>66</sup>.

Puesto que el art 139 CP impone al asesinato la pena de quince a veinticinco años de prisión, y teniendo en cuenta lo que se establece en el art 70 2º CP, *el límite mínimo será en este caso de siete años medio y el máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito consumado, reducido en un día, por lo tanto catorce años, once meses y 29 días*, y esta sería la horquilla en la que debería de moverse el tribunal sentenciador.

Para afinar dentro de esos amplios márgenes, hay que tener en cuenta que concurre la agravante del parentesco, ya que estamos ante un supuesto de violencia intrafamiliar contra la mujer, que merece mayor reproche social y legal (art. 153 CP que se superpone a la agravante), y que los hechos se llevaron a cabo en la vivienda antes familiar y compartida, y en presencia de un menor hijo del agresor, lo que también legalmente (vid arts. 153 y 173 CP) es factor de agravación aunque no está contemplado específicamente en el tipo de asesinato.

Y hay que considerar también otras circunstancias como dijo el TS “*En contra del acusado opera a todas luces, en primer lugar, la circunstancia, agravatoria de la culpabilidad y de la antijuridicidad del hecho, de que...ostentase la condición de agente del Cuerpo Nacional de Policía, con una especial formación para prevenir y evitar el delito, y con unos medios a su alcance -en especial, su arma reglamentaria- de los que se ha prevalido precisamente para lo contrario*”<sup>67</sup>.

Procede por todo ello imponer una pena que no puede ser solo del mínimo pero que no llegue tampoco a ser próxima al máximo imponible, puesto que así casi alcanzaría la pena por el delito consumado, y se infringiría claramente el principio de proporcionalidad.

Para ello hay que tener en cuenta que concurren en este caso las atenuantes de confesión y reparación, junto con la agravante de parentesco, y la de ser un caso de violencia de género, por lo tanto habrán de compensarse y valorarse racionalmente para la individualización de la pena, como manda el art. 66.1 CP en su regla séptima, y de acuerdo con eso, y porque entiendo que la atenuante de reparación sobre todo fue decisiva en este caso, y debe prevalecer este fundamento atenuatorio sobre los demás, *entonces la pena considero que sería de diez años*.

---

<sup>66</sup> STS(Sala 2ª) 15 de noviembre de 2017, ROJ 4072/2017 “el grado de ejecución alcanzó desarrollo bastante como para originar un riesgo vital, lo que lleva a estimar adecuada la rebaja en solamente un grado de la pena imponible. Dentro de tal extensión se enmarca la pena de 14 años de prisión, un año menos de la extensión posible. Y a ello lega el tribunal por considerar que además concurre la agravante de parentesco. Además de circunstancias que, no dando lugar a modificativas de la responsabilidad, enfatizan el desvalor del hecho. Como la edad de la víctima, con la trascendencia que, dado este dato, el hecho ha de tener en el desarrollo del mismo”.

<sup>67</sup> STS (Sala 2ª) de 1 de febrero de 2018, ROJ 202/2018.

Procede además la imposición de las *penas accesorias* que conlleva una pena de prisión de diez años, importante en este caso la de inhabilitación absoluta, de acuerdo con el art. 55 CP durante el tiempo de la condena, pero es que además el art. 41 CP señala que esta pena conlleva la privación definitiva de *todos los honores cargos o empleos públicos* que tenga el penado.

*Igualmente, habrán de imponerse como pena accesoria las prohibiciones de aproximación* a la víctima y sus familiares, a su domicilio y lugar de trabajo, otros lugares que frecuente, y de comunicar con ella durante todo el tiempo de la condena, que para los supuestos de violencia de género prevé ahora el art. 57.1 y 48.2 CP, e incluso algunos años más después del licenciamiento definitivo del condenado.

De manera no automática ni obligatoria, el tribunal que lo juzgue podría imponer a Adriano también como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio o incluso la *privación de la patria potestad*, de acuerdo con el art. 55 CP<sup>68</sup>.

Se ha declarado sobre esto recientemente que teniendo en cuenta los deberes y obligaciones que implica el ejercicio de la patria potestad establecidos en el artículo 154 del Código Civil, *“difícilmente es compatible que la persona que ha intentado acabar con la vida de la madre de su hijo pueda ser apto para educar y procurar una formación integral al menor que situándonos en la hipótesis de que el hecho se hubiera consumado, se habría producido un acto que hubiera implicado dejar al menor en una situación de desamparo, al privar de la vida a uno de los progenitores, y lógicamente encontrarse el otro en situación de privación de libertad, con lo que ello conlleva de distorsión en la vida desarrollo de una persona que en el momento de los hechos tenía cinco años de edad, lo que no supuso un freno para la conducta del acusado”*.<sup>69</sup>

Sobre este tema es obligado recordar también<sup>70</sup> que la reciente reforma por LO 8/2015<sup>71</sup> modificó la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de MPIVG concretamente el art. 65, de acuerdo con el cual ahora *“El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”*. En consecuencia, la reforma determina la obligación de pronunciarse en el orden jurisdiccional penal sobre medidas que afecten a la patria potestad en casos de violencia de género, y en el caso que ahora nos ocupa existe una clara vinculación que exige el art. 55 CP entre la adopción de la medida por ser procedente en atención a la gravedad de los hechos y la presencia de los mismos por la hija en común.

---

<sup>68</sup> Como sucedió en la recientísima sentencia del TS, (Sala 2ª) de 25 de mayo de 2018, ROJ 2003/2018, en un caso también de tentativa de asesinato, en presencia de un menor hijo de la pareja, donde se impuso la pena de 16 años y 8 meses de prisión, casando una SAP de Ciudad Real.

<sup>69</sup> STS (Sala 2ª) de 31 de enero de 2018, ROJ 228/2018.

<sup>70</sup> Como hace la STS citada en la anterior nota 62.

<sup>71</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 175 de 23 de julio.

Igualmente habría que determinar también la cantidad que corresponda sobre la indemnización por las lesiones sufridas, en función de sus días de hospitalización, y de curación o incapacidad, secuelas y daños morales, *en concepto de responsabilidad civil, lo que no podemos hacer en este caso dado que no se nos dan datos en los antecedentes* sobre estas cuestiones. Todo ello en su caso con los intereses del art. 576 LEC, e igualmente la condena al pago de las costas procesales.

Desde el punto de vista de la defensa y también alternativamente, por si no se consiguieran probar los elementos del asesinato, los hechos acaecidos el día 7 de septiembre de 2017, y en el domicilio que fue conyugal y actualmente ocupado por la esposa Agripina, pueden ser calificados como *un delito de lesiones, del art. 147.1 y 148 CP.*

*La pena que correspondería por este delito de lesiones a la vista de todo ello, sería la de la mitad superior de acuerdo con el art. 66.1.7 ya que entiendo que prevalecen los motivos de agravación, parentesco, presencia de menor, domicilio conyugal, lesiones graves por lo que entiendo que debiera ser de cuatro años de prisión.*

Y además las indemnizaciones correspondientes *a la responsabilidad civil* por los días de curación de la lesionada, distinguiendo entre los de hospitalización, junto con la indemnización de las posibles secuelas que se puedan causar, y hay que hablar también si no habrá en este caso daños morales.

## **IV.-CUESTION SEGUNDA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA.**

### IV.1.-Concepto

Cuando hablamos de responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal nos referimos a una serie de casos en los que personas que no han tenido relación alguna con los hechos penados pueden sin embargo ser declarados responsables civiles, lo cual tiene como fundamento o bien una especial relación con el autor del hecho delictivo y ese tercero o bien entre éste y el hecho cometido<sup>72</sup>.

Todo ello según se regula en los arts. 118 a 122 CP, y aunque ahí se trata de supuestos diferentes y con causas legales distintas, en todos ellos se trata de encontrar un patrimonio solvente que pueda hacer frente a los daños ocasionados a la víctima del delito, más allá de quien haya tenido la culpa en el caso concreto. Ello se lleva a cabo precisamente mediante las normas de la responsabilidad civil subsidiaria, que son el vehículo del que se sirve el CP para determinar la carga sobre un determinado patrimonio por determinadas razones de orden social o económico.<sup>73</sup>

### IV.2.-Presupuestos

En todos los casos de responsabilidad civil subsidiaria el presupuesto se encuentra en la imposibilidad del responsable directo de hacer frente al pago de la condena, como consecuencia de su insolvencia total o parcial, debiendo lógicamente primero intentarse el cobro de la deuda con su patrimonio, y solo a la vista de la insuficiencia de sus bienes para hacer frente a su pago la pretensión de reparación podrá dirigirse frente a los responsables subsidiarios, los cuales en definitiva no han participado en los hechos de los que nace esa obligación de reparar el daño.

Pero para que en un proceso penal pueda declararse su responsabilidad es necesario que hayan sido demandados en él como parte civil, pues de otra manera no podrán ser condenados por la acción civil como responsables, y conforme al art. 384 LECR para el caso tanto del proceso abreviado como ordinario, siendo ahí por lo tanto una parte civil, secundaria o contingente, en el sentido de no necesaria como le sucede al imputado o acusado, y puesto que el perjudicado, la víctima siempre puede reservarse la acción para ir más tarde a un proceso civil a reclamarla. Por otra parte, el responsable civil subsidiario que haya pagado tiene derecho a repetir, a reclamar contra el principal,

---

<sup>72</sup> ALASTUEY DOBON, M.C.: *La reparación de la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.507.

<sup>73</sup> ARNAIZ SERRANO, A.: “Los sujetos pasivos de la pretensión civil en el proceso penal: los responsables civiles subsidiarios”, en *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 368.



por la cuantía que haya pagado si después este viniese a mejor fortuna, dejando de ser insolvente<sup>74</sup>.

Concretamente uno de esos casos es el que nos interesa aquí, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, que está prevista en el art.121 CP en el que se dice que *“responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados”*.

No debe olvidarse que a continuación también se dice que todo ello será *“sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”*

Según se ha señalado<sup>75</sup>, es la primera vez que un Código Penal en nuestro país prevé la posibilidad de que el Estado o la Administración responda de las consecuencias civiles derivadas de los hechos delictivos cometidos por sus agentes, frente a la tradicional y arcaica concepción sobre la irresponsabilidad del Rey, lo que llevaba a la exclusión de la Administración, que por otra parte al no aparecía mencionada en la lista del antiguo art. 22 del CP de 1973, aunque alguna jurisprudencia lo vino a interpretar extensivamente, entendiéndolo incluido al Estado entre las personas jurídicas que menciona.

#### IV.3.-Responsabilidad en el caso de miembros de FSE

De todo esto lo que se deduce es que se está ante *un doble sistema de reparación, por un lado se podrá pedir la responsabilidad patrimonial de la Administración, que reconoce el art. 106.2 CE y que desarrolló la ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, hoy derogada.*

Ello lo que permite es acudir *a un procedimiento administrativo* y en su caso al correspondiente proceso contencioso-administrativo, y por otro la *posible reclamación en el proceso penal cuando como en nuestro caso se está ante un hecho delictivo cometido por un funcionario público, que podían funcionar en paralelo y sin conexión.*

---

<sup>74</sup> ARNAIZ SERRANO, A.: *“Los sujetos pasivos de la pretensión civil en el proceso penal: los responsables civiles subsidiarios”*, *op cit*, p. 368.

<sup>75</sup> ROCA GUILLAMON J.: *“Comentario al art 121 del CP de 1995”*, en AAVV, *Comentarios al Código Penal*, dir. Cobo del Rosal, t. IV, Madrid, 1999, pp. 822 y ss.

Ahora el art. 121 CP parece seguir concediendo una opción al perjudicado entre las dos vías, aunque al menos expresamente prohíbe la doble indemnización<sup>76</sup>. El problema es que en el *ámbito de lo administrativo la responsabilidad no es subsidiaria sino directa, y sobre todo objetiva, de manera* que cuando son delito los hechos solo responde de forma subsidiaria y no desde luego con ese carácter de objetivo, lo que no parece que tenga mucha justificación.

En el caso de los funcionarios pertenecientes a las fuerzas de seguridad del estado que duda cabe que el hecho de que porten armas de manera habitual hace que se trate de un ámbito proclive a la causación de daños, ya sea estando de servicio o fuera de él.

De acuerdo con esto, y dado que el autor de los disparos es un agente de la guardia civil y funcionario público en el ejercicio de sus funciones, aunque en el momento de los hechos no lo estuviera, sino que ellos tuvieron lugar en el marco de su vida privada y familiar, en principio parece que el Estado sería responsable civil subsidiario.

En la *doctrina* se viene entendiendo que la responsabilidad subsidiaria es la obligación de responder de quien no es responsable criminal en caso de insolvencia de quien es el responsable principal, y su fundamento se encuentra en el principio *ubi est emolumentum ibi onus esse debet*, lo que viene a decir que quien se beneficia de las actividades de otro que causan daño a un tercero está obligado a asumir la carga económica derivada de las acciones perpetradas por el responsable principal en la medida en que este no pueda con su patrimonio<sup>77</sup>, y en nuestro caso en el principio de creación del riesgo e incluso en las ideas de *culpa in eligendo e in vigilando*.

También se dice que en determinados casos, y parece que la responsabilidad civil del Estado es uno de ellos, el fundamento de la responsabilidad subsidiaria no es otro que el establecimiento, por disposición de una ley especial, de una responsabilidad objetiva.

Se dice también, que de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1986<sup>78</sup>, de 13 de marzo, sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los funcionarios pertenecientes a estos cuerpos se encuentran de servicio de modo permanente, con obligación de intervenir en defensa de la ley aunque en ese momento se hallen francos de servicio, lo que complica la cuestión de si el delito o la actuación se ha cometido en el desempeño de sus funciones, pues de alguna manera siempre están en ese desempeño, pues a veces se ha exigido para declarar la responsabilidad que se cometiese el delito con ocasión del desempeño del servicio público, interpretación hoy superada en la jurisprudencia, que ha sido después más restrictiva, al introducir además los criterios de culpa *in eligendo*, o *in vigilando*, o el más moderno principio de creación del riesgo.<sup>79</sup>

En la jurisprudencia suelen anotarse dos requisitos para que nazca la responsabilidad subsidiaria, que concurren en principio en nuestro caso. Por un lado, que

---

<sup>76</sup> MORENO CATENA, V., y CORTES DOMINGUEZ, V.: “Partes en el proceso penal: los responsables civiles”, en *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 8 ed., 2017, p. 139.

<sup>77</sup> FERREIRO BAAMONDE, J.: “Las partes en el proceso penal II”, en AAVV, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2014, p. 173-04.

<sup>78</sup> BOE 63, de 14 de marzo de 1986.

<sup>79</sup> Como recuerda ARNAIZ SERRANO, A.: “Los sujetos pasivos de la pretensión civil en el proceso penal: los responsables civiles subsidiarios”, *op. cit.*, pp. 470-1.

el infractor y el responsable civil estén unidos por una relación, basta que sea de hecho, pero más claramente si es jurídica como aquí, en virtud del cual el primero se halla bajo la dependencia gratuita u onerosa, circunstancial incluso, o duradera o permanente como la funcionarial, de su principal, o al menos su actividad, servicio, o función que realiza cuenta con la aquiescencia del responsable civil subsidiario. En segundo lugar es necesario que el delito del que nace la responsabilidad se encuentre dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones del agente que le han sido encomendadas.

En la jurisprudencia el TS se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre esta cuestión, por ejemplo en una ocasión resolvió un caso en el que un policía destinado en el puesto fronterizo del ahora llamado aeropuerto Adolfo Suárez en la sección de control de pasaportes, sigue a su hotel, amenaza y extorsiona a una ciudadana colombiana, diciéndole que si no le da todo el dinero que ha traído consigo puede expulsarla de España. Esta conducta le vale una condena en instancia por un delito de estafa con prevalimiento de carácter público, contraponiendo frente a la pretensión del Abogado del Estado de que la comisión de un delito por un funcionario público no puede ser nunca una lesión dimanante de la actividad pública del Estado. Siguiendo el criterio de la STS, la responsabilidad civil subsidiaria por un delito es siempre consecuencia de la actuación de un funcionario que se sustrae al cumplimiento de sus funciones de acuerdo con la ley. Por tanto, toda responsabilidad civil subsidiaria presupone y necesita que el responsable subsidiario no ha vulnerado las normas que prohíben el acto lesivo, sino las que se refieren a la elección del personal (*culpa in eligendo*) y las que se relacionan con la vigilancia (*culpa in vigilando*).

Esta sentencia no se parece demasiado a la situación que se nos plantea, pero nos sirve para tener un primer contacto con los conceptos de culpa in eligendo y culpa in vigilando.

Más interesante para el estudio de nuestro caso por su similitud con el supuesto es la STS (Sala 2ª), de 17 de Septiembre de 2001, ROJ 1597/2001, que reafirmó la condena impuesta por el tribunal de instancia al Estado, como responsable civil subsidiario, en una situación concreta en la que el acusado siendo policía nacional y sin encontrarse de servicio, tras una discusión con la víctima y una ingesta previa de alcohol, disparó a la víctima con su arma reglamentaria, causándole la muerte.

Esa sentencia, indica que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado necesita de una interpretación extensiva que desborde los criterios tradicionales de “culpa in eligendo” o “culpa in vigilando”, y que debe ahondar en el concepto de la creación del riesgo o el peligro que supone emprender una actividad de manera que deba asumir las consecuencias derivadas del peligro creado, cuando “exista una dependencia entre el autor del hecho delictivo y el ente en el que se integre”.

Uno de los aspectos que hace a este caso especial y que determinó la condena del Estado como responsable subsidiario, fue que el acusado además de hallarse en el momento de comisión de los hechos bajo los efectos del alcohol, también sufría desde hacía casi un año una depresión achacable a su situación de separación conyugal, que le había mantenido de baja en su actividad profesional, con retirada de arma incluida durante dos meses.

La sentencia concluye indicando que se debió extremar la vigilancia y control del acusado, apreciando entonces una “culpa in vigilando” dado que la “la actividad de

control debe ser especialmente diligente cuando la persona del agente de la autoridad muestra signos evidentes de alteración física.”

Posteriormente el TS, con ocasión de un recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra una sentencia que condenaba al Estado como responsable civil subsidiario, en un caso en el que un agente, usando su arma reglamentaria, causaba la muerte de su esposa en su domicilio familiar, se planteó de nuevo hasta dónde alcanzaba la responsabilidad civil del Estado derivada de delitos cometidos por funcionarios, con el hecho que en esta ocasión había tenido lugar en el domicilio conyugal. Surgía la pregunta de si en estos casos se debe apreciar también la responsabilidad civil subsidiaria.

Y es que la necesidad de reparación de los daños producidos por el hecho delictivo en todo caso ha sido causa de que en algunas ocasiones los tribunales haya hecho interpretaciones quizás en exceso extensivas de la responsabilidad subsidiaria del Estado, declarándola casi de moda automático cuando se haya usado el arma reglamentaria<sup>80</sup>

En este sentido el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, en su reunión de 17-7-2002, ha adoptado al respecto el siguiente *Acuerdo*:

*"La responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, por el mal uso del arma reglamentaria, se deriva de que, aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo generado con el hecho de portarla sí es una consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad, pero que entraña este tipo de riesgos.*

*Pero el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad.*

*Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él.*

*Si bien, incluso en los casos mencionados en el apartado anterior, habrá responsabilidad civil subsidiaria del Estado, si existen datos, debidamente acreditados, de que el arma debió habersele retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión".*

Parece que la Sala general, en un principio excluye la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en los supuestos en los que un agente agrede usando su arma reglamentaria en su propio domicilio, pero condicionándolo a que no existan datos acreditados de que el arma se le debió retirar.

Partiendo del riesgo que supone el hecho de portar un arma, aunque sea un riesgo permitido, fija el criterio para la determinación de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el deber de cuidado que éste debe emplear en relación con las diligencias

---

<sup>80</sup> Sobre el tema, cfr. LLOVERAS Y FERRER, M.R.: “Policías que disparan. Los daños causados por armas de fuego utilizadas por la policía,” en rev. *Indret.com*, núm 1/2000, p. 1 a 13, donde puede verse un amplio catálogo del problema, según se trate de hechos estando fuera de servicio o en la vida privada o familiar de los autores, y las diferentes soluciones que han recibido de la jurisprudencia.

propias del porte de armas. Por ello, el último inciso del Acuerdo transcrito tiene mucha importancia, pudiendo determinar la existencia de aquella responsabilidad, como ocurrió precisamente en la mencionada STS (Sala 2ª) de 7 de Septiembre de 2001 ROJ 1597/2001.<sup>81</sup>

Pero con este acuerdo lo que el TS está intentando evitar es que en todo caso y de forma automática se declare la responsabilidad subsidiaria del Estado cuando el funcionario usa el arma para cometer un delito.

En conclusión, estudiando lo previamente expuesto, considero que no existe responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado por el delito cometido por el acusado Adriano, ya que el médico no apreció ningún motivo para que se estableciese un seguimiento médico de su estado físico y consideró oportuno reincorporarlo a su puesto de trabajo dándole el alta médica, por lo tanto no existieron datos debidamente acreditados de que el arma se le debió haber retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión, por lo que no es apreciable, según el criterio del TS estudiado, una responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado por los hechos acaecidos.

---

<sup>81</sup> JAEN VALLEJO, M.: “Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002”, *RECP*, ISSN-e 1695-0194, N° 4, 2002. (Última entrada el día 14 de marzo de 2018).

## V.- CUESTION TERCERA: CUESTIONES PENITENCIARIAS.

### V.1.-Inhabilitación y separación del servicio.

La pena privativa de libertad que corresponde imponer al autor de los presentes hechos por el delito grave de asesinato, determinará forzosamente, a diferencia de la impuesta por el delito menos grave de acoso, su ingreso en un establecimiento penitenciario durante el tiempo que dure la condena, sin perjuicio de que en la última parte de ella pueda disfrutar de libertad condicional, y también incluso antes de otros beneficios, como los permisos de salida, etc.

Nuestra LECR al regular la ejecución de las sentencias, arts. 983 y ss., dispone que las penas habrán de ejecutarse en la forma y tiempo prescritos por el CP, y los reglamentos, debiendo el juez competente, que será el que ha dictado la sentencia de instancia (art. 986), o el Juez de vigilancia Penitenciaria allí donde lo haya, adoptar las medidas necesarias para que el condenado ingrese en establecimiento destinado al efecto, momento en el cual la ejecución necesita ya de la colaboración imprescindible de las autoridades administrativas penitenciarias.

Hoy en día sin embargo, la legislación a la que hay que remitirse es, básicamente la Ley Orgánica General Penitenciaria, 1/1979, de 26 de septiembre<sup>82</sup>, que tiene un carácter bastante general y programático, por eso sobre todo se aplicará su desarrollo en el Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, que regula toda la vida en las cárceles de manera mucho más detallada y prolija.

Pero además en nuestro caso, por la pertenencia de Adriano al Cuerpo de la Guardia Civil habrá que tener en cuenta el RD 112/2017, de 17 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario Militar, cuyo ámbito de aplicación establecido en el artículo 1 comprende *“quienes deban cumplir las medidas cautelares de detención y prisión preventiva o las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de delitos militares, así como las impuestas a militares por delitos comunes, siempre que la sanción penal no lleve aparejada la pérdida de la condición de militar, todo ello de acuerdo con lo previsto por la Ley”*.

En el que además se especifica que: *“Las referencias que el Reglamento hace a las Fuerzas Armadas o a sus miembros comprenden al Cuerpo de la Guardia Civil o a sus miembros.”* Y establece la aplicación del Reglamento Penitenciario general solo como legislación supletoria.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> BOE 239, de 5 de octubre.

<sup>83</sup> Disposición Adicional Primera, Real Decreto 112/2017, de 17 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario Militar, publicado en el BOE 42, de 18 de Febrero

Por lo tanto al penado Adriano se la habrá de aplicar además de la legislación general penitenciaria el reglamento especial para los militares, al menos en principio<sup>84</sup>

Sin embargo, hay que entender que si finalmente se le ha impuesto una pena de prisión de diez años, ello conllevará también la inhabilitación absoluta, de acuerdo con el art. 55 CP durante el tiempo de la condena, pero es que además el art. 41 CP señala que esta pena conlleva la privación definitiva de *todos los honores cargos o empleos públicos* que tenga el penado. Sin embargo estos efectos no se producen de modo automático, no se derivan sin más de la sentencia penal condenatoria.

Lo que confirma el nuevo Código Penal Militar, LO 14/2015, de 14 de octubre<sup>85</sup>, y también el RD 1111/2015, de 11 de diciembre<sup>86</sup>, Reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas de los militares profesionales, cuyo artículo 1 se dice que de acuerdo con lo contemplado en el artículo 116 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre<sup>87</sup>, los militares de carrera *perderán esta condición* por la imposición de pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o inhabilitación especial para el empleo o cargo público, aunque el Ministro de defensa podrá conceder la rehabilitación.

Finalmente, el artículo 7.13 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre<sup>88</sup>, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, contiene la falta muy grave consistente en «*cometer un delito doloso condenado por sentencia firme, relacionado con el servicio, o cualquier otro delito que cause grave daño a la Administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica*».

La aplicación del RPM en su art. 1 se permite para quienes deban cumplir las penas privativas de libertad, también las *impuestas a militares por delitos comunes, siempre que la sanción penal no lleve aparejada la pérdida de la condición de militar*, todo ello de acuerdo con lo previsto por la Ley, lo cual entiendo que permitiría su aplicación a Adriano, pero solo *provisionalmente* mientras no se resuelva su expediente de separación del servicio.

Como consecuencia de todo ello hay que llegar a la conclusión de que una vez se tramite y sea firme la resolución del expediente administrativo correspondiente, lo cual llevará su tiempo, porque además puede ser recurrido incluso ante la Sala de lo Militar del TS, Adriano habrá sido separado del servicio muy probablemente y habrá perdido también la condición de militar, y en consecuencia se le aplicará la legislación penitenciaria general<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> Sobre este tema y la necesidad de unificar en el futuro el tratamiento de los presos, independientemente de su condición de militares o civiles, puede verse DE LEON VILLALBA, F.J.: “Introducción”, en *Reglamento penitenciario militar de 2017 ¿Una norma necesaria?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.1.

<sup>85</sup> BOE 247, de 15 de octubre.

<sup>86</sup> BOE 297, de 12 de diciembre.

<sup>87</sup> Ley de la Carrera Militar, BOE 278, de 20 de noviembre.

<sup>88</sup> BOE 254, de 23 de Octubre.

<sup>89</sup> Como sucedió en el caso resuelto por las SSTS de 22 de marzo de 2018, ROJ 1017/2018, y 16 de mayo de 2018, ROJ 1716/2018.

En estos casos por la jurisprudencia de la Sala Militar del TS se estima que son dos los requisitos para la imposición de la sanción de separación del servicio, primero la existencia de una condena penal en sentencia firme, no necesariamente privativa de libertad, por un delito doloso. Y en segundo lugar que el delito, no hace falta que sea grave, haya causado un grave daño a la Administración y a los ciudadanos, y se viene entendiendo que la gravedad del daño a que se refiere el subtipo disciplinario va enlazada con la importancia que la sanción por ese delito puede tener para la Administración, los ciudadanos o, como en nuestro caso, para las entidades con personalidad jurídica, cuando el autor como en este caso es un componente de la Guardia Civil.<sup>90</sup>

De manera que en cuanto a la pregunta *sobre cual será el centro de destino o sea el establecimiento penitenciario, creo que hay que tener en cuenta el art. 30 del RPM*, según el cual el ingreso de los penados, tendrá lugar en el establecimiento que en cada caso designe el Director General de Personal del Ministerio de Defensa, no obstante lo cual naturalmente, será ordenado por el órgano judicial competente una vez que la sentencia condenatoria sea firme. Todo ello inicialmente y mientras no sea firme la separación del servicio.

En este sentido las opciones sobre el centro de destino son hoy en día escasas, ya que solo permanece abierto como establecimiento penitenciario militar el de Alcalá de Henares.<sup>91</sup>

Y el art. 31 regula *los grados de tratamiento en los establecimientos penitenciarios militares*, de forma similar al de lo que se dispone en la LOGP, en primer grado, régimen cerrado, excepcional, el segundo régimen ordinario, y el tercer régimen abierto. No obstante con el fin de hacer el sistema más flexible, el Director previo informe de los técnicos del Equipo de Observación y Tratamiento, podrá acordar respecto de cada penado que se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados. Dicha medida será excepcional y necesitará la ulterior aprobación del Juez Togado Militar de Vigilancia Penitenciaria. La clasificación inicial y los pases de uno a otro grado se acordarán por el Director del Establecimiento a la vista del protocolo de clasificación y la evolución en el tratamiento penitenciario y los expedientes personales, previo informe de los miembros del Equipo de Observación y Tratamiento y del Jefe de Área Interior. Para pasar progresivamente de un grado a otro, los penados deberán observar buena conducta global. Se contempla igualmente, en el art. 52 y ss. la posibilidad de obtener la libertad condicional.

Una vez que se haya producido la separación del servicio entiendo que Adriano deberá pasar a cumplir su condena en un establecimiento penitenciario de carácter civil,

---

<sup>90</sup> “La grave afectación a la Administración se deduce del mero hecho de que un miembro de la Guardia Civil haya sido condenado por un delito doloso, concretamente, por un delito de lesiones.... La comisión de este injusto penal por un guardia civil menoscaba las normas deontológicas y estatutarias que debe observar todo componente de este instituto armado...” (STS de 22 de marzo de 2018, ROJ 1024/2018).

<sup>91</sup> Según señala, DE LEON VILLALBA, F.J.: en “Introducción”, *op cit.*, p. 3.



con sujeción a las normas generales del régimen penitenciario ordinario, que vienen fijadas como ya dije en la ley general penitenciaria.

## V.2.-Grado de tratamiento.

Por lo que concierne al grado de tratamiento, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la LOGP, los internos serán separados en el interior de los establecimientos penitenciarios teniendo en cuenta, con carácter prioritario, los criterios de sexo, edad, y antecedentes delictivos y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento.

Además de las separaciones señaladas, tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en *grados*. Y es que las penas privativas de libertad se habrán de cumplir a través del sistema de la individualización científica en el tratamiento y la intensidad de la pena en razón de la conducta del recluso lo que comporta entre otras cosas su clasificación en grados, para conseguir la reeducación y reinserción social, como señala los arts. 25 CE y 59 y 62 LOGP.

El tratamiento penitenciario, y la clasificación de los penados, se configuran en la ley como verdaderos derechos del condenado, y se define como la actividad directamente dirigida a la consecución de la reinserción y reeducación social según el art 59 LOGP, y en conexión con esto, tiene derecho a un estudio científico de su personalidad cada seis meses como máximo, y a no ser mantenido en un grado inferior al que le pueda corresponder por la evolución del tratamiento.<sup>92</sup>

Como consecuencia de ello la clasificación en cualquiera de esos grados va a determinar el destino del interno a los Establecimientos correspondientes, y por tanto, la aplicación de su propio régimen en cuanto a salidas, actividades, horas de patio, permisos y tratamiento que se le vaya a aplicar; por ello la importancia de la clasificación se encuentra en que de un conjunto de datos psicológicos, sociales, penales y penitenciarios se va a deducir una conclusión con efectos jurídico-penitenciarios<sup>93</sup>.

Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el llamado régimen cerrado; el segundo es el régimen ordinario que es el general, y el tercero con el régimen abierto. Por último, podrán alcanzar si se cumplen los presupuestos la libertad condicional, según los arts. 9 y 7 LOGP y 74 y 101 RP, viniendo fijados sus presupuestos en el art. 90.1 CP.

Según el art. 72 LOPGP, los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los

---

<sup>92</sup> En parecidos términos, MIR PUIG, C.: *Derecho Penitenciario, El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier Libros Jurídicos, 3ª ed., Madrid, 2015, p. 38.

<sup>93</sup> CERVELLO DONDERIS, V.: “La clasificación penitenciaria”, en *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2012.

clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de esta Ley.

Por lo tanto parece lo mas previsible que Adriano sea clasificado de entrada en el *segundo grado, y en régimen ordinario*. Aunque según este mismo artículo 72, siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden, esto no parece previsible, a la vista de la gravedad del delito por el que ha sido condenado, y del hecho de que se trate de una persona perteneciente a las fuerzas de seguridad.

De acuerdo con esto el régimen ordinario se configura como el intermedio entre el cerrado que es el más duro, previsto para los internos considerados mas peligrosos e inadaptados, y el más abierto, que es el tercero y que implica ya la semilibertad, siendo el segundo el régimen estándar o normal de seguridad media en cuanto a la custodia<sup>94</sup>, y en el se grantizan las ocho horas de descansonocturno un minimo de dos hors para asuntos propios y tiempo para atender alas actividades culturales y terapéuticas asi mo a los contactos con el mundo exterior, asrt 72, aunque son obligatorias las prestaciones, es decir la colaboración, de los reclusos en el mantenimiento del orden, la limpieza y la higiene del establecimiento, según el art. 78.

La clasificación en el segundo grado que será muy probablemente la que corresponda a Adriano, se basa en la concurrencia en el caso de circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, aunque sin capacidad para vivir por el momento en semilibertad, todo ello según el art. 102 del RP.

### V.3.-Centro de destino.

En cuanto al centro de destino, se determinará también con arreglo a los procedimientos ordinarios, tomando la ultima decisión al respecto la Direccion General de Instituciones Penitenciarias, aunque se reconoce una cierta posibilidad de elección, dentro de la disponibilidad, teniendo en cuenta el facilitar la mejor reinserción del penado, y que no pierda el contacto con la sociedad en la que se inserta, por lo tanto lo lógico es que pida y se le conceda un centro de régimen ordinario, de segundo grado, cerca de su domicilio.

Es así que en el plazo máximo de dos meses desde que se recibe en el Establecimiento penitenciario el testimonio de la sentencia, la Junta de Tratamiento ha de realizar la propuesta de clasificación, según modelo contenido en la Instrucción de Instituciones Penitenciarias, que determinará el *destino* al Establecimiento más adecuado. Para ello hay un periodo previo de observación en el que se recogen datos que puedan fundamentar la propuesta de grado (penales, penitenciarios, de comportamiento, factores

---

<sup>94</sup> MIR PUIG, C.: *El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op cit., p.79.

de adaptación...) que unido al *programa* de tratamiento, forma el protocolo de personalidad que inicia la andadura de la vida penitenciaria.<sup>95</sup>

Esta clasificación en cuanto a la *inicial*, art. 103 del RP, y la lleva a cabo la Junta de Tratamiento del centro, previo estudio una propuesta que aprobarrá el centro director, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, dependiente del Ministerio del Interior, salvo en CCAA con las competencias transferidas, actualmente solo Cataluña, con el *programa* individualizado de tratamiento, la cual incluye también la propuesta de *destino* relativa al establecimiento donde finalmente se habrá de cumplir la pena.

Esta propuesta es recurrible ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, y en apelación ante el tribunal sentenciador.

Y la progresión de grado, hasta el tercero y en su caso la libertad condicional, dependerá como es lógico de la respuesta al tratamiento y en el pronóstico de reinserción social, en la personalidad y en la conducta del interno, lo cual puede entrañar un *cambio del centro de destino*, a un centro más adecuado para esa nueva situación o hoy en día simplemente puede entrañar un cambio de módulo, siendo posible también una regresión o vuelta atrás cuando la evolución sea negativa.

Todas esas resoluciones son notificadas también al Fiscal, quien también está legitimado para interponer los recursos correspondientes. Y ahora y relacionado con nuestro caso, según la nueva Ley del Estatuto de la Víctima<sup>96</sup>, se legitima también a la víctima para recurrir.

---

<sup>95</sup> CERVELLO DONDERIS, V.: “La clasificación penitenciaria”, *op. cit.*, p. 57

<sup>96</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril, BOE 101 de 28 de abril de 2015.

## VI.-CONCLUSIONES FINALES.

### PRIMERA:

La situación de nuestro caso contiene todos los elementos que forman el *delito de acoso*. Más concretamente, nos encontramos aquí ante *el tipo agravado* de este nuevo delito, pues ha sido cometido en el ámbito familiar y en las situaciones propias de los conflictos de la violencia de género, ya que la víctima es una de las personas a las que las últimas reformas penales dispensan de una protección especial.

### SEGUNDA:

Adriano es responsable penal como *autor del delito de acoso*, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y la *pena* que correspondería imponer sería la de un año de prisión, o sesenta días de trabajos comunitarios del art. 49 CP, ya que son penas alternativas, no de imposición conjunta, y dado también que no constan antecedentes penales, al tratarse de un delincuente primario.

### TERCERA

Según el CP proceden *además las penas accesorias* de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas por el plazo de dos años y un día con pérdida de la licencia o permiso, y la prohibición de acercarse a menos de cien metros de su persona, su domicilio y lugar de trabajo de así como de comunicarse con ella por cualquier medio, por el plazo de dos años.

### CUARTA

Se ha cometido también *un delito de asesinato*, en grado de tentativa, del art. 139.1 CP, pues el mero hecho de agredir con un instrumento peligroso, un arma de fuego, que esta persona está además entrenada para usar, indica ya conciencia del peligro en su uso para la agresión, y por lo tanto abarca la intención de matar, y por lo tanto hay *dolo eventual*.

### QUINTA

Concorre además la circunstancia agravante de la responsabilidad penal de *alevosía*, del art. 22.1ª CP, pues dispara con arma de fuego, y por la espalda y sorpresivamente, y también la de *parentesco*, junto con dolo eventual, pues el autor de los disparos con un arma de fuego que ha conocido con anterioridad dada su profesión, y que podría conocer cualquiera, ha de haber previsto que dispararla contra una persona indefensa y a escasa distancia, sabiendo o no el lugar hacia donde se dirigen los disparos, ha tenido que aceptar un resultado que le aparece como posible, y que a punto estuvo de producirse.

### SEXTA

La *responsabilidad civil subsidiaria del Estado* está prevista en el art.121 CP en el que se dice que responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

#### SÉPTIMA

Existen dos requisitos para que nazca la responsabilidad subsidiaria, que concurren en nuestro caso. Por un lado, el infractor y el responsable civil estén unidos por una relación, de hecho o jurídica como aquí, en virtud del cual el primero se halla bajo la dependencia gratuita u onerosa, circunstancial o duradera o permanente como la funcional, de su principal, o al menos su servicio o función que realiza cuente con el consentimiento del responsable civil subsidiario. En segundo lugar es necesario que el delito del que nace la responsabilidad se encuentre dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones del agente que le han sido encomendadas.

#### OCTAVA

La responsabilidad civil subsidiaria del Estado necesita de una interpretación extensiva que desborde los criterios tradicionales de “culpa in eligendo” o “culpa in vigilando”, y que debe ahondar en el concepto de la creación del riesgo o el peligro que supone emprender una actividad, de manera que deba asumir las consecuencias derivadas del peligro creado, cuando “exista una dependencia entre el autor del hecho delictivo y el ente en el que se integre”. Pero el hecho de la utilización del arma reglamentaria de un policía no genera necesariamente la responsabilidad civil del Estado, quedando excluida en los casos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad.

#### NOVENA

No existe en este caso responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado por las lesiones cometidas por el acusado Adriano ya que el médico no apreció ningún motivo para que se estableciese un seguimiento médico de su estado físico, y consideró oportuno reincorporarlo a su puesto de trabajo, dándole el alta médica, por lo tanto se da por hecho que no existieron datos debidamente acreditados de que el arma se le debió haber retirado por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión, por lo que no es apreciable, de acuerdo con la jurisprudencia del TS una responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado por los hechos acaecidos.

#### DECIMA

Dada la pertenencia de Adriano a la Guardia Civil, hay que tener en cuenta el Reglamento Penitenciario Militar, el cual entiendo que permitiría su aplicación, y que podría empezar a cumplir su pena en un establecimiento penitenciario militar.

#### UNDECIMA

Pero tras el expediente de separación del servicio, pues esta pena conlleva la inhabilitación absoluta, y además una sanción de falta muy grave que puede llegar a la separación del servicio, una vez se tramite y sea firme la resolución del expediente

administrativo, será separado del servicio, y habrá perdido también la condición de militar, y en consecuencia se le aplicará la legislación penitenciaria general ordinaria.

#### DUODECIMA

Lo más lógico previsible es que Adriano sea clasificado de entrada en el segundo grado y en régimen ordinario. Aunque siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden, esto no parece previsible, a la vista de la gravedad del delito por el que ha sido condenado.

#### DECIMOTERCERA

*El centro de destino finalmente será un establecimiento penitenciario civil, de los que dependen de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de acuerdo con las normas ordinarias. Sobre este tema se viene entendiendo y se reconoce una cierta posibilidad de elección, al menos para el ingreso inicial, dentro de la disponibilidad, teniendo en cuenta el facilitar la mejor reinserción del penado, y que no pierda el contacto con la sociedad en la que se inserta, por lo tanto lo lógico es que pida y se le conceda un centro cerca de su domicilio.*

## VII.-BIBLIOGRAFIA

-ALASTUEY DOBON, M.C., *La reparación de la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

-ALONSO DE ESCAMILLA, A., "El delito de Stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades", en rev. *La Ley Penal*, N.º 105, Noviembre-Diciembre 2013, ed LA LEY.

-ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

-BAUCELLS LLADOS, J., "La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el proyecto de código penal", en *Revista General de Derecho Penal*, num. 21 ISSN-e 1698-1189 (2014).

-CAMARA ARROYO, S., "Las primeras condenas en España por stalking: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio", en revista *La Ley Penal*", N° 121, ISSN 1697-5758 Ago. 2016.

-CARBONELL MATEU J.C; en AAVV, *Derecho Penal Parte Especial*, GONZÁLEZ CUSSAC J.L (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

-CERVELLO DONDERIS, V., "La clasificación penitenciaria", en *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2012.

-CUERDA ARNAU, M.L., en AAVV, *Derecho Penal Parte Especial*, GONZÁLEZ CUSSAC J.L (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

-DE LEON VILLALBA, F.J. *Reglamento penitenciario militar de 2017 ¿Una norma necesaria?* , Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

-GRACIA MARTIN, L., VIZUETA FERNANDEZ, J., *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español : doctrina y jurisprudencia*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2007.

-JAEN VALLEJO, M. "Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002" en *Revista electrónica de ciencia penal y tecnología*, N° 4 ISSN-e 1695-0194, 2002.

-LLOVERAS Y FERRER, M.R.: "Policías que disparan. Los daños causados por armas de fuego utilizadas por la policía," en rev. *Indret.com*, núm 1/2000, p. 1 a 13.

-MARTINEZ MUÑOZ, C. "El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter" en *Diario La Ley*, N° 9006, Sección Tribuna, 22 de Junio de 2017, Wolters Kluwer.

-MATALLIN EVANGELIO, A., “Acoso-Stalkin (172 ter)”, en AA VV *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, 2013, ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), págs. 589-594.

-MATELLANES RODRIGUEZ, N.: “El dolo eventual”, en *El tipo doloso de acción*, Iustel, Madrid, 2016.

-MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario, El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier Libros Jurídicos, 3ª ed., Madrid, 2015.

-MORENO CATENA, V., CORTES DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 8 ed., 2017

-MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial, 21 ed.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

-ORTS BERENGUER, E., y GONZALEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch. 7 ed. Valencia, 2017.

-FERREIRO BAAMONDE, J., AA VV. *Derecho Procesal Penal*, 3 ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2014.

-QUERALT JIMENEZ, *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª ed., Atelier, Barcelona, 2015.

-ROCA GUILLAMON, “Comentario al art 121 del CP de 1995”, en AAVV, *Comentarios al Código Penal*, dir. Cobo del Rosal, t. IV, Madrid, 1999, pp. 822 y ss.

-SÁNCHEZ VILANOVA, M., “El delito de stalking tres años después de su entrada en vigor”, en *Revista General de Derecho Penal* 29 (2018) ISSN-e 1698-1189, N.º. 29, 2018.

-SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ C., JUDEL PRIETO A., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. en AA VV , *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Civitas, 7º ed. , 2017.

-TERRADILLOS BASOCO, J.M., *El homicidio y sus formas*, Iustel, Madrid, 2106.

-VILLACAMPA ESTIARTE, “El delito de stalking”, LAFONT NICUESA, (coord.), en AA VV “*Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*”, Tirant lo Blanch, Documento TOL6.189.462, Abril de 2017.

## **VIII.- APÉNDICE JURISPRUDENCIAL**



-STS (Sala 2ª) de 8 de junio de 2018, ROJ 2078/2018

-STS (Sala 2ª) de 31 de mayo de 2018, ROJ 2028/2018

-STS (Sala 2ª) de 25 de mayo de 2018, ROJ 2003/2018

-STS (Sala 2ª) de 23 de mayo de 2018, ROJ 1914/2018

-STS (Sala 2ª) de 16 de mayo de 2018, ROJ 1716/2018

-STS (Sala 2ª) de 22 de marzo de 2018, ROJ 1017/2018

-STS(Sala 2ª) de 28 de febrero de 2018, ROJ 1146/2018

-STS (Sala 2ª) de 15 de febrero de 2018, ROJ 477/2018

-STS (Sala 2ª)de 7 de febrero de 2018, ROJ 323/2018

-STS (Sala 2ª) de 1 de febrero de 2018, ROJ 202/2018

-STS (Sala 2ª) de 1 de febrero de 2018, ROJ 229/2018

-STS (Sala 2ª) de 25 de enero de 2018, ROJ 143/2018

-STS (Sala 2ª) de 25 de enero de 2018, ROJ 123/2018

-STS (Sala 2ª) de 31 de enero de 2018, ROJ 228/2018

-STS (Sala 2ª) 20 de diciembre de 2017, ROJ 4673/2017

-STS (Sala 2ª) de 6 de abril de 2017, ROJ 1381/2017

-STS (Sala 2ª) de 8 de mayo de 2017, ROJ 1647/2017

-STS (Sala 2ª) de 29 de marzo de 2017, ROJ 1209/2017

-STS (Sala 2ª) 27 de noviembre de 2017, ROJ 4286/2017

-STS (Sala 2ª) 15 de noviembre de 2017, ROJ 4072/2017

-STS (Sala 2ª) de 8 de noviembre de 2017, ROJ 3960/2017

-STS (Sala 2ª)de 19 de octubre de 2017, ROJ 3759/2017

-STS (Sala 2ª) de 12 de julio de 2017, ROJ 2824/2017

-STS (Sala 2ª) de 19 de junio de 2017, ROJ: 2507/2017

- STS (Sala 2ª) de 29 de mayo de 2017, ROJ 2232/2017
- STS (Sala 2ª) de 3 de abril de 2017, ROJ 1404/2017
- STS (Sala 2ª) de 29 de marzo de 2017, ROJ 1209/2017
- STS (Sala 2ª) de 23 de febrero de 2017, ROJ 691/2017
- STS (Sala 2ª) de 3 de noviembre de 2016 ROJ 4771/2016
- STS (Sala 2ª) de 5 de octubre de 2016 ROJ 4267/2016
- STS (Sala 2ª) de 30 de septiembre de 2016, ROJ 4191/2016
- STS (Sala 2ª) de 3 de junio de 2016, ROJ 2731/2016.
- STS (Sala 2ª) de 6 de julio de 2016 ROJ 3259/2016.
- STS (Sala 2ª) de 14 de julio de 2016, ROJ 3521/2016,
- STS (Sala 2ª) de 26 de julio de 2016, ROJ 3925/2016.
- STS (Sala 2ª) de 10 de mayo de 2016, ROJ 2103/2016
- STS (Sala 2ª) de 8 de marzo de 2016, ROJ 903/2016
- STS (Sala 2ª) de 3 de febrero de 2016 , ROJ 288/2016
- STS (Sala 2ª) de 20 de julio de 2015, ROJ 3499/2015.
- STS (Sala 2ª) de 26 de noviembre de 2013, ROJ 5705/2013.
- STS (Sala 2ª) de 27 de diciembre de 2013, ROJ 6591/2013.
- STS (Sala 2ª) de 2 de diciembre de 2013, ROJ 6546/2013
- STS (Sala 2ª) de 19 de abril de 2011, ROJ 3093/2011.
- STS (Sala 2ª) de 1 de octubre de 2009, ROJ 7208/2009.
- STS (Sala 2ª) de 24 de septiembre de 2008, ROJ 4800/2008.
- SAP-Santa Cruz de Tenerife de 4 de marzo, ROJ 1234/2016.
- SAP-Coruña, de 3 de diciembre, ROJ 728/2015.
- SAP-Madrid, de 10 de diciembre, ROJ 3826/2015.