



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

VIOLENCIA DE GÉNERO

VIOLENCIA DE XÉNERO

GENDER VIOLENCE

GRADO EN DERECHO- TRABAJO DE FIN DE GRADO

CURSO ACADÉMICO 2017-2018

Alumna: Rebecca Cerezuela Rubbo

Tutor: Dr. D. Manuel Areán Lalín

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN.....	4
ANTECEDENTES DE HECHO	5
CUESTIONES.....	6
1. Realice la calificación jurídica de los hechos descritos y determine las posibles sanciones a imponer.....	6
1.1.Hostigamiento o ‘stalking’	6
1.2.Tentativa de asesinato vs lesiones	9
1.3.El delito de lesiones.....	13
1.4.Concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal .	16
1.4.1. Circunstancias agravantes	17
1.4.2. Circunstancias atenuantes	18
1.5. Cómputo de la pena.....	20
1.6. Concurrencia de penas accesorias	21
1.6.1.Penas accesorias artículo 56 del Código Penal	21
1.6.2.Penas accesorias artículo 57 del Código Penal	24
1.6.3.Privación del derecho a la tenencia y porte de armas	28
1.7. Responsabilidad civil derivada del delito.....	29
2. Analice la posibilidad de atribuir al Estado la responsabilidad civil subsidiaria, por empleo del arma reglamentaria por parte del Cabo primero de la Guardia Civil, Adriano E.....	31
2.1. Responsabilidad subsidiaria del Estado	31
2.2. Posible responsabilidad médica.....	34
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.....	36
3.1. El centro de destino	36
3.2. La clasificación en grado.....	37
3.3. FIES.....	40
3.4. El tratamiento penitenciario	42
CONCLUSIONES FINALES	45
1. La calificación jurídica de los hechos y posibles sanciones a imponer	45
2. La responsabilidad subsidiaria del Estado	46

3. Centro de destino, grado y tratamiento penitenciario	47
BIBLIOGRAFÍA	48
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	49

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art(s)	Artículo(s)
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIS	Centro de inserción social
CP	Código Penal
DGIP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias
ECLI	European Case Law Identifier
FD	Fundamento de Derecho
FIES	Fichero de internos de especial seguimiento
II.PP	Instituciones penitenciarias
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOFYCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOGP	Ley Orgánica del General Penitenciaria
MF	Ministerio Fiscal
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
PRIA	Programa de Intervención para Agresores
RECP	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RP	Reglamento Penitenciario
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SJI	Sentencia Juzgado de Instrucción
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TICs	Tecnologías de la información y de la comunicación

INTRODUCCIÓN

Si bien se deben reconocer los avances que se han producido en materia de igualdad a lo largo de las últimas décadas, a la par, debemos de seguir tomando consciencia de un fenómeno que todavía hoy, está lejos de ser eliminado por completo.

Desde el año 2012 la Delegación del Gobierno para la violencia de género publica un Boletín Estadístico de carácter mensual que tiene como finalidad la recopilación de datos oficiales que arrojen la realidad sobre las víctimas mortales provocadas por tal suceso.¹ En las mismas líneas trabaja el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)².

A raíz de la creación de nuevos Juzgados surge un Boletín que se dedica en exclusiva al ámbito de la violencia de género a partir del 29 de junio de 2005. Se elabora con los datos que han de remitir trimestralmente los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. A este respecto, cabe destacar el informe anual que se contempló en 2017 donde se puede concluir que la cifra negra (número de delitos que no han sido descubiertos) en este ámbito es bastante elevada en relación con otros delitos. Asimismo, se puede observar, los tipos de delitos instruidos en las causas de violencia contra la mujer y los delitos así mismo enjuiciados:

DELITOS	NUMERO DE INFRACCIONES	PORCENTAJE
Lesiones (Art. 153 CP)	91.249	55.9%
Lesiones (Art. 173 CP)	18.744	11.5%
Contra la libertad	11.626	7.1%
Lesiones (Art. 148 y stes. CP)	5.807	3.6%
Quebrantamiento de medidas	15.432	9.5%
Contra la integridad moral	2.769	1.7%
Contra la intimidad y el derecho a la propia imagen	506	0.3%
Contra el honor	931	0.6%
Quebrantamiento de penas	9.551	5.9%
Contra derechos y deberes familiares	670	0.4%
Contra la libertad e indemnidad sexual	966	0.6%
Homicidio	74	0.0%
Aborto	2	0.0%
Lesiones al feto	1	0.0%
Otros	4.804	2.9 %

Resulta un total de 163.132 delitos instruidos siendo el más común el delito de lesiones.

Personas enjuiciadas	Personas condenadas	Personas absueltas
Varones: 19.991	16744	3247
Mujeres : 68	51	17
Total: 20.059	12293	3264

¹ <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/boletines/boletinMensual/2017/home.htm>

² <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/boletines/boletinMensual/2017/home.htm>

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 18:00h, 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 2 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. 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.

1.1. Hostigamiento o ‘stalking’.

Adriano tras abandonar el domicilio conyugal se muestra resistente frente al divorcio que pretende tramitar Agripina y que presenta a éste el 2 de diciembre de 2016. Desde el 3 de diciembre de 2016 hasta el 15 de junio de 2017, Agripina hubo de soportar numerosos mensajes. Durante esos meses se producen los siguientes hechos:

- En los dos primeros meses (enero a febrero) Adriano se dedica a mandar numerosos mensajes de Whatsapp a diario con el objeto de conseguir una reconciliación con Agripina la cual no dejó de negar tal posibilidad.
- En los meses siguientes (desde marzo hasta el 14 de abril) Adriano adopta una actitud más controladora e insistente que la anterior. Es aquí, cuando además de continuar con la dinámica de los mensajes se aprecia en su contenido, algo más que la intención de reconciliarse al combinarse con un intervencionismo en la vida de Agripina, en los términos de qué hace, dónde está, si está en compañía de otro hombre, fingiendo encuentros casuales y reiterando la referida reconciliación, otra vez, rechazada por Agripina que le pide que deje de enviarle mensajes.
- Es el 14 de abril, cuando Agripina recibe una foto de ella misma cenando en un restaurante en la cual se resaltaba el referido control: “*sé en todo momento dónde y con quien estás*”. Al día siguiente, Agripina bloquea su número de teléfono, sin conseguir que cese su conducta, tras éste crear un perfil falso de Facebook con el que seguir contactando con ella.

La conducta descrita encuadra a priori, en el concepto actual del “*cyberstalking*” o acecho, protagonizado por adultos, el cual se define como una forma de acoso que consiste en la persecución ininterrumpida e intrusiva a un sujeto con el que se pretende establecer o restablecer un contacto personal contra su voluntad, sirviéndose para ello de las tecnologías de la información y de la comunicación (TICs).³

No cabe duda de que cuando una persona hostiga, persigue o molesta a otra, está incidiendo en algún tipo de acoso. El verbo acosar se refiere a aquella acción o conducta consistente en generar una incomodidad en otra. Con la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁴, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre⁵, se introduce un nuevo tipo penal de acoso, que como bien se expresa en la Ley, está destinado a ofrecer respuestas a conductas que si bien no se duda acerca de su gravedad, no podrían ser calificadas como coacciones o amenazas.

³ MARTÍNEZ QUIROGA, J. F.: “*Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*”, p. 4. Ponencia. Fiscal Delegado contra la Violencia sobre la Mujer de la provincia de A Coruña.

⁴ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁵ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Se pretende dar cobertura a los supuestos en que siendo cierto que no concurre la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo de violencia para limitar la libertad de la víctima (coacciones), se produce, igualmente, un menoscabo grave de la libertad y sentimiento de seguridad de la misma, como por ejemplo, mediante mensajes constantes u otros actos de hostigamiento, como en este caso puede ser, la persecución de la víctima con motivo de saber cómo y qué hace.

El tipo que se describe en el párrafo anterior, queda por consiguiente recogido por el artículo 172 ter del Código Penal (CP)⁶, también conocido como ‘*stalking*’. Incurre en este tipo, quien acose a una persona llevando a cabo de forma reiterada cualquiera de las conductas que describe:

1. *“La vigile, la persiga o busque su cercanía física.*
2. *“Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*
3. *“Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*
4. *“Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.*

Dada la juventud del precepto, no existe una doctrina completamente solidificada que pueda extrapolarse a casos sucesivos de forma generalizada, pero sin embargo, existen algunos requisitos típicos contenidos en el precepto y, así mismo, ciertos criterios o puntos de apoyo, establecidos por el Tribunal Supremo (TS) que ayudan a determinar la validez de la aplicación del mismo. A este respecto, la Sentencia de 8 de mayo de 2017 expresa: *“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. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean **insistentes y reiterados** lo que ha de provocar **una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana.**”*⁷ Así mismo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este tipo estableciendo que para poder apreciarse no será suficiente con meros episodios que si bien revisten intensidad se configuren de forma aislada, o que si bien son numerosos no estén informados por una vocación de continuidad que derive en una alteración de los hábitos de vida ordinarios de la víctima.

De lo anterior extraemos los siguientes caracteres:

- Que exista un **patrón sistemático de acoso** con perpetuación temporal.
- Que exista **reiteración e insistencia** de las conductas descritas en el precepto.
- Que produzca un menoscabo en la tranquilidad o sensación de seguridad de la víctima que acabe por producir una **alteración grave de su vida cotidiana**.

⁶ BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995; en adelante, CP.

⁷ Fundamento de derecho 3º (FD) de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2017 [ECLI: ES: TS: 2017:1647].

El tipo anterior, protege dos tipos de bienes jurídicos. Por un lado, protege el derecho a la libertad, en concreto, la libertad de obrar de las personas y, por otro lado, el derecho a la tranquilidad y seguridad de las mismas. Sin embargo, como establece la citada sentencia⁸, no será suficiente para la aplicación del artículo 172 ter que la víctima experimente temor o inseguridad, siendo decisiva la limitación de la capacidad de obrar de la víctima y consecuentemente, la vulneración del derecho a ejercer su libertad.

Lo que resulta realmente determinante para la aplicación del precepto es la nota de perdurabilidad en el tiempo, en la que se traduce esa reiteración e insistencia mencionada por el legislador. Así mismo, es la perdurabilidad de las actuaciones de hostigamiento lo que provoca el resultado que se pretende proteger por la norma, la perturbación o alteración grave de la vida cotidiana de la víctima, que incluso le lleve a realizar cambios en sus hábitos, produciéndose la referida limitación del proceso de formación de voluntad o de su capacidad de obrar.

Adriano, tanto llega a buscar la cercanía física con su mujer (fingiendo encuentros causales), como a mandar insistentes mensajes diarios que como ya hemos expresado, acaban tornándose en un mecanismo de control hacia ésta. Sin duda, tal actitud es de carácter insistente y reiterativo, desprendiéndose de los episodios descritos anteriormente, una vocación evidente de continuidad. Éstos, en suma, responden a una misma conducta sistemática con vocación de persistencia, que de considerarse aisladamente o de forma esporádica suscitarían dudas en cuanto a su encaje en el tipo, pero, no obstante, al apreciarse de forma conjunta, revisten la intensidad suficiente como para producir las referidas alteraciones en las costumbres, hábitos y en definitiva, vida cotidiana de la víctima. Se alcanza así, el relieve penal exigido por el tipo precisamente por su prolongación en el tiempo (aproximadamente seis meses). En estos términos se pronuncia la Sentencia del Juzgado de Instrucción (JI) nº3 de Tudela (Navarra)⁹: *“No es suficiente con la referencia a que la conducta haya de ser “insistente y reiterada” sino que se debe exigir la existencia de una estrategia sistemática de persecución, integrada por diferentes acciones dirigidas al logro de una determinada finalidad que las vincule entre ellas. Lo esencial en el stalking sería (...) la estrategia sistemática de persecución, no las características de las acciones en que ésta se concreta”*.

La clave reveladora del precepto penal es, por tanto, la nota de perdurabilidad como ya se ha señalado, ya que las conductas expuestas por el mismo deben de superar aquellos episodios de tensión propios de un ambiente conyugal en crisis, sobrepasando lo que puede ser descrito como mera molestia para acercarse a la perturbación de la vida cotidiana, algo que no parece posible apreciar sin la relevancia temporal.

Dada la descripción de los hechos, se aprecian los elementos de reiteración (numerosos mensajes), el carácter sistematizado de la conducta acosadora (mensajes diarios y encuentros causales) y la continuidad de esta última con la finalidad de paralizar los trámites de divorcio y retomar su relación con Agripina, a pesar de ésta haberle bloqueado. Demuestra su insistencia e intención de continuidad mediante la creación de un perfil falso de Facebook y contactando con la madre de la víctima. Lo anterior permite apreciar la idoneidad de los mismos para la producción del resultado establecido por el precepto de alteración de la vida cotidiana, la cual se cristaliza en la

⁸ FD 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2017 [ECLI: ES: TS: 2017:1647].

⁹ FD 1º de la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 3 Tudela de 23 de Marzo de 2016 [ECLI: ES: JI: 2016:3].

posible necesidad de la víctima, como única vía de escape, no solo de bloquearle, sino de evitar acudir a ciertos sitios conocidos por ambos, cambio de rutas, ocio etc.

Es por todo lo explicado que parece correcto afirmar la existencia de un delito de acoso ejecutado por Adriano en concepto de autor. Asimismo, el apartado segundo del art. 172 ter del CP, establece que la pena a imponer por la comisión de este delito, será de prisión de entre uno y dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días, cuando el tipo que describe su apartado primero se haya realizado en contra de algunos de los sujetos contemplados en el artículo 173. 2, como ocurre en este caso, tras desarrollar ese comportamiento contra su cónyuge.

1.2. Tentativa de asesinato vs lesiones.

El día 7 de septiembre Adriano contacta por la mañana con la madre de Agripina, retractándose por su comportamiento, solicitando recoger sus pertenencias y, de paso, hacer entrega de un regalo a la hija del matrimonio. Agripina accede, acudiendo Adriano ese mismo día a las 18:00 hrs al domicilio conyugal, donde tras recoger sus pertenencias, se dirige al salón donde dispara dos tiros a su mujer aprovechando que ésta se encontraba de espaldas. Si bien como consecuencia de tal acción no se establece que se haya producido la muerte de Agripina, el primero de los disparos le lesiona el omóplato derecho y el segundo le provoca una lesión bronco-pulmonar de carácter grave.

La Constitución Española en su Título I, Capítulo II, sección I bajo la rúbrica de los derechos fundamentales y libertades públicas reconoce en su artículo 15: *"todos tienen derecho a la vida y a la integridad física"*.¹⁰

Ante los hechos descritos habrá de esclarecer este análisis la concurrencia de la alevosía la cual se configura, además de como circunstancia genérica (art. 22.1 del CP), como una circunstancia específica del tipo de asesinato, en cuanto que se utiliza para describir el mismo delito, lo que nos alejará del homicidio (art. 138 CP). Así, el art. 139 del CP establece que será castigado con pena de quince a veinticinco años el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias que describe, conteniendo la alevosía en su primer apartado.

Ambos son delitos contra las personas que tienen como objeto la protección del bien jurídico de la vida y que en el caso que se nos presenta, no podrán apreciarse en otro grado que no sea el intentado tras no producirse el resultado de muerte que exige el precepto. Así lo contempla la STS de 19 de noviembre de 2014¹¹ la cual advierte que debe encuadrarse dentro del grado de tentativa los casos donde: *"los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)"*.

Actuar de forma alevosa supone incrementar las posibilidades objetivas de conseguir el resultado de lesión al bien jurídico, en definitiva, un incremento, desde una perspectiva *"ex ante"*, de la peligrosidad de la conducta. Consiste en la utilización por parte del autor material del delito de medios, modos o formas que tienden, de forma indirecta o directa, a la consecución de la ejecución del delito de forma idónea. Esto es, eliminándose el riesgo que de la defensa de la víctima pudiera proceder para el autor,

¹⁰ BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978, Constitución Española: en adelante CE.

¹¹ FD 6º de la STS de 19 de noviembre de 2014 [ECLI: ES: TS: 2014/5078].

defensa más que esperable dada su configuración dentro de los delitos contra las personas, lo que hace previsible esperar una respuesta enérgica por parte del agredido.¹²

Sin embargo, no sólo sirve para apreciar la alevosía la base objetiva de los medios, modos o formas utilizados, sino que habrá que sumarle un elemento tendencial, que permite fundamentar la alevosía en el ánimo cobarde o traicionero del sujeto activo. Es decir, tales medios deben estar orientados al logro de la indefensión de la víctima, anulando cualquier capacidad que esta pudiera tener para frustrar el fin que persigue la ejecución del delito e impedir su resultado. Tales elementos objetivos y subjetivos han sido expuestos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias como por ejemplo, en la Sentencia de 20 de octubre de 2008: “ (...) *existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo).*”¹³

Atendiendo a lo expuesto hasta ahora, pueden establecerse la concurrencia de los siguientes elementos para entender que existe un carácter alevoso:

- **Elemento normativo:** El marco de actuación de la alevosía se enmarca dentro de los delitos contra las personas (arts. 139 y 22.1 del CP).
- **Elemento objetivo:** Se refiere al ‘*modos operandi*’: medio, modos o formas idóneos para la comisión del delito y consecuente eliminación del riesgo.
- **Elemento subjetivo:** Se refiere a la conducta tendencial del autor (traicionera o cobarde) orientada a la indefensión.

Existen distintos tipos de alevosía, encajando en este caso por los hechos descritos, la “alevosía sorpresiva”, caracterizada por un ataque no esperado, imprevisible, configurado de repente o de súbito, siendo mínimo el tiempo que media entre el pensamiento del autor y la ejecución del mismo. Tal lapso temporal impide a la víctima reaccionar. No se trata de que el agresor se oculte físicamente sino de que no deje evidenciar sus intenciones hasta el momento en que realiza la acción, aprovechándose de la confianza de aquella, como refleja la Audiencia Provincial de A Coruña en la Sentencia de 15 de junio de 2016.¹⁴

Esta modalidad alevosa, por tanto, necesita para afirmarse la concurrencia de dos caracteres: que el ataque no fuera esperable por la víctima en función del principio de confianza y que éste se ejecute de forma sorprendente sin que quepa la posibilidad de haberlo percibido.

En este sentido, por un lado, en atención a los medios empleados para la comisión delictiva no cabe duda de su idoneidad (arma de fuego reglamentaria) dada su alta lesividad y probabilidad de producir el resultado de muerte, además de la rápida ejecución que proporciona la utilización de este tipo de medios. La idoneidad de los medios es exigida por el tipo penal de forma objetiva *ex ante* y no en relación al logro efectivo de lo pretendido por el autor material. A este hilo argumental responde la STS

¹² ARIAS EIBE, M. J.: “*La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*”, 2005, p.5, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

¹³ FD 8º de la STS de 20 de octubre de 2008 [ECLI: ES: TS: 2008/5947].

¹⁴ Sentencia 00125/2016 de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, nº 125 de 15 de junio de 2016; en adelante AP.

de 18 de mayo de 2005¹⁵: “Hemos dicho reiteradamente que la utilización de un arma de fuego por parte del agresor en un delito contra la vida, convierte ordinariamente su acción en alevosa, ante la anulación de toda defensa que pueda desplegar la víctima, que inerme ante tal acometimiento, se le priva de toda posibilidad de defensa, que es lo que constituye la esencia de tal circunstancia agravante”.

Por otro lado, el ataque sorpresivo queda también evidenciado, resultando difícil su desacreditación, en cuanto que la modalidad elegida por el autor para ejecutar la acción se concreta en un ataque por la espalda no pudiendo la víctima advertir el riesgo que para su vida existía, impidiendo su defensa y aprovechándose del engaño diseñado con anterioridad y aparente naturalidad de su actitud con ocasión de recoger sus pertenencias y entregar un regalo a la descendiente común del matrimonio.

En este supuesto si bien se cumple el elemento subjetivo, objetivo y normativo de la alevosía permitiendo, por ende, la apreciación del asesinato, no existe la relación de causalidad que permita imputar a la acción de Adriano el resultado de muerte. La jurisprudencia viene acudiendo a la teoría de la imputación objetiva para explicar la relación que debe mediar entre la acción y el resultado debiendo verificarse, no sólo, que se haya creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, sino que éste último se produzca a consecuencia de dicha acción (STS de 30 de mayo de 2007).¹⁶ Por esto, como ya se había adelantado, no podremos tener en cuenta el delito de asesinato si no es en grado de tentativa.

La existencia del dolo o *animus necandi* sirven de fundamento para separar la acción llevada a cabo por Adriano del delito de lesiones, en el cual el sujeto causa un daño o menoscabo en la salud, tanto física como mental, de otro pero sin embargo, no busca el resultado de muerte. El dolo se define como la voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud¹⁷. Así la STS de 29 de octubre de 2008 aclara que: “(...) el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, que aparece recogido en el texto legal con la expresión “tiendan directa y especialmente a asegurarla”¹⁸

La tentativa no podrá determinarse sin poner atención en la voluntad con la que el autor realiza la acción delictiva.¹⁹ La existencia de ese *animus necandi* puede deducirse por el órgano jurisdiccional buscando apoyo en elementos externos al mismo, como puede ser, la existencia de amenazas, discordia entre las partes, medios empleados para realizar la acción, partes del cuerpo lesionadas etc.

Para afirmar la existencia del dolo la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid de 29 de diciembre de 2016 expresa el siguiente criterio: “la opción por el ánimo de matar excluyendo el propósito de lesionar, debe inducirse de una serie de circunstancias externas y objetivas que permiten adoptar una decisión con bases más sólidas, que la de tratar de internarse en la mente del autor que, casi siempre negará el

¹⁵ FD 3º de la STS de 18 de mayo de 2005 [ECLI: ES: TS: 2005/3202].

¹⁶ FD 7º de la STS de 30 de mayo de 2007 [ECLI: ES: TS: 2007/4036].

¹⁷ <http://dle.rae.es/?id2w=E5XmK1L>.

¹⁸ FD 7º de la STS de 29 de octubre de 2008 [ECLI: ES: TS: 2008: 5947].

¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.186.

*ánimo homicida refugiándose, como es lógico, en la alternativa más favorable a sus intereses”.*²⁰

Si atendemos a la zona del cuerpo en la que la víctima es disparada (zona de la espalda próxima a órganos vitales), provocando lesión bronco-pulmonar grave, le sumamos, el medio por el cual se produce la lesión (pistola reglamentaria de Adriano) y el número de impactos recibidos, que a falta de uno fueron dos, resulta intuitivo el ánimo doloso de Adriano. Podríamos, entonces, encontrarnos ante un supuesto imperfecto de tentativa acabada o inacabada. El art. 15 del CP define la tentativa a la vez que establece su punibilidad: *“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.*

Se observa que la tentativa exige que el resultado no se produzca por circunstancias externas o ajenas a la voluntad del autor material, sin embargo, nos encontramos en el caso con una peculiaridad que dará un giro al significado de los acontecimientos ya que si el resultado no llega a producirse no es por otro motivo que el ánimo personal del autor de evitar sus efectos, figura conocida en el Derecho Penal como desistimiento. Adriano, inmediatamente después de la ejecución de los disparos, advierte su mala conducta intentando darle remedio comunicando los hechos de inmediato tanto a los servicios de emergencia como a su Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo. Tal actuación se describe en el apartado segundo del art. 16 del CP: *“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”.*

Como cabe percibir se contempla un desistimiento tanto pasivo como activo. El primero se refiere a que el agente, de forma voluntaria, no concluye todos los actos de ejecución; por contra, el segundo implica que se impida el resultado tras haber llevado a cabo todos los actos tendentes a la ejecución del delito. Implica, por tanto, el desarrollo de una acción posterior y contraria a la ejecución que impida la producción del resultado. Por ello, el desistimiento activo es propio de la tentativa acabada y el pasivo de la tentativa inacabada, compartiendo ambos el efecto de extinción de responsabilidad penal para el sujeto que lo desarrolla sin perjuicio *“de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados”.*

En este caso, Adriano efectúa todos los actos tendentes para la consumación del delito de asesinato por lo que nos encontramos ante una tentativa, en todo caso, acabada. El desistimiento en la tentativa acabada y, por tanto, activo exige la concurrencia de los siguientes requisitos según la STS de 22 de febrero de 2011²¹:

“a) Se exige un acto contrario o los anteriores ejecutados por el agente que neutralice el curso delictivo impidiendo la producción del resultado. Dicho de otro modo, hay una novación del dolo inicial del agente, que de estar animado por una intención criminal, se transmuta, como ya hemos dicho, en un "dolo de salvación" tendente a evitar la producción del resultado.

²⁰ FD 1º de la SAP de Madrid de 29 de diciembre de 2016 [ECLI: APM: 2016: 16206].

²¹ FD 4º de la STS de 22 de febrero de 2011 [ECLI: ES: TS: 20011: 1501].

b) Ese "dolo de salvación" tiene que ser eficaz, es decir evitar el resultado, pues así lo exige el art. 16-2º Cpenal.

c) Tal acto debe ser voluntario, por lo tanto solo será posible tal voluntariedad cuando el *actus contrarius* sea anterior a que el hecho sea descubierto, y el agente tenga conocimiento de tal descubrimiento".

No cabe duda, que la actuación de Adriano encaja perfectamente con la interpretación jurisprudencial. Tras efectuar los dos disparos realiza una llamada a los servicios de urgencias, antes de que se conociera la acción (voluntariedad), dejando evidencia de su intención reparadora. Además, la actuación anterior impide la producción del resultado lo que permite calificar el arrepentimiento o desistimiento como eficaz.

La misma sentencia, además de los requisitos necesarios para la apreciación del desistimiento, aclara y reseña que la apreciación del dolo o *animus necandi* no obsta la apreciación de un desistimiento posterior. El fundamento radica en que la misma acción definitoria del desistimiento implica una novación de conducta e intenciones, calificada por la jurisprudencia como "*dolo de salvación*". Estrechamente relacionado con lo anterior se encuentran los principios de carácter político-criminal que informan esta institución, en atención al principio de intervención mínima, necesidad de la pena y proporcionalidad de la respuesta penal.

En conclusión, la doctrina y la jurisprudencia han venido aplicando esta figura en los casos de tentativa de delitos contra las personas, principalmente homicidio y asesinato, desistidos de forma voluntaria y eficaz. Tal hecho, convierte al sujeto activo en autor de un delito de lesiones consumadas cuya calificación dependerá de la entidad de las mismas y pese a haber sido su intención inicial de tipo homicida. El desistimiento implica, en definitiva, la ruptura del nexo causal en tanto que impide que se produzca el resultado. La desviación del curso causal, tal y como expresa la Sentencia de 22 de diciembre de 2008: "*Solo podría afectar a la responsabilidad criminal si hubiera sido esencial tal desviación, entendiéndose por esencial aquella que hubiera propiciado la ruptura del vínculo de imputación objetiva.*"²²

Tal evento, en virtud de todo lo expuesto, nos impide percibir la conducta punible dentro del contenido del asesinato en grado de tentativa, derrumbando lo establecido anteriormente, para redirigirnos al delito de lesiones, responsabilidad en que Adriano ha incurrido de forma innegable.

1.3. El delito de lesiones.

El delito de lesiones es un delito contra la salud individual cuyo bien jurídico protegido es objeto de debate doctrinal, en virtud del cual, algunos se inclinan por entender que existe un único bien jurídico protegido que aúna la protección a la salud física y mental (tesis monista), y otros que consideran que son dos bienes jurídicos separados, la salud física y mental por un lado, y por otro, la integridad corporal (tesis dualista). Sin embargo, parece más adecuado decantarse por un concepto que atienda a ambas consideraciones de forma conjunta, global o unitaria como ocurre con la definición que aporta la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre este tipo: "*toda alteración del equilibrio biopsicosocial*".

²² FD 4º de la STS de 22 de diciembre de 2008 [ECLI: ES: TS: 2008: 7270].

El citado delito de lesiones viene establecido en el art. 147.1 del CP el cual expone que incurre en este delito quien menoscabe la integridad corporal o salud física de otra, incluyéndose la salud mental, siempre y cuando, se requiera para su curación, de forma objetiva, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. El mismo precepto deja constancia de que la mera vigilancia o seguimiento facultativo de la evolución de la lesión no se considera tratamiento.²³

Dada la literalidad del precepto, la diferencia entre la asistencia facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico es esencial, ya que, sin la concurrencia de estos elementos no podríamos hablar del delito de lesiones contenido en el art. 147.1 del CP, debiendo por tanto, redirigir el caso hacia los tipos atenuados contenidos en los apartados segundo y tercero del mismo. La STS de 9 de diciembre de 1998 expone las diferencias entre los conceptos anteriores:²⁴

La asistencia facultativa se refiere a aquellos actos que se dirigen a eliminar, disminuir o evitar la agravación de los menoscabos que los hechos hayan producido en la salud, así como se incluye dentro de esa primera asistencia, los cuidados paliativos para reducir el sufrimiento y medidas preventivas dirigidas a minorar o evitar otros daños en los que pueda derivar la lesión provocada. Es decir, se refiere a esa primera asistencia prestada por los profesionales de la salud que, por ejemplo, acontece durante el traslado de la víctima al hospital. El tratamiento médico, se refiere a la asistencia que se prolonga más allá de esos primeros cuidados (asistencia facultativa). Y, por último, el tratamiento quirúrgico, engloba actuaciones referidas a la reparación del cuerpo, con la finalidad de dar corrección a cualquier alteración funcional u orgánica. Tanto la asistencia médica como quirúrgica deben responder “*objetivamente*” a la necesidad de curación, es decir, deben de ser imprescindibles para la curación de las lesiones, tal y como, se desprende del Código Penal.

Cabe mencionar, que una vez llevados a cabo los cuidados que fueren necesarios, se considerarán actuaciones encajadas dentro de la primera asistencia, aquellas dirigidas al mero seguimiento y verificación de la curación.

Resulta notorio, que, dada la descripción de las lesiones sufridas por Agripina a causa de los disparos, éstas revisten la suficiente entidad para requerir en su curación, tanto la primera asistencia facultativa señalada, como por supuesto, una intervención quirúrgica, en tanto, que habrá de procederse a la reparación orgánica de la lesión bronco-pulmonar provocada, la cual además reviste carácter grave. Además, establece la doctrina y jurisprudencia (muy detallada a este respecto), que los puntos de sutura, que de forma intuitiva serán necesarios tras las perforaciones ocasionadas por las balas, son en todo caso, un tratamiento quirúrgico (STS de 9 de julio de 2014).²⁵

Una vez determinada, objetivamente, la necesidad de esa doble intervención médica establecida por el precepto, podemos concluir que Adriano, será responsable de un delito de lesiones graves, en suma, con el delito anterior, dada la concurrencia de sus tres requisitos: producción de una lesión, necesidad objetiva de tratamiento médico o quirúrgico para su curación y el nexo causal que permite imputar el resultado.

²³ VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, T., CARBONELL MATEU, J. C., CUERDA ARNAU, M. L., BORJA JIMÉNEZ, E., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derechos Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 102.

²⁴ FD 2º de la STS de 9 de diciembre de 1998 [ECLI: ES: TS: 1998].

²⁵ FD 1º apartado 2º de la STS de 9 de julio de 2014 [ECLI: ES: TS: 2014: 2901].

En todo caso, como expresa la STS de 7 de noviembre de 2001: *“El tratamiento médico o quirúrgico constituyen, por tanto, un elemento normativo del tipo penal, respecto del cual el Código Penal carece de una definición auténtica, por lo cual han de ser los Jueces y Tribunales los que han de determinar el alcance y contenido de dichos tratamientos.”*²⁶

La afirmación de las lesiones físicas, por descontado, procede. Sin embargo, es necesario matizar que aquellas lesiones psíquicas que pudieran sobrevenir a la víctima dado el estrés postraumático, frecuentes en los delitos violentos, no podrán ser incluidas en el objeto de protección de esta norma. Éste último no guardará, normalmente, conexión directa entre la acción y el resultado. No parece que en este caso la voluntad delictiva de Adriano fuera la de causar tales males, sin que quepa duda respecto de la necesidad de supervisar y evaluar tales secuelas como base indemnizatoria, como es recogido por la STS de 27 de diciembre de 2004.²⁷

Sin embargo, no debemos atender a las penas contempladas en el artículo 147, ya que debemos dirigirnos al tipo agravado de lesiones que se contiene en el siguiente precepto (art.148 del CP). Es en éste, donde se contienen distintos tipos agravados en razón de cómo haya sido cometida la lesión (modalidad comisiva) o atendiendo a la persona contra la cual se atente (características personales de la víctima). La apreciación de este tipo agravado depende de las circunstancias del caso, atendiéndose en concreto al resultado causado o riesgo producido. Es decir, no se contempla su aplicación de forma imperativa, sino que el Juez deberá interpretar los criterios aportados anteriormente, para potestativamente, apreciar o no su concurrencia. La letra del artículo aludido versa así: *“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:*

1. *° Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.*
2. *° Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.*
3. *° Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.*
4. *° Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*
5. *° Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

La acción descrita en el caso cumple con las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º y 4º. Una vez establecida la discrecionalidad del Juez respecto a la aplicación de este precepto, se hace necesario analizar los criterios orientadores que ofrece el legislador. Por un lado, en cuanto a los daños causados, no cabe duda que revisten una gravedad suficiente, sobre todo, por el segundo impacto que provoca una lesión broncopulmonar importante, viéndose afectados órganos de indudable relevancia para la salud física. Por otro lado, la apreciación del riesgo producido, debe entenderse, en base a la interpretación doctrinal, como el riesgo de sufrir alguna de las lesiones agravadas

²⁶ FD 2º de la STS de 7 de noviembre de 2001 [ECLI: ES: TS: 2001: 8959].

²⁷ FD 4º de la STS de 27 de diciembre de 2005 [ECLI: TS: 2005/7671].

contenidas en los preceptos 149 y 150 del Código al que venimos refiriéndonos, relativas a sufrir la inutilidad o pérdida de un órgano o miembro principal, una enfermedad grave somática o psíquica, desfiguración o mutilación. En principio, tal riesgo entendido en los términos explicados, no procede ser estimado en este caso.

No obstante, la disyuntiva que encuadra el precepto al referirse al elemento del resultado o riesgo producido, permite que proceda imputar el contenido del mismo, con la valoración del primero, y por ello concluir la responsabilidad de Adriano en concepto de un delito de lesiones consumadas y en los términos descritos. Resulta también procedente atender al art. 156 ter del CP que permite imponer la medida de seguridad de libertad vigilada a quien haya cometido un delito de lesiones o de los contenidos en el mismo Título, cuando la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el apartado segundo del artículo 173, como resulta en este caso tras la exigencia del vínculo matrimonial.

En conclusión, Adriano resulta autor material de dos delitos, por un lado, el delito de acoso o *stalking* (art. 172 ter del CP) y, por otro, un delito de lesiones de tipo agravado (art. 148 CP), castigados respectivamente con pena de prisión de un año a dos o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días y pena de dos a cinco años. Se declara en el apartado segundo del primer artículo citado que no será necesaria la denuncia a la que se refiere el apartado cuarto del mismo.

En base a lo anterior, nos encontramos ante un concurso real de delitos el cual existe cuando un sujeto comete dos o más delitos que han de enjuiciarse en un mismo proceso. Se resuelve con la técnica de la acumulación de las penas aplicables. Ha de diferenciarse entre la acumulación material y la jurídica. La acumulación jurídica se expresa por el art. 76 del CP estableciéndose unos toques de gravedad a la acumulación material: la pena total que habrá de cumplirse no podrá superar el triple del tiempo de la más grave y, a su vez, ese triple no podrá sobrepasar el límite genérico de veinte años. Este último tope puede ampliarse hasta 25, 30 o 40 años en función de la naturaleza de los delitos que se hayan acumulado. La acumulación material implica que las penas deberán cumplirse de forma simultánea siempre que fuese posible o, en caso contrario, de manera sucesiva (art. 75 del CP). El cumplimiento simultáneo sólo será posible cuando no se produzca la desnaturalización de las mismas penas impuestas. Es decir, cuando no se vacíen de contenido mutuamente. El art. 73 del CP expresa la naturaleza y efectos de las penas con el fin de determinar su posible compatibilidad. Cuando el cumplimiento simultáneo no sea posible, deberán cumplirse de forma sucesiva, siguiendo el orden de su respectiva gravedad en virtud de la clasificación expuesta por el art. 33 del CP.²⁸

1.4. Concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En este apartado se analizará la concurrencia de características accidentales del delito las cuales cumplen con la función de concretar el marco abstracto de las penas en sentido atenuatorio o agravatorio. Tales características ni niegan ni afirman la existencia del delito. Es decir, no se pone en duda su comisión, sino que afectan al *quantum* de la pena, adaptando al supuesto concreto la intensidad de la respuesta penal por el ilícito cometido. Habrá de atenderse a los distintos fundamentos que las informan de naturaleza diversa relativos a principios del Derecho Penal y Política Criminal, entre los

²⁸ CONDE MUÑOS, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p.545.

que destacan el grado de injusto y culpabilidad. Esto es así, ya que la concurrencia de agravantes o atenuantes, puede suponer un aumento o disminución del grado de injusto o culpabilidad (reproche penal por la vulneración del ordenamiento jurídico).

1.4.1. Circunstancias agravantes.

Es importante establecer a este respecto, en primer lugar, que se integran dentro de un sistema de *números clausus* lo que no permite que el juez aprecie una agravación del grado de injusto o culpabilidad fuera de los supuestos contemplados por la ley, lo que reafirma de forma contundente respecto a éstas, el principio de legalidad y la prohibición de analogía en *malam parte*.

En segundo lugar, otro dato relevante para su apreciación lo constituye su naturaleza. Tales características pueden clasificarse en objetivas, subjetivas y mixta. La clasificación anterior hace referencia a lo establecido por el artículo 65 del Código Penal, de este modo, aunque el precepto anterior no habla exactamente de circunstancias objetivas y subjetivas, las primeras harán referencia a la ejecución material del hecho y a los medios empleados, siendo las segundas relativas a las causas personales del sujeto autor del delito. Por ello, aquellas que se catalogan como objetivas serán comunicables a los partícipes en caso de codeincuencia (situación que en este caso no tiene relevancia), y aquellas que se catalogan como subjetivas atenuarán o agravarán la pena del sujeto sobre el que concurran.

Lo explicado, no hace más que poner de relieve el principio de culpabilidad por el hecho que debe de informar cualquier determinación de un castigo penal. De este modo, no podemos considerar aplicables aquellas causas que siendo personales no concurren en el sujeto, o siendo relativas al *modus operandi* no son conocidas de forma plena por el mismo, tal y como apunta la jurisprudencia.

En tercer lugar, también habrá de dejarse constancia de que tales circunstancias, salvo alguna excepción puntual, deben de estar informadas por el dolo del autor. De este modo, el error sobre las mismas ya sea, directo o indirecto, no permite la apreciación de las circunstancias sobre las que recaiga.²⁹

En conformidad con lo expresado, la STS de 22 de abril de 2002, establece en relación a la carga de prueba, lo siguiente: “*Las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (Sentencias de 23 octubre y 23 noviembre 1993, 7 marzo 1994).*”³⁰

Entrando en el fondo del asunto tales circunstancias se encuentran reguladas en el artículo 22 del Código Penal. En este punto cabe recordar que hemos encontrado a Adriano responsable de dos delitos, un tipo agravado de lesiones y un delito de acoso o *stalking*.

En relación al delito de lesiones no cabe apreciar la agravante de alevosía tras encontrarse específicamente recogida en el delito de lesiones impuesto (art. 148 del CP). En el mismo sentido, no cabe la apreciación de la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) o de la agravante de abuso de confianza, por encontrarse ya contemplada tal circunstancia al referirse a algunos de los sujetos contenidos en el art. 173.2 del Código. En suma, se cumple así con lo establecido en el art. 67 del mismo, el cual establece que

²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L: *Derecho penal español. Parte General, op cit*, pp. 301- 351.

³⁰ FD 1º de la STS de 22 de abril de 2002 [ECLI: ES: TS: 2002/2861].

no podrán tenerse en cuenta cuando describen o sancionan una infracción, ni cuando son inherentes, de forma que sin su concurrencia no podría cometerse. Lo mismo puede predicarse en relación a la circunstancia mixta de parentesco en el delito de acoso el cual también contempla en su precepto (aparatado segundo-art. 172 ter del CP), tal condición. Por ello, a la vista de lo tratado en este apartado debe de concluirse la inexistencia de agravantes.

1.4.2. Circunstancias atenuantes.

Éstas a diferencia de las agravantes, operan bajo un sistema de *numerus apertus*, flexible rigiendo de forma expresa la analogía en '*bonam partem*'. Asimismo, el tratamiento del error también difiere, siendo en este caso, relevante si recae sobre circunstancias impersonales e irrelevante si recae sobre circunstancias personales, ya que no impedirá su apreciación. El error sobre la concurrencia de elementos configuradores de un tipo privilegiado resulta de mayor problemática, en estos supuestos se acude a la citada analogía.

La regulación de las mismas se encuentra en el art. 21 del CP. Del elenco que nos expone, nos interesa en el caso su apartado cuarto relativo a un tipo de atenuante en concepto de comportamiento posdelictivo positivo. Encuentra su fundamento en la vocación de restauración del Ordenamiento Jurídico y regreso a la comunidad jurídica por parte del autor mediante la confesión. De este modo, se tendrá en cuenta como circunstancia atenuante la actitud "*de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*".

La circunstancia anterior da cumplimiento, en parte, al fin preventivo especial y general que persigue la imposición y ejecución de la pena.³¹ Es decir, no se fundamenta en un mayor o menor grado de injusto o culpabilidad por lo que no depende de las características del delito. Se justifica entonces por "*la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial o la reparación del daño*", o a "*meras razones político criminales por las que se pretende favorecer el comportamiento posterior del responsable confesando la infracción o reparando sus efectos*", o a "*consideraciones de política criminal basadas en las expectativas del comportamiento post-delictivo*".³²

Tal atenuante se configura, por tanto, en base a principios de índole político-criminal tal y como establece la STS de 21 de junio de 2007³³, la cual aclara que la razón de ser de ésta recae sobre el dato objetivo de la realización de actos de colaboración relativos a la investigación del delito. La redacción actual de dicha atenuante elimina la referencia a la voluntariedad entendida en términos éticos la cual, ha desaparecido del todo, en pro de una voluntad objetiva por lo que debe de atenderse al criterio temporal que expone el precepto: "*antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él*".

De este modo, la confesión deberá realizarse con anterioridad a que el autor conozca que el procedimiento se dirige contra él, antes de conocerse su identidad, configurándose de esta manera una voluntariedad objetiva o normativizada. Así ha sido

³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte General, op cit.*, pp. 301- 351.

³² FARALDO CABANA, PATRICIA: *La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)*, pp. 241 y 242. // <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/1939/AD-1-12.pdf?sequence=1>

³³ FD 5º de la STS de 21 de junio de 2007 [ECLI: ES: TS: 2007: 4461].

recogido por la STS de 31 de marzo de 2006³⁴: “*primero la jurisprudencia de esta Sala Segunda (...) y el legislador de 1995 después, han sustituido el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso de arrepentimiento espontáneo por una mayor objetivación (...), por el mero acto objetivo de colaboración con la Justicia consistente -en el caso de la actual atenuante 4 del artículo 21- en proceder el culpable a confesar la infracción a las Autoridades.*”

Es así, como la confesión de la conducta ilícita redundará en una disminución del grado de culpabilidad y, por tanto, en una penabilidad atenuada (STS de 22 de octubre de 2002)³⁵. Confesar, significa, declarar lo que se sabe.³⁶ Es decir, poner en conocimiento de las Autoridades los hechos acontecidos, sin tergiversar ni ocultar nada, ya que resulta evidente que quien confiese manipulando los hechos en su único beneficio no reviste la vocación que informa este precepto de regreso a la comunidad jurídica. Se refleja lo anterior en la STS de 22 de febrero de 2006, en la medida que contiene como requisito de esta atenuante: “*(...) el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, sólo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido.*”³⁷

Así mismo, existe un debate doctrinal acerca de si es o no necesario, que la confesión vaya seguida de la presencia ante las autoridades. Si bien debe de rechazarse, de forma absoluta, que pueda producir efectos atenuatorios la confesión seguida de la huida por los motivos que acabamos de mencionar, no resulta necesaria la presentación posterior o simultánea, siendo la forma más común de confesión, por escrito o por medio de un representante con mandato expreso, sin perjuicio de otras: teléfono, correo, en persona etc. Lo anterior conjuga sin alterar lo expuesto en la STS de 12 de mayo de 1999: “*Ciertamente la presentación espontánea ante la justicia puede ser considerada, en ciertos casos, como una circunstancia posterior al hecho con efectos compensadores, en parte, de la gravedad de la culpabilidad.*”³⁸

Cabe señalar, que el Tribunal Supremo, ha venido rechazando la aplicación de esta atenuante en aquellos supuestos en que la confesión no facilitaba la actuación de la Administración de Justicia, o en aquellos casos en que ésta no fuera útil a tal fin. Sin embargo, debe de renunciarse a aquél extremo acogido por el Alto Tribunal en cuanto que no se desprende de la literalidad del precepto, constituyendo tal apreciación la configuración de un requisito *ex legem*. En consonancia con lo anterior versa el contenido de distintas resoluciones, como la STS de 19 de septiembre de 2002, la cual resalta que lo que se valora es: “*el aspecto de realizar actos de colaboración a los fines de la norma jurídica, facilitando el descubrimiento de los hechos y de sus circunstancias (...). En todo caso habrá de recogerse en el relato de hechos en qué hayan podido consistir las actuaciones colaboradoras o reparadoras llevadas a cabo por el condenado*”.³⁹

³⁴ FD 4º de la STS de 31 de marzo de 2006 [ECLI: ES: TS: 2006: 2374].

³⁵ STS de 22 de octubre de 2002 [ECLI: ES: TS: 2002: 6951].

³⁶ <http://dle.rae.es/?id=AEYGVvc>

³⁷ FD 18º de la STS de 22 de febrero de 2006 [ECLI: ES: TS: 2006:802].

³⁸ FD 2º de la STS de 12 de mayo de 1999 [ECLI: TS: 1999: 3271].

³⁹ FD 2º de la STS de 19 de septiembre de 2002 [ECLI: ES: TS: 2002: 5977].

De este modo, se afirma la aplicación de la atenuante cuando se haya puesto de manifiesto ante las autoridades la propia culpabilidad, sin manipular ni tergiversar nada, y sin quedar supeditada a la consecución de determinados objetivos por parte de la Administración de Justicia. Parece presumible que tal actuación es la desarrollada por Adriano a pesar de la falta de información en el caso. De faltar alguno de los elementos esenciales descritos podría resultar de aplicación la atenuante analógica (art. 21.7 del CO).

Tras no haberse apreciado, a lo largo de este análisis más circunstancias modificativas que la atenuante de confesión, debemos establecer que en virtud del art. 66.1 del CP, la presencia de una atenuante supone contemplar el marco abstracto penal que fija la ley para el delito en su mitad inferior.

1.5. Cómputo de la pena.

Adriano resulta autor material de dos delitos (concurso real), por un lado, el delito de acoso o *stalking* (art. 172 ter del CP) y, por otro, un delito de lesiones de tipo agravado (art. 148 del CP), castigaos respectivamente con pena de dos años a tres años o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días y pena de prisión de dos a cinco años.

Partiendo de la base completamente valorativa y personal de este apartado, procede bajo este juicio, la aplicación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad relativa al primer delito, ya que si bien los actos de hostigamiento se extienden durante un periodo de tiempo de carácter relevante (medio año), la mayor parte de los actos valorados constituyen una baja reprochabilidad penal. Lo que acaba por afirmar el delito es precisamente la perdurabilidad temporal, reiterativa e insistente de tales actuaciones como ya fue explicado. El contenido y requisitos para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad aparecen reflejados en el art. 49 del CP.

En relación al delito de lesiones, habrá de aplicarse a su marco abstracto la atenuante descrita en el apartado anterior. De esta forma, en aplicación de las reglas contenidas en el artículo 66 de Código el marco se concreta en: de dos años a tres años y seis meses de prisión. Si llegara a aplicarse una pena no superior a dos años, podría aplicarse la institución de suspensión de la pena introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de pena Condicional 1908⁴⁰ y establecida en el artículo 80 del CP, siempre y cuando, cumpla con los requisitos expresados por la ley. En todo caso, la suspensión de la pena principal no podrá extenderse a las accesorias que correspondan.

La concreción del marco abstracto tanto de la pena privativa de libertad como de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad queda en manos del juez en virtud del art. 72 del CP: “*Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta*”. Sin perjuicio de lo anterior, parecerá aconsejable imponerlas en su límite máximo dada la gravedad de los hechos. De este modo, debería cumplirse una pena privativa de libertad de 3 años y medio y de trabajos en beneficio de la comunidad de ciento veinte días.

En cuanto a la compatibilidad de ambas penas, relevante en relación al concurso real, parecen susceptibles de cumplimiento simultáneo, en principio, pero no sin restricciones ya que dependerá de que el régimen de cumplimiento de la segunda lo

⁴⁰ BOE núm. 79 de 19 de marzo de 1908, páginas 1157 a 1158.

permita. Es decir, cuando el régimen de la pena privativa de libertad se someta a unas pautas tales en las que no se interfiera el cumplimiento de la otra. Esto sólo se revela posible en las fases en que el condenado se encuentre en libertad condicional o en tercer grado.⁴¹ Se veda tal posibilidad respecto a los clasificados en segundo grado ya que en éste no dispone de su tiempo el condenado en virtud del art. 25 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: “*El tiempo se distribuirá de manera que se garanticen ocho horas diarias para el descanso nocturno y queden atendidas las necesidades espirituales y físicas, las sesiones de tratamiento y las actividades formativas, laborales y culturales de los internos*”.⁴²

1.6. Concurrencia de penas accesorias.

Las circunstancias accesorias resultan de aplicación en virtud de otra principal a la que acompañan y se encuentran reguladas del artículo 54 a 57 del Código Penal. Se caracterizan por su no previsión en relación a determinados delitos sino a determinadas penas. A pesar de esto, en las últimas reformas han sido incluidas penas accesorias que acompañan a determinados delitos, pudiendo configurarse con una duración mayor que la pena principal (*sui generis*). Sin perjuicio de lo anterior, la regla general es que las penas accesorias tendrán la misma duración que las principales a las que acompañan (artículo 33.6 del CP).

1.6.1. Penas accesorias artículo 56 del Código Penal.

A pesar del cierto automatismo que existe dentro de la aplicación de las penas accesorias, debemos resaltar que no podrán entenderse impuestas si no es mediante pronunciamiento expreso en sentencia. No podrá subsanarse tal omisión, sin la presentación de un posterior recurso ante tribunal superior, tal y como se desprende del art. 79 del CP en relación con el artículo 3.1 del mismo, no representando más que la consagración de la garantía jurisdiccional de las penas, en virtud de la cual no puede ejecutarse pena ni medida de seguridad si no es mediante sentencia judicial firme.

En relación a la entidad de las penas que resultan de aplicación debemos de dirigirnos, en primer lugar, al art. 56 del CP el cual establece cuáles son las penas accesorias que se impondrán, en atención a la gravedad del delito, ante penas de prisión inferiores a 10 años:

1. *Suspensión de empleo o cargo público.*
2. *Inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.*
3. *Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido. La vinculación debe determinarse de forma expresa en la sentencia.*

La imperatividad con la que se conjuga el precepto se traduce en lo aclarado por la STS de 22 de enero de 2007⁴³: “*La imposición de esta clase de penas es una consecuencia necesaria de la imposición de la pena principal, por aplicación del principio de*

⁴¹ MARCOS MADRUGA, DE FLORENCIO: *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2º edición, enero 2011.

⁴² BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979; en adelante LOGP.

⁴³ FD 1º de la STS de 22 de enero de 2007 [ECLI: ES: TS: 2007/470].

legalidad, a la que van unidas en la medida y forma que se precisa en los artículos 55 y 56 del Código Penal”.

El criterio valorativo que aporta el precepto se concreta en la gravedad del delito y en la vinculación existente entre la pena accesoria y el delito cometido. La aplicación de cualquiera de las penas establecidas en el apartado tres del precepto a tratar, por ende, deberán estar lo suficientemente motivadas para apreciar la solicitada vinculación. Esto ha sido contenido en distintas sentencias como en la STS de 27 de noviembre de 2006: *“el Código Penal no solo exige que la vinculación se determine “expresamente” en la sentencia, lo que supone una mayor exigencia de motivación, sino que además prevé que la elección entre las distintas penas accesorias se realice por el Tribunal discrecionalmente, pero atendiendo a la gravedad del delito, lo cual asimismo supone una exigencia especial de motivación en relación a los aspectos concretos del caso”.*

Cabe reseñar pues, que cada pena principal debe conllevar su respectiva accesoria como establece la STS de 30 de enero de 2009: *“(…) cada una de las penas principales que se imponga deberá ir seguida de las correspondientes accesorias cuando imperativamente las establezca la ley o por decisión judicial”.*⁴⁴ Esto nos lleva a realizar un tratamiento individual para cada delito.

a) Delito de hostigamiento o acoso.

Ha sido comentado con anterioridad que los hechos configuradores de tal delito no se apreciaban de intensa reprochabilidad penal a nivel individual, sin perjuicio de haber resultado el mismo afirmado. En consonancia, frente a la pena alternativa que ofrecía el precepto se escogía la relativa a trabajos en beneficio a la comunidad, por lo que no parece casar con la culpabilidad apreciada la imputación de la suspensión de empleo o cargo público, ni tampoco las finales en tanto que no existe la relación que el Código reclama. En su defecto, es práctica común acudir a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

b) Delito de lesiones.

En este caso, resulta irrefutable la gravedad de los hechos cometidos los cuales se concretan en un atentado contra la vida de Agripina que por fortuna no produjo su muerte dadas las condiciones de su ejecución y el medio empleado a tal fin. El desistimiento de Adriano si bien resulta relevante y merece consideración, no parece fundamento suficiente para excusar parte de la gravedad de los hechos ya materializados. Por esto, y en virtud de la vinculación existente entre su condición de Guardia Civil y el medio empleado para la comisión de las lesiones (arma de fuego reglamentaria) podría apreciarse la concurrencia de la pena accesoria de inhabilitación especial para el empleo o cargo público.

Ésta, como establece el art. 42 del CP, produce la privación definitiva de los empleos, cargos y honores públicos sobre los recayere (incluso electivos), así como aquellos que guarden una consideración análoga. Implícito en su contenido se halla la prohibición de obtener los mismos cargos, empleos y honores públicos u otros análogos durante el tiempo de la condena. Analogía que en numerosas ocasiones no resulta fácil establecer. Su duración aparece contemplada en el art. 40 del CP estableciendo que puede oscilar entre un mínimo de tres meses y un máximo de veinte años. No faltan resoluciones que prevean la imposición de este tipo de pena para la comisión de hechos similares por

⁴⁴ FD 4º de la STS de 30 de enero de 2009 [ECLI: ES: TS: 2009: 133].

funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, como por ejemplo ocurre en la STS de 16 de julio de 2008⁴⁵.

Este tipo de pena, produce la pérdida definitiva de la titularidad inherente que habilita al desarrollo del cargo u empleo sobre el que recae, por lo que cabe destacar la previsión contemplada en la Ley 7/ 2007, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público,⁴⁶ relativa al mecanismo de rehabilitación. En el artículo 68 de la citada Ley se expone: *“Los órganos de gobierno de las Administraciones públicas podrán conceder, con carácter excepcional, la rehabilitación, a petición del interesado de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido”*. El silencio de la administración en referencia a tal solicitud será negativo, conteniéndose en el Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir en materia de rehabilitación de los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración General del Estado⁴⁷, las condiciones que habilitan al acceso del citado beneficio.

En añadido, parece coherente, de nuevo en atención a la gravedad del delito y la vinculación existente entre este último y la pena accesoria, imponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, en atención a un hecho que en términos de sentido común de un ser humano medianamente diligente no da lugar a debate, y es que los hechos se llevan a cabo en presencia de la hija del matrimonio de tres años de edad. Tal acontecimiento, evidencia una falta total de atención a los deberes propios, tanto de protección como otros, de la institución de la patria potestad. Se trata de una actuación que de forma previsible supondrá efectos perjudiciales para la menor.

La STS de 30 de septiembre de 2015 contiene unos antecedentes de hecho idénticos al caso, constituyendo un ejemplo de la aplicación de la referida pena en estos supuestos: *“En el factum se recoge expresamente que el acuchillamiento de la madre por el recurrente fue efectuado en presencia de la menor, que a la sazón tenía tres años, dato que el Ministerio Fiscal estima de extraordinaria relevancia al constituir tal acción, además de un delito contra la madre de la menor, un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la patria potestad del padre condenado.”*⁴⁸

Dicha imposición, supone, de acuerdo con el art. 46 del CP, la privación de los derechos inherentes a la patria potestad y la incapacidad para obtener la titularidad de los cargos anexos (tutela, curatela, guarda o acogimiento) durante el tiempo de la condena. El contenido de la inhabilitación de la patria potestad, afecta a ésta última en los términos descritos en el Código Civil, así como a la patria potestad prorrogada y otras instituciones análogas reguladas a nivel autonómico. La patria potestad como muchas instituciones reguladas en el ámbito civil no se configura en exclusiva por una serie de derechos sino también por una serie de deberes, es por esto que son comúnmente conocidos como “derechos deberes” o “deberes función”. Como hemos explicado, la aplicación de dicha pena supone la privación de los derechos inherentes a la patria potestad sin que queden afectados por la misma los derechos cuya titularidad ostenta el descendiente. Este es un punto controvertido, dado que la subsistencia de ciertos

⁴⁵ STS de 16 de julio de 2008 [ECLI: ES: TS: 2008/3988].

⁴⁶ BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007.

⁴⁷ BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1998, páginas 43533 a 43536.

⁴⁸ FD 5º de la STS de 30 de septiembre de 2015 [ECLI: ES: TS: 2015/4122].

derechos en favor del menor pueden poner en peligro el fin tuitivo perseguido por la pena en tanto que, por ejemplo, produzca un reencuentro entre el menor y el sujeto afectado por tal pena.

En coherencia con lo expuesto, debe de quedar debidamente delimitado en la sentencia aquellos derechos que sobreviven a la pena accesoria, bien porque no ponen en peligro el fin previsto por la aplicación de la pena, o bien porque se arbitren las medidas oportunas para asegurar que no afecte a tal fin, siempre y cuando, se una a lo anterior la condición de que tales derechos redunden en único y propio beneficio del menor afectado. Podemos concluir por lo expresado lo siguiente:

- No existe ningún tipo de incompatibilidad entre la supervivencia del derecho de alimentos y la aplicación de esta pena en cuanto que no suponen un acercamiento entre el penado y el menor.
- Los demás, contemplados en el artículo 154 del Código Civil⁴⁹, sólo podrán permanecer vigentes si se cumplen con las condiciones ya expresadas: que sobrevivan en único y exclusivo beneficio del menor y que se arbitren las medidas necesarias para no obstaculizar la meta de la pena impuesta.

Cabe la precisión de que si bien el Código Penal nos permite realizar los distintos razonamientos expuestos y entender procedente, asimismo, la aplicación de las penas accesorias anteriores, puede discutirse su repercusión práctica, sobre todo en relación a la inhabilitación especial para la patria potestad, en cuando que su duración habrá de limitarse a la duración que se concrete en relación a la pena privativa de libertad derivada por el delito de lesiones (art. 33.6 del CP).

1.6.2. Penas accesorias artículo 57 del Código Penal.

En segundo lugar, el art. 57 del CP, permite a los jueces aplicar de forma potestativa, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, alguna o algunas de las prohibiciones contenidas en el artículo 48 del mismo Código:

1. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
2. Prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas que el propio Juez determine.
3. Prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas que el Juez determine.

No puede empezarse el examen de las penas accesorias anteriores si no es mediante una breve explicación teórica, en términos generales, de lo que supone la imposición de cada una de ellas a nivel de esclarecer los derechos del penado que quedarán afectados por las mismas.⁵⁰

En este sentido, en primer lugar, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos según el art. 48.1 del CP, supone, como su nombre indica, la

⁴⁹ BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889: en adelante CC.

⁵⁰ FARALDO CABANA, PATRCIA: *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

prohibición del sujeto activo de acercarse o acudir al lugar de la comisión del delito o, subsidiariamente, al domicilio de la víctima si éstos fueran distintos. En relación al domicilio de la víctima, deberá atenderse a la residencia habitual, al domicilio a efectos civiles en virtud del art. 40 del CC, sin perjuicio de que pueda extenderse a otros conocidos por el penado, como podría ser el domicilio vacacional. Debe determinarse claramente la zona geográfica sobre la que recae la prohibición, delimitándola al máximo el juez con el objeto de evitar problemas ulteriores.

Lo anterior es aplicable en los mismos términos respecto a la prohibición de aproximación. En este sentido, puede acudirse al criterio establecido por el art. 544 bis del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵¹ que alude a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades, así como a Comunidades Autónomas. El criterio anterior es el adoptado por la Circular 2/2004, de 25 de noviembre, sobre la aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte), de la Fiscalía General del Estado.⁵² También habrá el juez de concretar la distancia mínima de lejanía que habrá de respetar el penado con respecto a los lugares prohibidos si bien no se aporta ningún criterio orientador que sirva al juez a tal fin.

En segundo lugar, según el artículo 48.2 del Código Penal, prohibición de aproximarse a la víctima, sus familiares o aquellas personas que el juez determine, supone impedir al penado acercarse a éstos, en cualquier lugar en el que se encuentren, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que sea frecuentado por los mismos. Además, esta privación acarrea consecuencias severas en tanto que supone la suspensión respecto de los hijos del régimen de visitas, comunicación y estancia que pudiera haber sido establecido en sentencia civil. El argumento que justifica tales consecuencias es muy similar al ya tratado en relación a la supervivencia de ciertos derechos en favor del hijo tras la imposición de una inhabilitación especial para la patria potestad: la perduración de tales regímenes pueden implicar un acercamiento del autor material del hecho a la víctima o su domicilio lo que supondría un quebrantamiento de la pena accesoria (Art. 468 del CP).

En tercer lugar, la prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares o las personas que se determinen por el juez supone, según el artículo 48.3 del Código Penal, la imposibilidad del penado de establecer contacto visual, verbal o escrito con los citados sujetos, por cualquier medio de comunicación, telemático o informático. Persigue por tanto, la evitación de cualquier tipo de contacto no físico.

Nos encontramos con penas accesorias calificadas por la doctrina y jurisprudencia como penas “accesorias impropias” ya que su accesoriedad se predica en relación a determinados delitos y no en relación a determinadas penas. Tal calificación resulta adecuadamente explicada por la STS de 15 de julio de 2005⁵³: “(...) *tiene incuestionablemente un tratamiento peculiar (...) al punto de haber sido calificadas este elenco de prohibiciones como penas "accesorias impropias", en cuanto no se declara que otras penas las llevan consigo, sino otros delitos y su duración no se vincula a la pena principal frente a la norma general del art. 33.6 (...) ni pueden ser impuestas sin petición de parte, (...) que enlaza obligadamente con el principio acusatorio y el carácter rogado de las penas, quedando con ello sometido el ejercicio*

⁵¹ BOE núm. 260 de 17 de septiembre de 1882; en adelante LECRIM.

⁵² https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones.

⁵³ FD 15º de la STS de 15 de julio de 2005 [ECLI: ES: TS: 2005: 4841].

de la facultad de su imposición, en el caso de las prohibiciones del art. 57 a la previa petición de las partes acusadoras.”

a) Delito de hostigamiento o acoso.

Se reitera lo ya expresado en relación a la gravedad de este delito. De este modo, dados los criterios valorativos, ni el peligro que representa el delincuente ni la gravedad de los hechos parecen servir de base para aplicar algunas de las prohibiciones explicadas, sobre todo, en consideración del alto grado de afección que representan para la libertad ambulatoria y otros derechos del penado.

b) Delito de lesiones.

La prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas se torna de imposición preceptiva en este supuesto. Habrá de ser acordada, en todo caso, cuando cualquiera de los delitos enumerados en el apartado primero hayan sido cometidos contra el cónyuge entre otros supuestos, tal y como expresa el apartado segundo del artículo anterior, y tal y como expone la STS de 20 de abril de 2007: *“En dicho apartado se establece con carácter imperativo la imposición de las penas accesorias del n° 2 del art. 48 , cuando se da el presupuesto normativo que allí se contempla (delitos enmarcados dentro de la violencia de género), que lo expone en los términos "se acordará, en todo caso.”*⁵⁴

La misma imperatividad anterior se concreta en la imposibilidad de renunciar a la imposición de esta prohibición, incluso a petición de quien ostenta la posición de sujeto pasivo de la acción en un sentido estrictamente jurídico-penal, es decir, por quien ostenta la posición de víctima, con apoyo en lo determinado en la STS de 16 de mayo de 2003: *“hemos de decir que la medida cautelar violada está destinada (...) igual que las penas accesorias previstas en el art. 57 CP, a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no pueden en principio renunciar a dicha protección (...) aunque cabe que, tratándose de medidas cautelares siempre reformables, soliciten su cese del Juzgado de Instrucción que será quien decida, ponderando prudentemente las circunstancias en cada caso concurrentes, si la medida debe continuar o finalizar”.*⁵⁵

Resulta redundante la aclaración, de que procede a priori, tanto la aplicación obligatoria de la prohibición mencionada, como la potestativa de las demás en cuanto que los delitos cometidos por Adriano, se encuadran dentro del elenco expresado por el precepto (lesiones y delitos contra la libertad). Cabe puntualizar no obstante, con el objeto de diferenciar la aplicación de estas penas con el fundamento que informa la imposición de las medidas de seguridad, que cuando el precepto se refiere como criterio valorativo al peligro que represente el delincuente, en base al planteamiento doctrinal, debe atenderse al peligro objetivo que después de la comisión de determinados delitos, puede suponer la proximidad física entre el autor material y la víctima o las personas que se hayan determinado. La jurisprudencia ha recogido la consideración anterior en la STS de 2 de octubre de 1999: *“la peligrosidad valorable no es la subjetiva o personal del acusado como sujeto de posibles delitos futuros, sino la peligrosidad objetiva que es inherente a la situación material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o*

⁵⁴ FD 1º de la STS de 20 de abril de 2007 [ECLI: ES: TS: 2007: 2392].

⁵⁵ FD 4º de la STS de 16 de mayo de 2003 [ECLI: ES: TS: 2003: 3323].

su familia. Situación objetivamente peligrosa en sí misma, dada la probabilidad de enfrentamientos mutuos, por razón de la propia naturaleza del hecho ya cometido.”⁵⁶

No resulta procedente, fundamentar ese peligro en el único temor de la víctima, ya que si el peligro no es real tal temor carecerá del soporte o cimiento necesario. Sin embargo, en el caso de la comisión de delitos violentos, debe tenerse en cuenta, que la mencionada proximidad puede poner en riesgo la integridad psíquica de la víctima. Tales prohibiciones, deben de motivarse debidamente y aplicarse con cautela ya que revisten un contenido aflictivo de indudable relevancia en relación a la libertad ambulatoria del penado.

Respecto a su duración, se desprende del mismo precepto que venimos tratando, que dependerá de que los delitos sean graves o menos graves, representando una excepción a la regla general referida a la duración de este tipo de penas como ya ha sido advertido (Art. 33. 6 del CP). Además, puede e incluso deben en ocasiones durar más que la pena principal a la que acompañan (*sui generis*). La duración natural de tales prohibiciones viene establecida en el artículo 40.3 del Código Penal, estableciendo una duración de hasta diez años para la prohibición del derecho a residir/acudir y una duración que oscila entre un mes a diez años para la prohibición de aproximarse y comunicarse. Tales marcos temporales podrán superarse en la manera que se explica a continuación y en consonancia con lo establecido en el artículo 40. 5 del Código Penal.

En este caso, en primer lugar, la naturaleza de los delitos es menos grave en virtud de la clasificación que se ofrece en el artículo 33 del Código Penal, por lo que dependerá, en segundo lugar, de que la pena a la que acompañen sea privativa de libertad u otra:

1. El delito de lesiones acarrea una pena privativa de libertad por lo que la duración de ésta será superior de entre uno a cinco años a la duración de la pena que acompaña.
2. El delito de acoso ofrece una pena alternativa por lo que la duración de la accesoria dependerá de la que resulte imputada como principal. En todo caso, si se impusiera la pena de trabajos en beneficio a la comunidad, la duración de ésta no podrá exceder de cinco años; de acompañar a una pena privativa de libertad se concluye lo mismo que en el caso anterior.

Como cabe apreciar la duración de las penas accesorias dependen de la duración de la principal en cuanto que esta tenga naturaleza privativa de la libertad, siendo relativamente independientes cuando se trata de penas distintas a la prisión. La extensión de la duración será determinada por el juez en atención a los mismos criterios valorativos que sirven para justificar o no su imposición: gravedad de los hechos y peligro que el delincuente represente. Bajo este juicio, en relación a los hechos configuradores del delito de acoso no cabe la apreciación de tales prohibiciones. Sin embargo, sería prudente aplicar las tres prohibiciones, respecto al delito de lesiones, dada la gravedad del delito cometido y las posibles secuelas que de él se deriven tanto para la niña, como la víctima y su familia. Si bien el peligro que representa Adriano puede entenderse reducido tras su comportamiento posterior al hecho (confesión y reclamo de ayuda sanitaria), la gravedad de los hechos sigue revistiendo consecuencias importantes que habrá que reducir al máximo evitando la proximidad física y

⁵⁶ FD 7º de la STS de 2 de octubre de 1999 [ECLI: TS: 1999: 6032].

comunicación de Adriano, no sólo con la víctima sino también con los sujetos que hayan podido resultar perjudicados por los mismos hechos (hija y familia).

A este respecto, el párrafo segundo del artículo 57.1 establece que la pena privativa de libertad y las penas accesorias que describe son susceptibles de cumplimiento simultáneo. No obstante, si al término del cumplimiento de la pena de prisión quedara todavía por cumplir parte de la duración impuesta por la pena accesoria, el cumplimiento de esta última se conjuga de forma sucesiva. La posibilidad de cumplimiento sucesivo y falta de previsión de un límite mínimo en relación a la duración de la prohibición de aproximación nos obligan a resaltar la siguiente posibilidad que establece la STS de 11 de marzo de 2004: “(...) *de forma análoga a lo previsto en este último precepto, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deberá elevar la propuesta que considere adecuada a las circunstancias que concurran en el momento de terminar el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Mantener a ultranza la prohibición, cuando ya no existen las circunstancias individuales que la aconsejan sería tanto como regresar al medioevo, imponiendo una especie de destierro tribal.*”⁵⁷

Nada se establece en atención al inicio del cómputo de la duración anterior, sin perjuicio de haber sido señalado por la doctrina en términos generales, que dependerá en relación a las prohibiciones de residir y aproximarse de si el sujeto se encuentra próximo a la víctima. En el caso anterior, tendrá el histórico plazo de gracia dentro de nuestro Derecho Penal de tres días para abandonar la zona geográfica que se haya delimitado y, asimismo si ya no se encontrare próximo a los sujetos o zonas protegidas, como si se trata de la prohibición de comunicación, el cómputo se iniciará en el momento en que la sentencia que lo acuerda adquiera firmeza.⁵⁸

1.6.3. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

Por último, el art. 39 del CP establece cuáles son las penas privativas de derechos reflejando en su apartado e) la privación del derecho a la tenencia y porte de armas. El art. 40 del CP, por su parte, establece la duración de la misma la cual oscila entre tres meses a diez años. A su vez, será el art. 47 del mismo Código el que defina su contenido: “(...) *inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia*”. Cabe precisar que no se refiere a otro tipo de armas que no sean las de fuego, ya que las armas blancas son de tenencia y adquisición libre para las personas mayores de edad, según dispone el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.⁵⁹ Además, se prevé que en caso de que tal imposición guarde una duración mayor a dos años, se producirá la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite al sujeto para la tenencia y porte de armas. En este caso, sólo podrá volver a obtener la licencia de armas de la que disponía mediante el mecanismo previsto en los arts. 96 y siguientes del Reglamento citado.

Más que conveniente se torna, según esta opinión, la imposición de tal privación en su duración máxima dado el uso sumamente negligente que Adriano hace de su arma reglamentaria. Habrá de tenerse en cuenta, precisamente, su condición de Guardia Civil en tanto que su mismo trabajo implica la tenencia de armas que conviene limitar dados los antecedentes delictivos.

⁵⁷ FD 4º de la STS de 11 de marzo de 2004 [ECLI: ES: TS: 2004: 1666].

⁵⁸ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, op. cit., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁵⁹ BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1993, páginas 7016 a 7051.

1.7. Responsabilidad civil derivada del delito.

El objeto de estudio de este punto viene regulado en el Título V del Libro I, Capítulos I y II, en los arts. 109 y siguientes. El artículo 109 establece lo siguiente: “*La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.*” Además, el artículo 116.1 expresa: “*Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.*” Es decir, la comisión de un delito acarrea, junto con la responsabilidad penal, la obligación de responder frente a los daños y perjuicios, ya sean patrimoniales o morales, que se hayan ocasionado.⁶⁰

Tal responsabilidad es conocida por la jurisdicción penal por motivos de economía procesal, sin que pierda su naturaleza civil como señala la STS de 16 de diciembre de 2005: “*La reclamación de la responsabilidad civil "ex delicto" constituye sin duda una acción civil que, como ha reiterado la jurisprudencia, no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en un proceso penal (v. arts. 111 y sptes. LECrim.). En este supuesto, el proceso será iniciado de oficio por el Ministerio Fiscal (MF) a no ser que el perjudicado se reserve tal acción para ejercitarla posteriormente ante los Tribunales civiles (arts. 112 LECRIM y 109.2). En estas líneas, la sentencia citada continua así: “En este sentido, tiene declarado el Tribunal Constitucional que es preciso que la sentencia contenga una determinación del daño causado por el delito de la misma manera que si la acción civil hubiese sido ejercitada en forma independiente de la penal, siendo necesaria, además, una estimación razonada de la cuantía alcanzada por los daños.”⁶¹*

En efecto, la responsabilidad civil que se contempla en el ámbito penal, deriva de la comisión de un delito previo en concepto de reparación de los daños y perjuicios causados por aquél, asimilándose a la responsabilidad extracontractual contemplada en los artículos 1902 y siguientes del CC. No se deriva de cualquier delito la referida responsabilidad civil excluyéndose los delitos formales o de peligro (STS de 10 de octubre de 2006).⁶²

La STS de 20 de diciembre de 2006⁶³ establece los principios generales que informan la responsabilidad civil, la cual viene a añadir en relación a lo ya expuesto, que la fijación del *quantum* es competencia del tribunal de instancia, en el cual debe incluir tanto los daños materiales que hayan resultado probados como aquellos de índole moral “*cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos*”. Será revisable la sentencia en caso de establecer una cuantía superior a la que haya sido objeto de pretensión o cuando no fije o lo haga de forma errónea las bases correspondientes. Este último extremo podrá ser impugnado en casación. Por último se deriva de los principios civiles que informa este tipo de responsabilidad que la misma es renunciable en el mismo curso del proceso penal. Aclara, sin embargo, la STS de 14 de junio de 2007: “*la efectiva*

⁶⁰ GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M. A.; ALASTUEY DOBÓN, M. C.: *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 223-230.

⁶¹ FD 4º de la STS de 16 de diciembre de 2005 [ECLI: ES: TS: 2005: 7650].

⁶² FD 7º de la STS de 10 de octubre de 2006 [ECLI: ES: TS: 2006: 6195].

⁶³ FD 6º de la STS de 20 de diciembre de 2006 [ECLI: ES: TS: 2006: 7831].

*renuncia a la indemnización, no está sujeta a una forma especial, bastando con que se exprese con claridad bastante”.*⁶⁴

El contenido de tal responsabilidad se regula en el art. 110 del CP. La misma comprende distintos conceptos: restitución, reparación del daño y la indemnización por perjuicios morales y materiales. La primera sólo tendrá virtualidad en aquellos delitos que supongan la privación de un bien propiedad de la víctima (art. 111 del CP). La segunda puede consistir tanto en obligaciones de hacer o de no hacer como de dar (art. 112 del CP). La tercera englobará en la cuantía que constituya la indemnización, no sólo los perjuicios materiales y morales causados a la víctima, sino también aquellos que se hayan irrogado a sus familiares o terceros (art. 113 del CP).

Resulta controvertido fijar la cuantía de la indemnización atendiendo a los daños físicos y morales, sobre todo, porque no se ofrecen por parte del CP criterios determinantes. Así, el art. 114 del CP pone de relieve que habrá de tenerse en cuenta en la determinación de la misma si la conducta de la víctima ha contribuido al resultado lesivo. Asimismo, el art. 115 del CP expone la obligación de los jueces y tribunales de fundamentar las bases sobre las que se asienta la indemnización, ya sea en la propia sentencia o en una resolución posterior. Es por esto, que la cuantía de la indemnización se informará mediante los hechos propios del caso, apreciados de forma subjetiva por el juez, quedando sometidos, por tanto, al arbitrio judicial.

En cuanto a los sujetos que habrán de responder frente a la responsabilidad civil derivada del delito, además de aquellos encuadrados dentro del art. 116 del CP (responsabilidad civil directa), debemos añadir a los comprendidos en el art. 121 del CP (responsabilidad civil subsidiaria). Entre estos últimos se encuentra el Estado. Cabe precisar que de exigirse la responsabilidad civil a Adriano, dada su cualidad de funcionario, habrá de simultáneamente ser exigida al Estado (párrafo segundo del art. 121 del CP).

Por lo explicado, Adriano deberá de responder por los daños y perjuicios causados en concepto de indemnización. En relación a la cuantía, no es objeto de este estudio proporcionar una cifra exacta. En todo caso, parece prudente la hipótesis, dada la descripción de los hechos, de que deberá de construirse la suma de la cuantía en atención al coste médico de las intervenciones necesarias para la curación de las lesiones y las posibles secuelas psicológicas, frecuentes en los delitos violentos y de sangre. Estas últimas, no se refieren sólo a las sufridas por la agredida, sino a las sufridas por la niña y resto de familiares si fuera el caso. En definitiva, mediante los informes periciales que se aporten durante el proceso penal se determinará la cuantía exacta.

⁶⁴ FD 1º de la STS de 14 de junio de 2007 [ECLI: ES: TS: 2007:3956].

2. Analice la posibilidad de atribuir al Estado la responsabilidad civil subsidiaria, por empleo del arma reglamentaria por parte del Cabo primero de la Guardia Civil, Adriano E.

2.1.Responsabilidad subsidiaria del Estado.

La responsabilidad civil subsidiaria se contiene en el artículo 120 del Código Penal, de forma general, aludiendo a las personas naturales y jurídicas. En el art. 121 del mismo Código, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se alude específicamente a la posible responsabilidad que habrá de asumir el Estado u otros entes públicos, especificando lo siguiente: *“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.”*

Del precepto anterior podemos derivar el siguiente examen, y es que se recoge la posibilidad de que recaiga sobre el Estado una responsabilidad civil que es de tipo pasivo o de “segundo grado”, la cual se motiva por la comisión de un ilícito por alguno de sus dependientes (autoridad, funcionarios públicos, agente y contratados de la misma) en el ejercicio de sus servicios. El hecho de que sea una responsabilidad civil pasiva o subsidiaria, se justifica precisamente por la relación de dependencia del autor con el ente, así como por el peligro que puede producir, por ejemplo, el despliegue de ciertos servicios policiales, en general, favorables para la seguridad pública pero que, sin duda, conllevan riesgos.

En este sentido, el Estado no responderá de cualquier ilícito cometido por los que con él se hallen en relación de dependencia, sino de aquellos que respondan al peligro que genere el despliegue de un determinado servicio, dejándose fuera de este marco normativo, los actos aislados y concretos, que sean llevados a cabo, fuera del señalado servicio, por los sujetos anteriores. La responsabilidad del Estado encuentra fundamento, en que si bien éste no comete el ilícito, ha actuado negligentemente en relación a las categorías tradicionales de *“culpa in eligendo y culpa in vigilando”*.

Que sea subsidiaria pone de manifiesto que el ilícito no ha sido directamente provocado por el Estado, de tal forma que sólo se procederá tal reclamación de responsabilidad cuando el actor principal no pueda responder por motivos de insolvencia, ya sea, parcial o total. Es así, como se pretende garantizar el cobro de la indemnización, ya sea en primer o segundo grado. La nota de subsidiariedad añade otro punto de interés y es que, si bien el ilícito no ha sido cometido por el Estado, su responsabilidad se justifica por haber elegido o vigilado negligentemente, llegando así a las categorías tradicionales en esta materia de *“culpa in eligendo y culpa in vigilando”*.

A este respecto, la STS 13 de diciembre de 2005, nos ofrece un esquema claro acerca de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes, expresando:

“Cuando los personalmente responsables de los delitos dolosos o culposos de los que proviene el daño a indemnizar sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, se requerirá:

- a) Que el hecho se hubiera cometido cuando estos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.*

b) *Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.*⁶⁵”

Atendiendo a la exposición de los hechos, nos encontramos en este caso con diversas particularidades, ya que, si bien el ilícito es cometido por un Guardia Civil y, por tanto, agente de los Cuerpos y Seguridad del Estado cumpliéndose la regla de dependencia que exige el precepto, éste no se encontraba en servicio. Por tanto, no responden las actuaciones de Adriano, en ningún caso, a un funcionamiento normal o anormal de los servicios señalados. Además, tampoco cabe aplicar el apartado tercero del artículo 120 del Código, porque a pesar de referirse a personas naturales y jurídicas, no limitando a estas últimas, lo que permite encuadrar en el precepto al Estado, no suceden los hechos en un establecimiento cuya titularidad pertenezca a tal ente. Los hechos acontecen en el domicilio conyugal del autor. Otra particularidad del caso y dato relevante, es la baja que sufre Adriano por un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y por trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa.

En virtud de las circunstancias, en principio, no se podría derivar de la actuación de Adriano una responsabilidad civil subsidiaria de la que deba responder el Estado, por su condición de agente, ya que como venimos diciendo no estaba en servicio, y los hechos ocurren en el domicilio conyugal. Sin embargo, el alcance de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado vuelve a cuestionarse, a raíz de la interposición de un recurso por la Abogacía del Estado, contra una sentencia que apreciaba tal responsabilidad por causa de un homicidio, efectuado por un Guardia Civil, en el ámbito familiar (en concreto contra su cónyuge), ocurriendo los hechos, justamente, en el domicilio de éste.

Es tal recurso y la susodicha replantación doctrinal sobre el alcance de la responsabilidad civil del Estado, lo que motiva al Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a establecer Acuerdo, de 12 de julio de 2002, expresando lo siguiente:⁶⁶

“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.

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 dudas, debidamente acreditadas,

⁶⁵ FD 2º de la STS de 13 de diciembre de 2005 [VLEX- 20067009].

⁶⁶ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/>.

*de que el arma debió haberse retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión”.*⁶⁷

Si analizamos el acuerdo expuesto, observamos cómo se resalta el indudable riesgo que conlleva el porte de armas, como peligro cierto, aun siendo miembros del Cuerpo y Seguridad del Estado. No se limita a establecer el ámbito de responsabilidad del Estado en relación a los servicios que presten los agentes, sino que se extiende a la organización del mismo Servicio de Seguridad. Es decir, el porte de armas por parte de estos agentes, fuera del servicio ordinario que prestan, de forma continua, es una consecuencia inmediata o natural de la forma de organización de estos Cuerpos o Servicios. Así mismo, en un primer momento se excluye la posibilidad de derivar la responsabilidad del ilícito al Estado, cuando los hechos se cometan en el domicilio del agente, condicionando esta exclusión, en un segundo momento, a que se produzca una acreditación de que el arma reglamentaria debía de haber sido retirada al funcionario.

Lo que se pone de relieve en el párrafo anterior es la responsabilidad del Estado por el deber de vigilar (*culpa in vigilando*) a sus agentes o funcionarios en aras y protección de la misma organización de los Servicios de Seguridad Pública. Esto implica el deber de desplegar la diligencia adecuada que exige el permitir el porte de armas por sus dependientes.

Anteriormente, cuando nos referíamos a las particularidades del caso, mencionamos en último lugar la baja laboral que había sufrido Adriano durante los meses de diciembre de 2016 hasta julio 2017, por un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y trastorno adaptativo con predominio de clínica ansiosa. La entidad de tal diagnóstico psíquico motiva la baja laboral, así como la retirada del arma reglamentaria, habiendo concluido la situación anterior pocos meses antes a la comisión de los hechos.

En conexión y refuerzo de lo dispuesto cabe mencionar la STS de 17 de septiembre de 2001, la cual resuelve un caso relativo a un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que, tras un uso negligente de su arma reglamentaria y fuera del servicio, arrebató la vida de otra persona. Sufrió en el momento de los hechos una depresión relativa a su situación conyugal, habiendo estado de baja por tal motivo, con la consecuente retirada de armas, un total de dos meses: *“En estas condiciones se debió extremar la vigilancia y control del acusado que ya había dado muestras de su inestabilidad y al que se le había retirado el uso del arma reglamentaria. En la inactividad de la institución policial se observa una incuestionable culpa in vigilando. La actividad de control debe de ser especialmente diligente cuando la persona del agente de la autoridad muestra signos evidentes de alteración psíquica”.*⁶⁸

Es de este modo como se encuentra fundamentada la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en relación con el contenido del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional. En él se establecía que sólo podría hacerse responder al Estado del mal uso del arma reglamentaria, cuando si bien se hubieran cometido los hechos en el domicilio del actor, se acreditara suficientemente, que el arma no debía de haber sido entregada al agente por carencia de las condiciones exigibles para su porte.

⁶⁷ JAÉN VALLEJO, MANUEL: *“Responsabilidad Civil subsidiaria del Estado (Art. 121 CP). 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 Criminología (RECP), p.3.

⁶⁸ FD 4º de la STS de 17 de septiembre de 2001 [VLEX- 15198252].

Es evidente que en el caso que nos ocupa, no se ha llevado a cabo una diligencia razonable ni suficiente, a la hora de reincorporar al agente, haciéndole entrega del arma reglamentaria. Hubiera sido sensato poner en cuestión el estado psíquico de Adriano, dadas las características de su trastorno, el tiempo en que se encuentra ausente de sus actividades laborales por tal motivo, y la situación personal del mismo. Empieza a evidenciar irregularidades en su estado de ánimo y actitud acosadora con su mujer en el mismo momento en el que comienza la baja. Resulta intuitivo percibir la relación de ambas situaciones, justificándose una supervisión, bajo este juicio, de las actividades del mismo a fin de asegurar la misma Administración la idoneidad psíquica de Adriano más allá de la apreciación médica de no requerir seguimiento.

2.2. Posible responsabilidad médica.

En este punto, se plantea algo interesante. Si bien no debería justificarse la inatención al deber de vigilar por parte de la Administración es cierto que no es ésta, estrictamente, la que aporta el alta a Adriano. Esto permite plantearnos una posible responsabilidad médica en concepto de negligencia o imprudencia de su deber de cuidado. Apremiar tal responsabilidad sobre el médico, no cambiaría el resultado anterior, en tanto que éste sigue siendo un funcionario de la Administración, miembro del Cuerpo Militar de Sanidad.

A este respecto, para poder determinar una posible responsabilidad del médico debemos esclarecer qué es un trastorno adaptativo con predominio de clínica ansiosa. Nos entramos en este porque en el mismo se incluyen elementos relativos al estrés. Se define como estados de malestar subjetivos acompañados de alteraciones emocionales que, por lo general, interfieren con la actividad social y que aparecen en el período de adaptación a un cambio biográfico significativo o a un acontecimiento vital estresante. Este trastorno suele manifestarse de formas variadas: ansiedad, humor depresivo, preocupación o mezcla de todas. Deriva en un sentimiento de incapacidad para afrontar los problemas. El enfermo puede presentar manifestaciones dramáticas, así como explosiones de violencia, aunque resulta poco frecuente. Los síntomas suelen aparecer al mes de acontecer el cambio biográfico y la duración de los mismos no suele exceder los seis meses, salvo en el caso de la reacción depresiva prolongada. Las pautas para determinar el diagnóstico son:⁶⁹

1. Forma, contenido y gravedad de los síntomas.
2. Antecedentes y personalidad.
3. La crisis biográfica o acontecimiento estresante.

Adriano abandona el domicilio conyugal el 20 de noviembre de 2016 y el 2 de diciembre se le remite la petición de divorcio de su mujer. A partir del 3 de diciembre empieza la actitud acosadora ya descrita. Es decir, después del cambio biográfico de abandono de su hogar, a los escasos 13 días empiezan a evidenciarse las primeras alteraciones emocionales, lo que coincide con el periodo en que se inicia la baja. En el mismo cuadro médico se acoge la posibilidad de que sucedan explosiones violentas. Adriano se encuentra en situación de baja laboral unos ocho meses. Durante esos ocho meses suceden los hechos de acoso que el médico bajo seguimiento debió de percibir. Sin embargo, en julio de 2017 le concede el alta dejando constancia expresa de la no necesidad de seguimiento médico, siendo dos meses más tarde cuando dispara contra su mujer.

⁶⁹ CIE-10: “Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud”, F 40-49 Trastornos neuróticos, secundarios a situaciones estresantes y somatomorfos, F43.2.

En virtud de lo expuesto, la regla general de duración de este trastorno es de seis meses, sin embargo, Adriano soporta dos meses más de baja. Además, hemos dicho, que la excepción a la regla general la aportaba la reacción depresiva prolongada. Ésta se presenta tras una exposición prolongada a una situación estresante y su duración no excede de dos años. Así, es como no parece descabellado apreciar negligencia imprudente por parte del médico que podía, y dados los hechos acontecidos, debía prolongar la baja de Adriano hasta que realmente hubieran cesado las alteraciones emocionales que ya habían sobrepasado el límite general.

En conclusión, el médico lleva a cabo una actitud activa mediante la autorización del alta pese a haberse evidenciado, en los hechos realizados posteriormente por el paciente, la necesidad de continuación del tratamiento. Lo anterior equivale a que la conducta imprudente se funda en la omisión del deber de seguimiento. La graduación de tal imprudencia como es histórico en nuestro Derecho Penal responde a dos categorías: leve o grave. Habrá de atenderse, para ello, a ciertos criterios: importancia de los bienes afectados, probabilidad estadística entre la acción y el resultado, el grado de previsión del riesgo etc.⁷⁰

Todo lo anterior, hace referencia a la responsabilidad subsidiaria del Estado entendiendo que Adriano ha estado de baja ocho meses ya que la redacción del caso no es clara. En este sentido, cabe especificar que de no considerarse que haya estado de baja el tiempo anterior sino únicamente dos meses, tal hecho reforzaría el argumento expuesto. Esto es así, porque el primer mes volvería a coincidir con el inicio de las actuaciones acosadoras las que se prolongan seis meses. Esto demostraría que el médico incurre en cierta negligencia al calificar el estado psíquico de Adriano como válido cuando se evidencia en su comportamiento hacia Agripina las referidas alteraciones emocionales. De este modo, el primer mes en el que desarrolla las actuaciones propias del acoso habría estado bajo seguimiento médico, sin apreciarse por éste, el carácter duradero de su trastorno adaptativo. Es así como, en los sucesivos cinco meses, una vez ya dado de alta de esa primera baja, la actitud de Adriano, en estos términos, persiste. Posteriormente, volvía a abandonar sus actividades laborales en el mes de julio (dos meses antes de los hechos que motivan su responsabilidad en relación al delito de lesiones). Implica, lo expuesto, que el médico no habría actuado con el deber de cuidado que resulta exigible. Pasando por alto, no una sino dos veces, el estado psíquico alterado de Adriano.

⁷⁰ GÓMEZ RIVERO, M. C.: *La responsabilidad penal del médico*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp.352 y 377.

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.

3.1.El centro de destino.

El artículo 10 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario⁷¹, define el establecimiento penitenciario como una entidad arquitectónica, administrativa y funcional, con organización propia. El art. 12.2 de la LOGP⁷² establece un máximo de 350 internos por unidad. En un centro penitenciario existen varias unidades. Los establecimientos según el art. 7 de la LOGP se diferencian en: preventivos, de cumplimiento de penas (piedra angular del sistema penitenciario) y especiales.

A la par, el art. 9 de la LOGP expresa: *“Los establecimientos de cumplimiento son centros destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad. Se organizarán separadamente para hombres y mujeres y serán de dos tipos: de régimen ordinario y abierto.”*

La Junta de Tratamiento propondrá al Centro Directivo, el cual se corresponde con la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP), el centro de destino. La regla general es que cumpla la condena en el centro de cumplimiento más cercano a su domicilio habitual (art. 40 del CC). El centro anterior podrá depender del grado en el que se le clasifique.⁷³

El criterio determinante al que se recurre a la hora de distribuir a la población penitenciaria es la seguridad y orden interno del establecimiento. Por ello, numerosos presos cumplen condena en cárceles situadas fuera de sus provincias residenciales.

Cabe señalar, que la asignación de un centro de destino inicial no es inamovible, ya que dependerá del posterior comportamiento del penado o de las posibles contingencias que puedan surgir, y así alteren, la seguridad y orden interno. En estos supuestos, se podrá trasladar al penado con el objetivo de cumplir el interés principal. El art. 31 del RP otorga competencia al Centro Directivo para decidir en materia de traslados, sin perjuicio de las atribuciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP).

La regla general que atribuye el centro de cumplimiento más cercano al domicilio habitual encuentra su fundamento principal en el art. 25 de la CE⁷⁴: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”*. En las mismas líneas se pronuncia el art. 1 de la LOGP: *“Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados (...).”*

Implícito en la constitución se aprecia la imposibilidad de configurar penas excesivamente largas que produzcan menoscabo de las capacidades sociales que obste el fin constitucional. Por un lado, las penas excesivamente cortas, en tono crítico, implica un contagio criminal y desarraigo social y familiar. Estos efectos no quedan

⁷¹ BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1996, Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario; en adelante RP.

⁷² BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

⁷³ RÍOS MARTÍN, J. C.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Constitución y leyes S.A., 5º Edición, 2009, pp. 67 a 69.

⁷⁴ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

compensados por el tratamiento que el reo pudiera recibir en prisión. Por otro lado, es opinión unánime entre muchos profesionales que las penas superiores a quince años producen deterioros psíquicos irreparables para quien lo sufre.

En definitiva, tal previsión constitucional obliga a la Administración Penitenciaria a que fomente y proteja los vínculos sociales, favoreciendo un contacto activo entre el penado y la comunidad. El desarraigo social puede entorpecer el proceso de integración que deberá resultar en la reinserción mandada por la CE. Así, la referida Administración fijará los establecimientos dentro de las áreas territoriales que se designen, en todo caso, procurando que exista un número suficiente *“para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”*⁷⁵.

El cumplimiento de la pena en la cárcel se justifica por el tratamiento que recibe el penado cumpliéndose así, con uno de sus fines (prevención especial). El tratamiento, a grandes rasgos, persigue que el reo sea capaz, una vez éste finalice, de convivir en la comunidad respetando las reglas de conducta que la configuran. Por esto, mantener los vínculos familiares y sociales es importante. Además, no puede obviarse cuál será el entorno social al que habrá de tornar una vez se agote la pena. De no tenerse en cuenta tal entorno el éxito del tratamiento se verá frustrado (art. 63 de la LOGP).

En virtud de lo explicado y de la plasmada preferencia por el destino más próximo al domicilio habitual, Adriano deberá determinarse entre algunos de los centros que se sitúen dentro de su ámbito social. Por ende, en su misma provincia o CCAA. Debemos advertir, llegados a este punto, lo establecido en el art. 8 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: *“El cumplimiento de la prisión preventiva y de las penas privativas de libertad por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se realizarán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de detenidos o presos”*.⁷⁶ El mandato anterior implica el ingreso de Adriano en un FIES - 4 reservado a internos que son o fueron profesionales de las Fuerzas de Seguridad y funcionarios de Instituciones Penitenciarias (IIPP). Esta previsión se establece con la finalidad de evitar problemas de convivencia ulteriores en la prisión, ya que de no preverse tales sujetos cumplirían condenada con otras personas a las que, en el ejercicio de sus funciones, podrían haber encarcelado. Lo anterior tras la reforma del RP mediante el Real Decreto 419/2011⁷⁷, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, queda recogido en una nueva Instrucción sobre esta materia (12/2011)⁷⁸.

3.2.La clasificación en grado.

En nuestro sistema penitenciario y en virtud del art. 72. 1 de la LOGP rige: *“el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.”* La idea principal es dividir el cumplimiento de la pena privativa de libertad en distintas etapas, representando cada una de ellas, un régimen más liberal para el reo. Este sistema parte, sobre todo, de las características del penado para determinar su clasificación inicial y posibles progresiones.

⁷⁵ Artículo 12 de la LOGP.

⁷⁶BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986, Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; en adelante LOFYCS.

⁷⁷ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2011, páginas 32108 a 32111.

⁷⁸<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/instrucciones/>.

La adscripción del penado en uno u otro grado determinará a su vez el tipo de tratamiento y el régimen de cumplimiento. Además, la evolución personal del reo durante el tratamiento producirá una nueva clasificación (progresión o regresión), con la consecuente propuesta de traslado si correspondiese (art. 65.1 de la LOGP).

Existen tres grados de clasificación. La doctrina viene considerando la libertad condicional como un cuarto grado. Así, el art. 101 del RP establece el régimen de cumplimiento que corresponde a cada grado:

- Los clasificados en primer grado cumplirán la pena en régimen cerrado.
- Los clasificados en segundo grado cumplirán la pena en régimen ordinario.
- Los clasificados en tercer grado cumplirán la pena en régimen abierto y en cualquiera de las modalidades que aporta: secciones abiertas, centros de inserción social (CIS- art. 163 RP), unidades dependientes (art. 165 RP), unidades de madres (art. 178 RP) y unidades extrapenitenciarias (art. 182 RP).

La clasificación en uno u otro grado equivale a un régimen de vida penitenciaria más o menos duro. De este modo, se clasifica en primer grado a aquellos reos que representen una peligrosidad extrema o inadaptación al régimen ordinario. El art. 91 del RP establece dos modalidades en el sistema de vida del régimen cerrado:

1. Módulos de régimen cerrado situados en establecimientos polivalentes.
2. Departamentos especiales situados en centro de cumplimiento en régimen ordinario.

En este régimen la vida penitenciaria se encuentra sometida a un mayor control y vigilancia, lo que implica menor tiempo de salida a patios, mayor tiempo de aislamiento en celda, cacheos y registros diarios etc. (art. 93 del RP).

Se clasifica en segundo grado, por defecto, no solo a los penados ordinarios sino también a los penados sin clasificar y a los presos preventivos. Es el régimen más común como indica su nombre. En éste, se fomenta el trabajo y tanto formación personal como profesional de los internos.

Por último, en tercer grado, los presos se encuentran en una zona intermedia entre la libertad y el encierro. La idea es ir derivando en el recluso cada vez un mayor grado de libertad y responsabilidad. Así, los permisos aumentan exponencialmente en este grado, pudiendo salir del centro para trabajar o realizar actividades laborales, formativas, familiares etc. que hayan sido planificadas por la Junta de Tratamiento.

Se abre la posibilidad de combinar distintos aspectos que informan la vida de cada régimen con el debido control que de ello debe realizar el JVP, con el fin de flexibilizar este sistema. Debe de respetarse en todo momento el derecho de los internos a ser clasificados en el grado que les corresponde y, consecuentemente, en el régimen de cumplimiento previsto (art. 100.2 del RD).

Esta graduación se lleva a cabo mediante un proceso administrativo denominado clasificación. Tal y como establece el art. 62 LOGP: *“La clasificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará”*. Es importante a tal fin que el penado aporte el

testimonio de la sentencia en el momento de su ingreso, sobre todo, en relación a penas cortas.⁷⁹

El proceso administrativo aludido se regula en el art. 103 del RP. Comienza con la iniciativa de la Junta de Tratamiento. Ésta en un plazo de dos meses desde que ingrese el penado en prisión habrá de formular una propuesta de clasificación (art. 102.1 y 103.2 del RP) y destino concreto (Instrucción 9/2007)⁸⁰. Para decidir cuál es el grado de clasificación que corresponde habrán de observarse, como se ha señalado, aspectos familiares, sociales, laborales etc. durante un determinado periodo. No se aporta ningún criterio temporal que delimite ese periodo de observación más que el general de 2 meses para presentar la propuesta.⁸¹

El art. 64.1 LOGP establece a este respecto que habrá de recopilarse la mayor información mediante, documentos, entrevistas (con el trabajador social, psicólogo, educador social etc), observación directa del comportamiento del penado etc. En concreto será el equipo de observación (art. 69 de la LOGP), el que realice tal tarea. El art. 70 de la misma ley prevé para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento que exista una Central Penitenciaria de Observación donde actúa un equipo técnico de especialistas.

Una vez medie sentencia condenatoria, se completa lo anterior con un estudio científico de la personalidad del penado que permita fundamental el grado, tratamiento y destino que corresponda. A este respecto el art. 112 del RP determina que “*el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad.*” No significa que pueda rechazar someterse al tratamiento.

Cabe añadir que el protocolo de clasificación penitenciaria debe contener un programa individual de tratamiento destinado a dar cobertura a las necesidades y carencias observadas en el interno. En tal programa se dejará constancia expresa de los destinos, actividades, programas educativos, trabajos y actividades ocupacionales u otras que deba realizar el penado (apartado tercero art. 103 del RP).

Adquiere especial relevancia la diligencia que debe exigirse a la hora de recopilar los datos anteriores y elaborar el programa individualizado de tratamiento, ya que cualquier omisión puede suponer la clasificación del penado en un régimen más restrictivo que el que resultaría propio a sus circunstancias.

Una vez que la Junta de Tratamiento elabora su propuesta ésta se deriva al Centro Directivo (DGIP). Es decir, es el Centro Directivo quien resuelve en firme sobre los extremos expuestos. Debe de resolver por escrito y de forma motivada en un plazo de dos meses desde la recepción de la propuesta inicial. Sin perjuicio, de que el plazo anterior pueda ser ampliado en situaciones excepcionales que hagan necesaria una continuación del periodo de observación por motivos razonables (apartado sexto art. 103 RP). En principio, pues, el límite general será de 4 meses (dos para presentar la propuesta y otros dos para la resolución del Centro Directivo). La resolución adoptada por este último se notificará a la persona afectada para que pueda hacer uso de su derecho a recurso frente al JVP (art. 76.2.f de la LOGP)

⁷⁹ RÍOS MARTÍN, J. C.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*; Constitución y Leyes S.A, *op.cit.* pp. 87 a 89.

⁸⁰ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/instrucciones>.

⁸¹ RÍOS MARTÍN, J. C.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Constitución y Leyes S.A, *op. cit.* pp. 92.

En caso de recurso ante el JVP es importantísimo que se le traslade toda la información recopilada por la Junta de observación que sirve de base para tomar la decisión recurrida. Es más, el juez, no tiene por qué limitarse a la información anterior sino que podrá él mismo contar con el asesoramiento de médicos y otros profesionales si lo estimase oportuno. A su vez, cabe ante todos los autos del JVP un recurso de reforma ante el mismo en el plazo de tres días desde que se recibe su pronunciamiento. Así mismo, si se trata de materia de clasificación en grado cabe siempre recurso de apelación o queja ante el tribunal sentenciador. Los legitimados activamente para presentar tales recursos son el Ministerio Fiscal (MF) y el mismo interno.⁸²

Como ya se había advertido el sistema de individualización científica aportaba a la clasificación de grados cierto dinamismo. Es por esto, que son posibles tanto las regresiones como las progresiones. El art. 65. 2 LOGP establece que tales variaciones vendrán justificadas por la evolución del tratamiento. El criterio temporal lo aporta el apartado cuarto del artículo mencionado, dejando de relieve que como máximo cada seis meses habrá de revisarse la clasificación mediante un estudio individual de los internos. El art. 108 del RP, sin embargo, regula casos concretos en los que la regresión en grado será automática.

En conclusión, parece que Adriano habrá de ingresar en prisión para cumplir la condena en un régimen ordinario y por tanto, clasificado en segundo grado. Este como ya hemos dicho es el más habitual. Resulta improcedente su clasificación en primer grado en tanto que no cumple con los criterios que se aportan a priori “peligrosidad extrema e inadaptación al régimen ordinario”. A posteriori, sería posible que su inadaptación fundamentara una regresión en grado. Y, si bien en principio no habría ningún problema por clasificar inicialmente a Adriano en tercer grado, tal extremo supondría bajo este juicio, un trato demasiado permisivo dados los hechos acontecidos. Debemos dejar constancia, de que esta clasificación es, en todo caso, aproximada e hipotética, dada la falta de información respecto a los documentos, entrevistas y demás datos útiles a tal fin.

3.3.FIES.

Como ya había sido adelantado en el punto primero de esta pregunta, la condición profesional de Adriano (Guardia Civil) nos obliga a prever su ingreso en un FIES, en concreto, en el grupo 4 destinado, entre otros, a tales sujetos. El art. 16 de la LOGP establece que: *“Cualquiera que sea el centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento”*. En consonancia, el art. 99 del RP dispone lo siguiente: *“Respecto de la separación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los militares que sean internados en Establecimientos penitenciarios comunes, deberá observarse lo dispuesto en la legislación correspondiente”*. En así, como en atención al art. 8 de la LOFYCS se preveía la inclusión de éstos en el referido FIES.

Mediante la reforma del Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, se habilita mediante su inclusión en el artículo 6 de la Instrucción 6/2006⁸³, la posibilidad de que la

⁸² RÍOS MARTÍN, J. C.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Constitución y Leyes S.A, *op. cit.* P. 93.

⁸³ <http://preparador.webcindario.com/Archivos/descargas/circulares-prisiones/2006/I%202006-06%20%20Protocolo%20en%20materia%20de%20seguridad.pdf>.

Administración Penitenciaria constituya ficheros que garanticen la seguridad y orden en el centro. Deja constancia, en añadido, de que la inclusión de los presos en tales ficheros no podrá suponer un régimen de vida más duro ni distinto al que le correspondiera ordinariamente (art. 6. 4 del RD 419/2011). La Instrucción anterior queda derogada por la siguiente, excepto en la materia relativa al régimen cerrado, de control y prevención de incidencias.

La Instrucción 12/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias⁸⁴ define tales ficheros como una base de datos que fue creada en base a la necesidad de disponer de una amplia información sobre determinados colectivos de internos dada su alta peligrosidad o dada su necesidad de protección especial. Almacenan datos relativos a la situación procesal, penal y penitenciaria de los sujetos y tienen naturaleza administrativa. En estas líneas, se concibe como una extensión del expediente personal penitenciario. Es un instrumento más del que la Administración Penitenciaria se vale para la consecución de su principal interés: mantener la seguridad y orden interno.

La base de datos se configura en distintos grupos en atención a las características delictivas de cada sujeto y repercusión social de los delitos cometidos:

1. FIES - 1 (CD).
2. FIES - 2 (DO).
3. FIES - 3 (BA).
4. FIES - 4 (FS).
5. FIES - 5 (CE).

En el colectivo FIES 1 - CD (Control directo), se incluyen internos especialmente conflictivos o peligrosos, protagonistas e inductores de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personal ajeno a la Institución, tanto dentro como fuera del centro con ocasión de salidas para traslados, diligencias u otros motivos.

En el colectivo FIES 2 - DO (Delincuencia organizada), se incluyen internos ingresados en relación con delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales conforme a los conceptos fijados por el Código penal (art. 570 bis y 570 ter). Se encuentra también dentro de éste a aquellos internos de alto potencial de peligrosidad condenados por su vinculación a asociaciones ilícitas.

En el colectivo FIES 3 – BA (Bandas armadas), se incluyen a los internos por su vinculación a tales bandas o elementos terroristas. En este mismo se aúna en suma a aquéllos que colaboren o apoyen a estos grupos según los informes de las Fuerzas de Seguridad.

En el colectivo FIES 4 – FS (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de Instituciones Penitenciarias), se incluye a los internos que pertenecen o han pertenecido al cuerpo de funcionarios de tales instituciones (art. 8 LOFYCS).

Por último, en el colectivo FIES 5 – CE (Características especiales), se incluyen a distintos grupos de internos que en virtud de sus características criminológicas o penitenciarias, precisan un especial seguimiento por las ya indicadas razones de seguridad.

⁸⁴<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/instrucciones/op.cit>.

La información que recauda el fichero lo recibe de distintas instituciones: centro penitenciario (expediente, protocolo, otros informes), otras unidades de las Secretarías General etc. Es el Centro Directivo el que decide sobre el alta o baja en el Fichero, el cual dejara constancia de lo que decida en el expediente personal del interno. Es por ello, que una vez que tenga conocimiento del ingreso de un sujeto que cumple con algunas de las circunstancias anteriores, se habrá de remitir al Centro Directivo toda la información necesaria para su inclusión. Una vez se tome la decisión se dará conocimiento al penado de su derecho a plantear recurso y otros.

En conclusión, queda claro que Adriano no podrá cumplir la pena de prisión de otra forma que no sea incluyéndolo en el fichero del colectivo 4 reservado para sujetos de su condición por necesidad de protección especial. Conviene recordar, en este momento, que tal inclusión no puede representar un régimen de vida más duro al que le correspondiera de forma ordinaria. Es decir, no podrá encubrir un régimen más duro al ordinario o segundo grado, el cual se estimó oportuno para Adriano en el apartado anterior de esta pregunta.

3.4.El tratamiento penitenciario.

En este punto deberá atenderse a la posibilidad de que Adriano reciba un tratamiento específico en la cárcel tras la naturaleza de los delitos cometidos. Al realizar lo delitos en el ámbito familiar resultaría conveniente orientar el tratamiento hacia este ámbito con el propósito de otorgar herramientas y pautas de conducta que impidan, en un futuro, la reiteración de los mismos hechos u otros similares

El tratamiento se regula en el Título III de la LOGP. El Art. 59 de la LOGP define el tratamiento como *“un conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social”*. Ya hemos expresado con anterioridad que la finalidad del tratamiento es la de hacer del interno un sujeto con capacidad de vivir en respeto a las leyes penales y, asimismo, sufragar sus necesidades (art. 63 de la LOGP). Es decir, se trata de desarrollar una actitud de respeto en términos generales. El RP añade que la Administración Penitencia puede así mejorar las expectativas de preparación de los reclusos para la vida en libertad. Tal objetivo conlleva habilitar programas y actividades específicos que impidan que el tiempo transcurrido en prisión pueda calificarse como tiempo perdido.

La adecuación del concepto anterior a la realidad actual penitenciaria viene de la mano del RP el cual prima el componente resocializador frente al componente de tipo clínico. Por esto, si bien incluye actividades terapéutico-asistenciales también atiende a actividades formativas, educativas, socioculturales, recreativas y deportivas. Concibe la reinserción constitucional como un proceso de formación integral de los sujetos privados de libertad.

En este sentido, el art. 61 de la LOGP resalta la conveniencia de fomentar la participación del sujeto penado en su tratamiento. El art. 62 expone los principios que informan al tratamiento penitenciario, entre los cuales podemos resumir que se contempla: un estudio científico de la personalidad del sujeto que aporte un juicio inicial combinado con un diagnóstico de personalidad criminal; el tratamiento será individualizado mediante estudios psíquicos, pedagógicos, sociales etc; será completo ya que exige la integración de varios métodos médico - biológicos de estudio; programado (intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método, distribución de los quehaceres etc); y, tendrá un carácter continuo y dinámico que dependerá de la evolución del penado (art. 65 de la LOGP).

Una vez que se aprueba un programa de tratamiento éste es ejecutado por el Equipo técnico (art. 275. a del RP). El art. 69. 2 de la LOGP en relación al art. 111. 3 RP, permite la participación de entidades públicas y privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos. En armonía, la Administración Penitenciaria tendrá que tener en cuenta los recursos existentes en la comunidad para la ejecución de las actividades que configuren el tratamiento (art. 113.2 del RP).

Las actividades que pueden configurar el tratamiento se regulan en los arts. 113 y siguientes del RP, sin constituir lo que allí se exprese, un régimen cerrado de actividades o *números clausus*, dada la generalidad contenida en el art. 60. 2 LOGP: *“deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades”*.

El art. 114 del RP abre la posibilidad de realizar salidas programadas, mientras que el 115 del mismo reglamento ofrece la oportunidad de establecer programas basados en el principio de comunidad terapéutica. El art. 116 expone la posibilidad de que la Administración Penitenciaria establezca programas de actuación individualizada como podría ser, por ejemplo, en relación a la violencia de género. El art. 117 de RP por su parte establece una serie de medidas regimentales para la ejecución de programas especializados para penados clasificados en segundo grado. Éstos revisten un bajo grado de peligrosidad o de posibles quebrantamientos de condenas lo que permite confiar en la idoneidad de que, fuera del centro penitenciario, acudan a instituciones exteriores regularmente para realizar programas concretos. La medida anterior habrá de ser planificada por la Junta de Tratamiento.

En la realización de estos programas se hace imprescindible que medie el consentimiento del penado, así como su compromiso formal de respeto al régimen de vida de las instituciones de acogida y medidas de seguimiento y control que se establezcan. Se establece un límite temporal a tales salidas y es que no podrán superar las ocho horas, debiendo ser autorizadas por el JVP o si fueran, irregulares o puntuales, por el Centro Directivo. Tal autorización, que habilita al penado a participar en estos programas, podrá ser revocada en los casos en que el interno rechace someterse al mismo revocando su consentimiento, incumpla las condiciones establecidas u otras circunstancias lo aconsejen.

Lo que se pretende con estos programas concretos es dar respuesta a aquellas carencias del sujeto o necesidades que pudieron haberle conducido a la comisión de determinados delitos y que no se ven auxiliadas por los programas más genéricos (educativos, formativos, culturales etc.). Dentro de estos programas encontramos los siguientes campos de actuación: régimen cerrado, agresiones sexuales, violencia de género, extranjeros y drogodependencias.⁸⁵ Se hace necesario destacar los programas de desarrollo personal entre los cuales se encuentran los programas de apoyo e intervención psicológica, manejo de conflictos, expresión de emociones y de control de ansiedad. Éstos tienen como objetivo enseñar técnicas especializadas a nivel cognitivo, fisiológico, emocional etc.

⁸⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, 2011. *La seguridad en los establecimientos penitenciarios*.

En estos términos, existe un programa específico de intervención para agresores (PRIA)⁸⁶ que han cometido delitos de violencia de género. Este programa fue aplicado por primera vez en el ámbito penitenciario entre los años 2001 y 2002. En 2004 se realiza una revisión y actualización por parte de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Así, nace el manual “Programa de Tratamiento de Prisión para Agresores en el Ámbito Familiar”, publicado dentro de los “Documentos Penitenciarios”. Se caracteriza por un tipo de intervención clínica con base en la metodología cognitivo-conductual.

En definitiva, mediante el programa anterior que integra aspectos clínicos y otros educativo-motivacionales, se consigue diseñar un programa que tiene por finalidad la eliminación de cualquier conducta violenta dentro de la pareja. No podría conseguirse el propósito anterior, de no prever en suma, la modificación de todo tipo de pensamiento, actitud o creencia relativa a los estereotipos de género. No sólo ahonda en las posibles soluciones, sino que también trata las dimensiones de este problema social. Se incorpora en el mismo una tipología de maltratadores y aquellas experiencias ya vividas en la intervención de éstos. Existen programas de esta naturaleza tanto dentro de prisión como externos.

Expone el mismo documento un Programa de Reeducción para Maltratadores de Género que ha sido desarrollado en la Unidad de Psicología Forense de la Universidad de Santiago de Compostela. Persigue la reeducación psicosocial de este tipo de agresores, principalmente mediante el aprendizaje y dotando al sujeto de otras habilidades útiles a tal fin. Su estructura es la siguiente:

- Módulo 1. Aceptar la responsabilidad de las conductas violentas.
- Módulo 2. Logro de un adecuado ajuste psicológico.
- Módulo 3. Modificación de creencias irracionales en torno al género y al empleo de la violencia.
- Módulo 4. Fomento del respeto a la mujer: Derechos de las mujeres vs. Obligaciones de los hombres.
- Módulo 5. Internalización de conductas adaptativas.
- Módulo 6. Mantenimiento y generalización.

Los datos que resultan de la evaluación de los programas permiten tanto establecer cuáles son las intervenciones más eficaces, como qué módulos resultan más convenientes al proporcionar mayores beneficios al sujeto.

En relación al caso y en conclusión, no cabe duda, de que sería más que útil en base al perfil personal de Adriano, el cual venía sufriendo la ya tratada depresión, que su tratamiento atendiera a programas de desarrollo personal, así como a programas específicos orientados a la violencia de género que, por ejemplo, pudieran consistir en su participación en instituciones que presten asistencia y apoyo a las víctimas que resultan de tal suceso.

⁸⁶http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Doc_Penitenc_7_Violencia_de_gxnero_Acc.pdf

CONCLUSIONES FINALES

En virtud de todo lo explicado, a modo resumen, realizaremos las conclusiones finales del caso destacando los puntos esenciales que han sido objeto de análisis en las distintas cuestiones. Quedarán, pues, plasmadas las bases esenciales que configuran las distintas responsabilidades en las que podría haber incurrido Adriano:

1. La calificación jurídica de los hechos y posibles sanciones a imponer.

Adriano, en primer lugar, resulta responsable de un delito de acoso (art. 172 ter del CP). Es así, en tanto que desarrolla una serie de conductas tendentes a controlar la vida de Agripina. Finge encuentros causales, quiere conocer en todo momento dónde y con quién está etc. Desarrolla tal conducta, principalmente, mediante el envío diario de numerosos mensajes, de forma insistente y reiterada. Esta actitud se prolonga durante aproximadamente 6 meses. Tras la repetida negativa de Agripina de retomar su relación con Adriano, éste se torna cada vez más controlador. Agripina llega incluso a bloquear el Whatsaap con la intención de dar fin a tal invasión mientras que Adriano crea un perfil falso de Facebook mediante el cual se evidencia la continuidad que exige el precepto en las actuaciones que describe. Esto, a su vez, da lugar a percibir la alteración grave de la vida cotidiana de Agripina.

El apartado segundo del citado artículo, ofrece una pena alternativa. Bajo esta opinión, se establece la conveniencia de la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. Tal preferencia se funda en que si bien el delito se comete, éste se afirma más que por la gravedad de los hechos aislados por la continuidad de los mismos. Al respecto de este delito, no se aprecian agravantes ni atenuantes, sin perjuicio de haberse contemplado la posibilidad de imponer las penas accesorias contempladas en los arts. 56 y 57 del CP, aunque haya sido apreciado por este juicio que la gravedad de los hechos no motiva la imposición de otra accesoria que no sea la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Tratamiento distinto recibe el delito de lesiones contemplado en el art. 148 del CP. Tras haberse analizado en profundidad la posible existencia de una tentativa de asesinato dada la concurrencia de alevosía y falta de resultado de muerte, ésta decae en el momento en que aparece el desistimiento (art. 16 del CP) que se convierte en un arrepentimiento eficaz propio de la tentativa acabada: tras haber realizado todos los actos dirigidos a la ejecución del delito realiza un acto contrario a los anteriores que evita su consumación (llamada a los servicios de emergencia). De este modo, los hechos nos dirigen a un delito de lesiones, de carácter grave, contemplado en el artículo 147.1 tras concurrir objetivamente la necesidad de recibir, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico y quirúrgico, para su curación. Fue el *modus operandi* (arma de fuego y disparos por la espalda [alevosía]), así como la relación conyugal existente entre las partes, lo que nos permitió dirigirnos al precepto 148 del CP apartados 1º, 2º y 4º. Así, se permitía imponer una pena de prisión de dos a cinco años atendiendo al resultado causado o riesgo producido. En suma, Adriano procede a confesar los hechos dando cuenta a su superior jerárquico de lo ocurrido, por lo que cabe apreciar una atenuante de confesión, que produce una rebaja de la pena en su mitad inferior dadas las reglas contempladas en el art. 66 del CP. Así, el marco abstracto se reduce desde 2 a 3 años y medio, pareciendo prudente la imposición de la máxima pena posible: 3 años y medio de prisión. En relación a las penas accesorias, cabría apreciar tal y como es explicado, tanto una inhabilitación especial para la patria potestad como para el empleo o cargo público (art. 56 del CP). Así mismo, el art. 57 del CP obliga a

imponer la prohibición de aproximación en aquellos delitos cometidos en el ámbito familiar, sin perjuicio de que, dada la gravedad del delito cometido y las posibles secuelas que de él se deriven tanto para la niña, como para la víctima y familia, puedan apreciarse las otras dos: prohibición de comunicación y prohibición de acudir y residir en determinados lugares.

Con apoyo en el art. 39 del CP, más que conveniente se torna la imposición de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas en su duración máxima dado el uso sumamente negligente que Adriano hace de su arma reglamentaria (art. 40 del CP). Habrá de tenerse en cuenta, precisamente, su condición de Guardia Civil en tanto que su mismo trabajo implica la tenencia de armas que conviene limitar dados los antecedentes delictivos.

En relación a lo explicado, el art. 109 establece lo siguiente: *“La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.”* Hablamos de la responsabilidad civil derivada del delito. El contenido de tal responsabilidad se regula en el art. 110 del CP. La misma comprende distintos conceptos: restitución, reparación del daño y la indemnización por perjuicios morales y materiales. Por esto, Adriano deberá de responder por los daños y perjuicios causados en concepto de indemnización. En relación a la cuantía, no es objeto de este estudio proporcionar una cifra exacta. En todo caso, no parece descabellada la hipótesis, dada la descripción de los hechos, de que deberá de construirse la suma de la cuantía en atención al coste médico de las intervenciones necesarias para la curación de las lesiones y las posibles secuelas psicológicas, frecuentes en los delitos violentos y de sangre. Estas últimas, no se refieren solo a las sufridas por la agredida, sino a las sufridas por la niña y resto de familiares si fuera el caso. En definitiva, mediante los informes periciales que se aporten durante el proceso penal se determinará la cuantía exacta.

2. La responsabilidad subsidiaria del Estado.

Del art. 121 del CP se extrae la posibilidad de que recaiga sobre el Estado la responsabilidad civil derivada cuando el delito sea cometido por alguno de sus dependientes, como en este caso Adriano (Guardia Civil). Sin embargo, no responde por cualquier ilícito cometido por éstos. Que sea subsidiaria evidencia que no podrá procederse a tal reclamación salvo que el actor principal incurra en algún tipo de insolvencia parcial o total. En principio, sólo responderá el Estado, cuando los hechos se hayan cometido por sus dependientes durante el ejercicio de su cargo, siendo además, la lesión ocasionada una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. Este concepto, fue ampliado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS en 2002, permitiendo derivar tal responsabilidad al Estado cuando los hechos se hayan cometido, no sólo fuera del servicio ordinario de tales sujetos, sino en sus propios domicilios. La ampliación anterior se condiciona a que se demuestre que el sujeto en cuestión no contaba con las condiciones necesarias para la posesión de armas.

Tal y como se explica a lo largo del trabajo, hubiera sido sensato poner en cuestión la idoneidad de Adriano para tal posesión y reintegración a su puesto de trabajo, dadas las características de su cuadro psíquico. Además, empieza a evidenciar irregularidades en su estado de ánimo y actitud acosadora con su mujer en el mismo momento en el que comienza la baja. Resulta intuitivo, por tanto, percibir la relación de ambas situaciones, justificándose una supervisión, bajo este criterio, de las actividades del mismo a fin de

asegurar la propia Administración la idoneidad psíquica de Adriano más allá de la apreciación médica de no requerir seguimiento.

En suma, ha sido objeto de análisis la posible responsabilidad del médico tras desatender el deber de cuidado que ha de preceder cualquier actuación médica. Esto no cambia el resultado anterior ya que éste sigue siendo un dependiente del Estado, por lo que, de apreciarse su responsabilidad, el Estado seguiría siendo el ente subsidiario que debe afrontar la responsabilidad civil. La regla general de duración del trastorno que sufre Adriano es de 6 meses; sin embargo, Adriano soporta dos meses más de baja. Además, hemos dicho, que la excepción a la regla general la aportaba la reacción depresiva prolongada. Ésta se presenta tras una exposición prolongada a una situación estresante y su duración no excede de 2 años. Así, es como no parece descabellado apreciar negligencia imprudente por parte del médico que podía, y dados los hechos acontecidos, debía prolongar la baja de Adriano hasta que realmente hubieran cesado las alteraciones emocionales que ya habían sobrepasado el límite general.

3. Centro de destino, grado y tratamiento penitenciario.

Dada la plasmada preferencia por el destino más próximo al domicilio habitual, Adriano deberá determinarse entre algunos de los centros que se sitúen dentro de su ámbito social. Por ende, en su misma provincia o CCAA. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que por su condición de Guardia Civil y en armonía con el art. 8 de la LOFYCS, Adriano habrá de cumplir condena en un FIES – 4 reservado a internos que son o fueron profesionales de las Fuerzas de Seguridad entre otros sujetos. Tal previsión se establece con la finalidad de evitar problemas ulteriores en la convivencia con otras personas a las que, en el ejercicio de sus funciones, podría haber encarcelado.

En cuanto al régimen de cumplimiento, dada la falta de peligrosidad extrema que justifique su inclusión en primer grado y tras apreciarse demasiado permisiva, dados los hechos, su clasificación en tercer grado, procede que Adriano se adscriba al régimen ordinario de cumplimiento y por tanto al segundo grado. Es claro, que tal clasificación es, en todo caso, aproximada dada la falta de información respecto a los documentos, entrevistas y de más datos útiles a tal fin.

Por último, en relación al tratamiento penitenciario, no cabe duda, de que sería más que útil en base al perfil personal de Adriano, el cual venía sufriendo la ya reiterada depresión, que su tratamiento atendiera a programas de desarrollo personal, así como a programas específicos orientados a la violencia de género. Con ello, se persigue la finalidad de dotar al sujeto de los mecanismos e instrumentos necesarios para evitar la futura comisión de hechos similares.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS EIBE, M. J.: “La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, 2005, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECP).

CIE-10: “Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud”, F 40-49 Trastornos neuróticos, secundarios a situaciones estresantes y somatomorfos, F43.2.

CONDE MUÑOS, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FARALDO CABANA, PATRICIA: “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)”, pp. 241 y 242. // <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/1939/AD-1-12.pdf?sequence=1>

FARALDO CABANA, PATRICIA: *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, 2011. *La seguridad en los establecimientos penitenciarios*.

GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M. A.; ALASTUEY DOBÓN, M. C.: *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GÓMEZ RIVERO, M. C.: *La responsabilidad penal del médico*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

JAÉN VALLEJO, MANUEL: “Responsabilidad Civil subsidiaria del Estado (Art. 121 CP). 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 Criminología* (RECP).

MARCOS MADRUGA, DE FLORENCIO: *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2º edición, enero 2011.

MARTÍNEZ QUIROGA, J. F.: “Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento”.

RÍOS MARTÍN, J. C.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Constitución y leyes S.A., 5º Edición, 2009.

VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, T., CARBONELL MATEU, J. C., CUERDA ARNAU, Mª. L., BORJA JIMÉNEZ, E., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derechos Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PÁGINAS WEB

<http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/boletines/boletinMensual/2017/home.htm>

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/instrucciones/>.

<http://preparador.webcindario.com/Archivos/descargas/circulares-prisiones/2006/I%202006-06%20%20Protocolo%20en%20materia%20de%20seguridad.pdf>.

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Doc_Penitenc_7_Violencia_de_gxnero_Acc.pdf

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

STS: de 8 de mayo de 2017 [ECLI: ES: TS: 2017:1647]; de 30 de septiembre de 2015 [ECLI: ES: TS: 2015/4122]; de 9 de julio de 2014 [ECLI: ES: TS: 2014: 2901]; de 19 de noviembre de 2014 [ECLI: ES: TS: 2014/5078]; de 22 de febrero de 2011 [ECLI: ES: TS: 20011: 1501]; 30 de enero de 2009 [ECLI: ES: TS: 2009: 133]; de 20 de octubre de 2008 [ECLI: ES: TS: 2008/5947]; de 29 de octubre de 2008 [ECLI: ES: TS: 2008: 5947]; de 22 de diciembre de 2008 [ECLI: ES: TS: 2008: 7270]; de 22 de enero de 2007 [ECLI: ES: TS: 2007/470]; de 20 de abril de 2007 [ECLI: ES: TS: 2007: 2392]; de 30 de mayo de 2007 [ECLI: ES: TS: 2007/4036]; de 14 de junio de 2007 [ECLI: ES: TS: 2007:3956]; de 21 de junio de 2007 [ECLI: ES: TS: 2007: 4461]; de 22 de febrero de 2006 [ECLI: ES: TS: 2006:802]; de 31 de marzo de 2006 [ECLI: ES: TS: 2006: 2374]; de 10 de octubre de 2006 [ECLI: ES: TS: 2006: 6195]; de 20 de diciembre de 2006 [ECLI: ES: TS: 2006: 7831]; de 18 de mayo de 2005 [ECLI: ES: TS: 2005/3202]; de 15 de julio de 2005 [ECLI: ES: TS: 2005: 4841]; de 13 de diciembre de 2005 [VLEX- 20067009]; de 16 de diciembre de 2005 [ECLI: ES: TS: 2005: 7650]; de 27 de diciembre de 2005 [ECLI: TS: 2005/7671]; de 11 de marzo de 2004 [ECLI: ES: TS: 2004: 1666]; 16 de mayo de 2003 [ECLI: ES: TS: 2003: 3323]; de 22 de abril de 2002 [ECLI: ES: TS: 2002/2861]; de 19 de septiembre de 2002 [ECLI: ES: TS: 2002: 5977]; de octubre de 2002 [ECLI: ES: TS: 2002: 6951]; de 17 de septiembre de 2001 [VLEX- 15198252]; de 7 de noviembre de 2001 [ECLI: ES: TS: 2001: 8959]; de 12 de mayo de 1999 [ECLI: TS: 1999: 3271]; de 2 de octubre de 1999 [ECLI: TS: 1999: 6032]; de 9 de diciembre de 1998 [ECLI: ES: TS: 1998].

SAP: de A Coruña de 15 de junio de 2016, 00125/2016, nº125 sección 6ª; de Madrid de 29 de diciembre de 2016 [ECLI: APM: 2016/16206].

SJI: nº 3 de Tudela (Navarra) de 23 de Marzo de 2016 [ECLI: ES: JI: 2016:3].