

GRADO EN DERECHO. CURSO 2017/2018
Trabajo de Fin de Grado

**VIOLENCIA DE
GÉNERO**

**VIOLENCIA DE
XÉNERO**

GENDER VIOLENCE

Alumno: Óscar Cora Novo

Tutor académico: Prof. Dr. D. Manuel Areán Lalín

ÍNDICE

Abreviaturas.....	2
Antecedentes de hecho.....	3
Cuestión: 1. Realice la calificación jurídica de los hechos descritos y determine las posibles sanciones a imponer.....	4
1.I- Delito de acoso o “stalking”.....	4
1.I.1. El delito de acoso.....	4
1.I.2. Análisis y pena en el caso concreto.....	6
1.II. Ejecución de los disparos.....	7
1.II.1. ¿Tentativa o evitación voluntaria de la consumación del delito?	10
1.II.1.a) Tentativa.....	10
1.II.1.b) Evitación voluntaria de la consumación del delito.....	11
1.II.1.b).i. Desistimiento.....	13
1.II.1.b).ii. Arrepentimiento eficaz.....	14
1.II.2. Análisis de ambas figuras en el caso concreto.....	17
1.III. Lesiones.....	19
1.III.1. El delito de lesiones.....	19
1.III.2. Análisis y pena en el caso concreto.....	21
1.IV. Penas accesorias.....	24
Cuestión: 2. Analice la posibilidad de atribuir al Estado la responsabilidad civil subsidiaria, por el empleo del arma reglamentaria por parte del Cabo primero de la Guardia Civil, Adriano E.....	26
2.I. Responsabilidad Civil derivada de delito.....	26
2.II. La Responsabilidad subsidiaria del artículo 121 del Código Penal.....	27
2.III. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y utilización indebida del arma reglamentaria: ¿Responsabilidad Civil subsidiaria?.....	28
2.IV. Análisis en el caso concreto.....	32
Cuestión: 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 GC.....	36
3.I. Centro de destino.....	36
3.II. Grado de clasificación.....	37
3.III. Inclusión en un FIES.....	40
3.IV. Tratamiento penitenciario.....	42
Conclusiones Finales.....	45
Cuestión 1.....	45
Cuestión 2.....	46
Cuestión 3.....	46
Bibliografía.....	48
Apéndice Jurisprudencial.....	49

ABREVIATURAS

ARP - Sentencias de AP, AN y TSJ en materia penal (Aranzadi)

BOE - Boletín Oficial del Estado

CCAA - Comunidades Autónomas

CE - Constitución Española

CP - Código Penal

DGIP - Dirección General de Instituciones Penitenciarias

FIES - Fichero de Internos de Especial Seguimiento

GC - Guardia Civil

IIPP - Instituciones Penitenciarias

JVP - Juez de Vigilancia Penitenciaria

LOFYCS - Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

LOGP - Ley Orgánica General Penitenciaria

LOMPIVG - Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

RJ - Repertorio de jurisprudencia Aranzadi

RP - Reglamento Penitenciario

SAN - Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP - Sentencia de la Audiencia Provincial

SGIP - Secretaria General de Instituciones Penitenciarias

STS - Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (de la Comunidad Autónoma)

HECHOS

VIOLENCIA DE GÉNERO / VIOLENCIA DE XÉNERO / GENDER VIOLENCE

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 broncopulmonar de carácter grave. Justo después de disparar, Adriano realizó dos llamadas: la primera a los servicios de urgencias informando de que su mujer estaba herida de gravedad. La segunda llamada la dirigió al Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo, al que comunicó lo siguiente: “he hecho una tontería, una tontería muy grande”.

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

CUESTIONES:

1. Realice la calificación jurídica de los hechos descritos y determine las posibles sanciones a imponer.

1.I- DELITO DE ACOSO O “STALKING”

1.I.1. EL DELITO DE ACOSO

En los hechos expuestos, se puede observar como, después de cortar la relación, Adriano busca comunicarse insistentemente con Agripina mediante mensajería telefónica y, ante la negativa de ésta, comienza a vigilarla, controlar sus movimientos, y buscar su contacto físico. Esta actitud por parte de Adriano podría ser constitutiva de un delito de acoso o “stalking”, previsto y penado en el artículo 172 ter del Código Penal¹; aunque para afirmar esto, primero debemos conocer en qué consiste dicho tipo delictivo.

“Artículo 172 ter.

1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.a La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.a Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. (...)

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo. (...)”

El delito de acoso es un tipo penal de reciente creación, pues aparece en el Derecho español por primera vez a partir de la última reforma del CP de 2015. Y es que a las conductas encuadradas en este precepto penal anteriormente solían aplicárseles de forma heterogénea los delitos de

¹ BOE núm. 281, de 24/11/1995, en adelante, CP

coacciones, sobre todo, pero también amenazas, e incluso trato degradante.² Esta aplicación dispersa no estaba, como resulta evidente, exenta de problemas, sobre todo para los tribunales. Esta situación se explica muy bien por la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª), en su Sentencia núm. 128/2016 de 7 abril³ : “*En la medida en que este tipo de comportamientos y situaciones podían llegar a generar verdaderamente una sensación de desasosiego, inquietud o temor en quien las padecía determinó que en algunas ocasiones se incardinaran este tipo de comportamientos en el ilícito de coacciones mientras que otras Audiencias descartaban esta posibilidad ante la ausencia del elemento esencial de violencia o intimidación que configura el ilícito de coacciones, pues con aquellas conductas no se obliga al sujeto pasivo a hacer nada concreto ni tampoco se le impide hacerlo (...)*”. Así, en muchas ocasiones existían conductas antijurídicas que no podían ser encuadradas en el delito de coacciones, pero que resultaba evidente que debían de ser penalmente relevantes al coartar la libertad de la víctima en tanto producen un deterioro de su sensación de seguridad. Por tanto, la reforma de 2015 decide acabar con esta problemática al crear un tipo penal específico que contenga tales conductas de acoso y puedan ser penadas y enjuiciadas de forma homogénea por los juzgados y tribunales.

El delito de acoso castiga, pues, varios tipos de actuar que son enumerados en el propio precepto, entendiéndose que constituyen un “*numerus clausus*”. El tenor literal del artículo (“*alguna de las conductas siguientes*”) parece indicar que basta con realizar cualquiera de las previstas en dicho precepto. Dichas conductas se basan en intentar aproximarse insistentemente a otra persona, no necesariamente en el plano físico, que también, sino a distancia, vigilándola, buscando comunicarse con la víctima por cualquier medio de comunicación; e incluso usando sus datos de manera indebida o menoscabando su patrimonio.⁴

En cuanto a los requisitos para que exista el delito de acoso, la doctrina⁵ ha destacado, a tenor de la dicción literal del precepto, cuatro aspectos fundamentales de la conducta que aparece en el tipo penal: Que la conducta del autor sea insistente; que sea reiterada; que el autor no esté legítimamente autorizado para hacerlo; y que tal actuación produzca una grave alteración de la vida cotidiana de la víctima. Cuando de forma teórica quedaría claro qué se entiende por acoso, la problemática práctica está en dirimir cuándo se entiende que hay una conducta insistente, reiterada y que afecte a la vida cotidiana de la víctima, ya que estas manifestaciones tienen unos límites difusos. De esto se ha encargado la jurisprudencia, concretamente el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) en su Sentencia núm. 554/2017 de 12 julio⁶, intentando arrojar un poco de luz al asunto en cuanto a los requisitos de insistencia y reiteración: “*puede afirmarse que de “forma insistente y reiterada” equivale a decir que se está ante una reiteración de acciones de la misma naturaleza (...) que se repite en el tiempo*”; así como refiriéndose al requisito de que debe alterar la vida cotidiana de la

² JIMÉNEZ SEGADO, C.: “Stalking o “stalkeo”: el delito de acoso persecutorio”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 925/2016 parte Comentario, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016, p. 1

³ SAP Lleida de 7 abril de 2016 (JUR 2016\133164)

⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte especial*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2015, p. 133

⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Exigencias básicas para apreciar delito de stalking: acoso a pareja sentimental”. en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 47/2017 parte Jurisprudencia. *Fichas de Jurisprudencia*. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017, pp. 1 y 2

⁶ STS de 12 julio de 2017 (RJ 2017\4136)

víctima: “*conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido.*” Por tanto, se entiende que la conducta es constitutiva de acoso cuando se repite en el momento en el que se realiza y, además, persiste en el tiempo (tiempo indeterminado, aunque debe entenderse al menos semanas pues sino, a mi juicio, no tendría la suficiente entidad como para menoscabar la libertad de la víctima). En cuanto a alterar la vida cotidiana de la víctima, ésta debe de tener una entidad superior a perturbaciones leves, entendiéndose como tal, según el Tribunal Supremo: “*conductas que causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto.*” Parte de la doctrina entiende también que, aún cuando no se limite directamente la libertad de actuar o de decidir de la víctima, existe una alteración en la vida de la ésta cuando se menoscaba gravemente su sensación de seguridad, al entender que ese sentimiento de inseguridad tiene la entidad suficiente como para provocar una alteración en la conducta de la víctima y que ésta no continúe con el desarrollo cotidiano de su vida en términos normales.⁷

Por último, el apartado tercero del citado precepto afirma que si los actos con los que hubiera realizado el acoso fuesen constitutivos de delito, se enjuiciarán en concurso real con el delito de acoso; es decir, que una condena por acoso no abarca la posible responsabilidad por los actos concretos que se han realizado para acosar si éstos fuesen constitutivos de delito. El apartado cuarto señala que este delito únicamente se podrá perseguir mediante denuncia de la propia víctima, salvo cuando ésta sea una de las citadas en el artículo 173.2 del CP (cónyuge, presente o pasado, o cualquier persona con una análoga relación de afectividad; descendientes, ascendientes, hermanos, o personas especialmente vulnerables que convivan con el autor).

1.1.2. ANÁLISIS Y PENA EN EL CASO CONCRETO

Una vez analizado el delito de acoso, en el caso que nos ocupa parece claro que se ha cometido tal delito. Y es que Adriano realiza varias de las conductas previstas en tal precepto: intenta comunicarse con Agripina por medios de comunicación, mediante Whatsapps; busca encontrarse físicamente con ella en varias ocasiones; y la vigila constantemente, haciéndoselo saber, y preguntándole si anda con otros hombres. Además de realizar tales hechos, parece claro que se cumplen los requisitos necesarios para considerar la existencia del delito. Parece evidente que Adriano no está legitimado para intentar comunicarse insistentemente, más aún tras la negativa de Agripina a comunicarse con él. Por otro lado, la conducta es reiterada, ya que manda insistentemente numerosos mensajes, tanto para hablar con ella como para hacerle saber que la está vigilando, así como que busca en numerosas ocasiones encontrarse con ella para pedirle de forma reiterada que le dé una oportunidad para seguir con la relación. También se puede afirmar que la conducta de Adriano es insistente y duradera en el tiempo, ya que la conducta de éste se alarga durante aproximadamente nueve meses, desde diciembre de 2016 hasta septiembre de 2017. Por último, parece que todos los actos realizados por Adriano son suficientes para alterar la vida cotidiana de Agripina, ya que ni siquiera cuando ella lo bloquea del teléfono móvil la actuación

⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: (dir.) y RAGUÉS Y VALLÈS, R. (coord.): *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 114

cesa, creándose Adriano un perfil falso en Facebook. Además, la vigilancia constante y los encuentros personales que Adriano busca con Agripina tienen la entidad suficiente como para coartar su libertad, ya que el mero hecho de acudir a la calle supondría ansiedad e inseguridad para ésta; no pudiendo desarrollar su vida con total normalidad, yendo por tanto la situación más allá de las simples molestias. Así es tal y como se pronunciaba, en un caso similar, la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª), en su Sentencia núm. 23/2017 de 21 de junio⁸ : *“los mensajes de WhatsApp dirigidos por el acusado a Belinda desde el día 26 de noviembre de 2016 hasta el 20 de enero de 2017 que se han transcrito en la declaración de hechos probados (...) que por su contenido e insistencia evidencian el ánimo del acusado de perturbar la forma de vida cotidiana de la perjudicada, pues le ha obligado a bloquear su número de teléfono (...) y le ha perturbado su tranquilidad.”*

Por todo ello, se considera que Adriano ha cometido un delito de acoso, previsto y penado en el artículo 172 ter del CP, al que le correspondería una pena de prisión de tres meses a dos años, o bien multa de seis a veinticuatro meses. Sin embargo, y siguiendo el apartado segundo del citado artículo, al ser la víctima, Agripina, su cónyuge (presente en el artículo 173.2 del Código al que hace remisión el artículo 172 ter a efectos de agravar la pena), la pena aumentaría, correspondiendo definitivamente de uno a dos años de prisión; o bien a la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

1.II- EJECUCIÓN DE LOS DISPAROS

En el caso planteado, se puede observar cómo se lleva a cabo una conducta antijurídica cuando Adriano dispara contra Agripina dos veces por la espalda. A efectos de calificar penalmente dicha conducta, debemos observar que estos hechos han producido unas lesiones (lesión en el omóplato y una lesión brinco-pulmonar de carácter grave). Además, también se puede observar que la conducta de Adriano objetivamente podría haber causado la muerte de Agripina (al ser heridas de gravedad), aunque finalmente no se produce. Y es que tales heridas se entienden que son mortales y que, de no haberse tratado inmediatamente, se hubiera producido la muerte de Agripina.

Por ello, cabe analizar si, en lugar de unas lesiones consumadas, la conducta de Adriano se corresponde con una ejecución de un delito de homicidio/asesinato (aunque no consumado, al no producirse la muerte de la mujer). Dicha calificación es importante, ya que puede llegar a ser relevante a efectos penales (ya que no tendría la misma pena unas lesiones consumadas que, por ejemplo, una tentativa de homicidio/asesinato o un posible desistimiento/arrepentimiento).

Debemos pues centrarnos primero en si los disparos que realiza Adriano contra Agripina suponen la ejecución (que no consumación, al no producirse la muerte) de un delito de homicidio o de un delito de asesinato. Así, el homicidio, presente en el artículo 138 del CP, pena un actuar por el cual una persona produce la muerte de otra al llevar a cabo una conducta activa por cualquier medio, modo o

⁸ SAP Teruel de 21 junio de 2017 (ARP 2017\1057)

procedimiento; o una conducta omisiva, recordando la figura de la comisión por omisión.⁹ Es por tanto un delito de resultado material que requiere que se produzca el resultado de muerte para que se consume.

“Código Penal. Artículo 138.

1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años. (...)”

Por otro lado contempla el CP en el artículo siguiente la figura del asesinato. El asesinato requiere, al igual que el homicidio, que una persona mate a otra. La diferencia, pues, entre una figura y otra radica no en el resultado (la muerte de una persona), sino en las circunstancias que envuelven a los actos realizados para provocar dicho resultado. Así pues, vista la redacción literal del artículo podemos deducir que dicha figura delictiva se trata de un homicidio que, debido a sus circunstancias, debe tener mayor relevancia penal y, consecuentemente, cuenta con una pena más alta. Tales circunstancias vienen señaladas en el artículo 139 del CP: alevosía; precio, promesa o recompensa; ensañamiento o para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

“Código Penal. Artículo 139.

1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.a Con alevosía.

2.a Por precio, recompensa o promesa.

3.a Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

4.a Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

(...)”

Por ello, en este caso, a pesar de no haberse consumado, al no producirse el resultado de muerte; Adriano ha dado comienzo a la ejecución de un delito de asesinato. Y esto es así ya que, a nuestro juicio, la conducta de Adriano está encaminada, en un primer momento, a provocar la muerte de Agripina. En situaciones como el caso planteado, en los que finalmente no se produce el resultado de muerte, la actuación propia de un delito de homicidio/asesinato tiene su distinción con las lesiones consumadas en base al *animus necandi*, es decir, a la intención del autor de matar a la víctima, que se constataría, dada la imposibilidad de saber objetivamente dicho ánimo del sujeto, atendiendo a una serie de indicios establecidos jurisprudencialmente¹⁰. Dichos indicios son de muy variado tipo: relaciones previas entre la víctima y el denunciante, condiciones espaciales y temporales, clase de arma utilizada... etc. En este caso concreto, la realización por parte de Adriano de los disparos corresponden, en nuestra opinión, una ejecución del delito de asesinato, ya que la conducta es tendente a provocar la muerte de una persona. Esto es así ya que la ejecución se realiza

⁹ Artículo 11 del CP

¹⁰ STS de 22 mayo de 1997 (RJ 1997\4434); STS de 3 febrero de 2005 (RJ 2005\2193); STS de 2 febrero de 2009 (RJ 2009\332); entre otras.

con un arma de fuego, una pistola, que es absolutamente idónea para provocar heridas que produzcan la muerte de una persona. Además, dichos disparos se realizan en una zona, el torso, en el que heridas de ese calibre pueden resultar mortales con facilidad, al encontrarse numerosos órganos vitales. Además, las heridas producidas, a falta de informe forense, parece claro que son de la entidad suficiente como para provocar la muerte de Agripina, al tratarse de lesiones de gravedad en órganos vitales del cuerpo.

También, se considera que dicha conducta corresponde a la ejecución de un delito de asesinato, y no de homicidio, porque entendemos que concurre el requisito previsto en el artículo 139.1.1a del CP: la alevosía.

La alevosía es definida jurídicamente en el propio CP, en su artículo 22.1: *“Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.”* Y es que en este caso, a nuestro juicio la alevosía está presente, por los siguientes motivos: en primer lugar, es muy importante señalar que no se realiza uno, sino dos disparos. Por otro lado, es también muy destacable que Adriano dispara contra Agripina cuando la víctima se encuentra de espaldas al agresor. Esta circunstancia parece que encaja en la definición jurídica de alevosía, ya que todo parece indicar que, al menos en el momento de realizar los disparos, lo que buscaba Adriano no era otra cosa que asegurar el resultado de muerte de Agripina, imposibilitando la defensa de esta última, al encontrarse distraída mirando la televisión e incluso de espaldas al autor de los disparos. Por todo ello, parece que el actuar de Adriano en el momento de realizar los disparos se corresponde con la ejecución de un delito de asesinato. El hecho de como se producen los disparos, sin discusión previa entre los implicados y por la espalda, sin mediar palabra, parece indicar que la voluntad inicial de Adriano era asegurar la muerte de Agripina.

Aún así, aunque en este caso nos encontramos con que, a pesar de que se ha llevado a cabo un comportamiento que ha dado lugar a la ejecución de un delito de asesinato (al haberse realizado la totalidad de los actos que, en circunstancias normales, hubieran bastado para producir el resultado y por tanto consumir dicho delito, es decir, para producir la muerte de Agripina, debido a que se trata de lesiones de gravedad suficiente); como se puede observar en la exposición de los hechos, no se produce dicho resultado de muerte, sino únicamente las lesiones derivadas de los disparos (lesión en un omóplato y una lesión bronco-pulmonar de carácter grave). Debido a esto, no se ha consumado el delito. Se debe, entonces, determinar si también es relevante a efectos penales que la conducta de Adriano haya podido provocar objetivamente, por sí sola, la muerte de Agripina, aunque finalmente tal resultado no haya ocurrido. Conviene también, por otro lado, analizar la conducta de Adriano posterior a la realización de los disparos, para ver si también tiene su relevancia a la hora de calificar los hechos.

1.II.1 -¿TENTATIVA O EVITACIÓN VOLUNTARIA DE LA CONSUMACIÓN DEL DELITO?

En el caso planteado vemos como el delito de asesinato no se consuma, ya que no se producen todos los elementos que requiere el tipo penal (pues el artículo 139 del CP requiere la muerte de la víctima) y por tanto la conducta realizada no coincide enteramente con el tipo delictivo (no se produce pues la relación de congruencia entre actuación y resultado).¹¹ A estos efectos, el artículo 16 del CP recoge dos figuras en las que, a pesar de haber dado comienzo a la ejecución del delito, éste no se consuma, es decir, no se produce el resultado esperado. Dichas figuras son la tentativa (16.1 del CP) y la evitación voluntaria de la consumación del delito (16.2 del CP), aunque ambas presentan notables diferencias entre sí que nos permitirá, al analizarlas, observar cuál es aplicable al caso concreto. El optar por una u otra tiene especial relevancia en este caso, ya que a efectos de imposición de sanciones la tentativa y la evitación voluntaria de la consumación del delito suponen consecuencias dispares (la tentativa reduce la pena 1 o 2 grados, mientras que en caso de evitación voluntaria de la consumación del delito se exime de responsabilidad penal).

“Código Penal. Artículo 16:

1. 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.

2. 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.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.”

1.II.1.a). En primer lugar conviene hablar de la tentativa. Como se ha podido observar mediante la lectura del precepto, la tentativa se sustenta en tres requisitos fundamentales:

- Primero, que el autor debe de haber realizado hechos exteriores que hayan dado inicio a la ejecución del delito. En este sentido, cabe señalar que no basta la mera voluntad de delinquir, sino que ésta debe concretarse en una conducta mediante la realización de los ya mencionados hechos exteriores. La razón de esto último es el hecho de impedir que se aplique la tentativa en lugar de los

¹¹ CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español Parte General, Volumen 2 Teoría del Delito*, (2), Dykinson, Madrid, 2009, p. 21

actos preparatorios.¹² La expresión del artículo 16.1 del CP cuando se refiere a la realización de “*todos o parte de los actos*” permite también distinguir entre tentativa acabada e inacabada, si se han realizado todos los actos necesarios para que el resultado se produjera o solo una parte, respectivamente. Dicha distinción es importante, ya que ésta tiene efectos prácticos únicamente a la hora de determinar la pena a imponer, ya que el artículo 62 del CP señala que la pena, en caso de tentativa, se reducirá en uno o dos grados dependiendo del peligro causado y el grado de ejecución realizado (dicha reducción se basa en que, aún cuando no se ha producido una lesión del bien jurídico protegido por el precepto penal, se debe penar la conducta antijurídica realizada).

- En segundo lugar, el CP requiere también que los actos realizados puedan objetivamente producir el resultado típico. De esta afirmación podemos deducir pues que es necesario que haya una relación de causalidad entre la conducta del actor y una posible producción del resultado. A partir de esto podemos distinguir dos corrientes doctrinales: una corriente que señala que cabe tentativa en los delitos de mera actividad¹³; mientras que otra sostiene que no cabe la tentativa en este tipo de delitos, al considerar que la realización del acto equivale ya a la consumación del delito y, por tanto, el aceptar que cabe tentativa supondría tomar como tal un acto preparatorio.¹⁴

- Por último, el tercer y último requisito de la tentativa (y clave a la hora de aplicar al caso, como veremos posteriormente), es la no producción del resultado típico, es decir, que la conducta no haya terminado produciendo el resultado típico previsto en el tipo penal (en este caso, la muerte de Agripina). Esto es así ya que en caso de producirse el resultado, como vimos, estaríamos ya ante un delito consumado. Pero no se requiere únicamente esto, sino que además dicho resultado no se produzca por causas ajenas a la voluntad del actor ya que, de no ser así, estaríamos ante un supuesto de evitación voluntaria de la consumación del delito, que analizaremos posteriormente.

Para finalizar, cabe también señalar que no cabe tentativa por imprudencia, precisamente porque cuando hay imprudencia no está presente el elemento volitivo de cometer el delito. Así, la tentativa únicamente cabe por dolo.¹⁵

1.II.1.b). Por otro lado, la evitación voluntaria de la consumación del delito aparece en el segundo apartado del artículo 16 del CP. Esta figura supone una ruptura con la tentativa, en cuanto que el autor decide, en plena ejecución del delito o antes de su consumación, dar marcha atrás. Tal decisión se da por la creación de una nueva voluntad de evitar que se produzca el resultado, bien

¹² CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español Parte General, Volumen 2 Teoría del Delito*, (2), op. cit., pp. 25 y 26

¹³ CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español-Parte General Tomo III*, Madrid, 2009, p. 191

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*, Thomson Reuters, Pamplona 2009 p. 598
MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARAN, M.: *Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, p. 420.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARAN, M.: *Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 416.

únicamente dejando de actuar, bien mediante nuevas actuaciones, dependiendo de la situación en la que nos encontremos. ¹⁶

De la redacción del precepto se pueden extraer tres características: la voluntariedad, la evitación de la consumación del delito, y la no exclusión de la responsabilidad por los hechos ejecutados que ya fuesen constitutivos de delito. ¹⁷

- Así, en cuanto a la voluntariedad, para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 16.2 del CP es necesario que se evite de forma voluntaria la consumación del delito¹⁸. La voluntariedad es una de las diferencias entre la evitación voluntaria de la consumación del delito y la tentativa, pues en esta última se requiere que no se produzca el resultado “*por causas independientes a la voluntad del actor*”. Por ello, la conducta del autor que da lugar a la evitación debe darse por la propia voluntad del sujeto, y no causas ajenas, de modo que un dejar de actuar involuntario no puede ser encuadrado en dicho artículo.

En la voluntariedad surge la problemática de determinar cuándo dicha evitación es libre y decidida por el autor y cuando no y, por tanto, cuando dicha conducta resulta exenta de responsabilidad criminal y cuando no. Así, sostiene parte de la doctrina¹⁹ que esto dependerá del caso concreto, distinguiendo entre varias posibilidades: la primera, que se entenderá voluntariedad cuando la evitación de la consumación del delito se realice sin que existan circunstancias externas que puedan condicionar al actor. Sería este el caso en el que, por ejemplo, el autor tiene remordimientos de conciencia (en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1999²⁰), señalando que el desistimiento voluntario se produce por la cesación de la conducta del actor debido a “*su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección*”. En segundo lugar, cuando la evitación se da pero obedeciendo a causas externas, como puede ser el propio respeto a las normas legales. En tercer lugar, la voluntariedad no se da cuando, obviamente, aparece una imposibilidad material de continuar con el hecho delictivo y el actor no tiene otro remedio que cesar en su empeño: “*la impunidad sólo sería descartada en la medida en que el hecho en el peor de los casos resultara no realizable.*”²¹

Por último, cuando, en lugar de imposibilidades, surgen meramente dificultades a la realización del hecho delictivo, parte de la doctrina adopta una postura más restrictiva, mientras que la jurisprudencia ha optado tradicionalmente en ocasiones por una postura algo más restrictiva (una

¹⁶ CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español Parte General Volumen 2 Teoría del Delito (2)*, op. cit., p. 112

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F., y GARCIA ARAN, M.: *Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 416.

¹⁸ QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General Del Derecho Penal*, op. cit., pp. 602 y ss

¹⁹ CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español Parte General Volumen 2 Teoría del Delito (2)*, op. cit., pp. 139 y ss).

²⁰ STS de 9 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2941)

²¹ TS, Auto de 13 marzo de 2003 (JUR 2003\88012), Fundamento Jurídico Segundo

persona trata de abrir un cajón, no lo consigue y se marcha, a pesar de que tenía más herramientas para intentarlo, el Tribunal no observa desistimiento).²²

Así lo señala el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en su Sentencia núm. 224/2005 de 24 febrero²³, en su fundamento jurídico undécimo : *“el desistimiento no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba, y aunque, en principio, tales impedimentos pudieran calificarse de absolutos o de relativos, la jurisprudencia viene considerando que en ambos casos debe excluirse, en principio, la hipótesis del desistimiento voluntario.”*

- En segundo lugar, vemos como el precepto incluye los supuestos en los que la persona evita la producción del resultado. Este es un punto muy importante, pues para que se aplique el artículo 16.2 del CP dicha evitación debe ser eficaz, debe darse fehacientemente. Este requisito, junto con la voluntariedad antes vista, son las notas que diferencian la exención del artículo 16.2 de la tentativa. Citando la reciente argumentación del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 124/2018 de 15 marzo²⁴: *“Aunque el legislador habla en, por un lado de no producción de resultado y por otro de evitación de consumación, el énfasis para determinar las consecuencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 16, lo pone el legislador en dos notas: a) La voluntad del autor y b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente”.*

No basta un intento de evitar el resultado, se requiere que éste no se produzca. Dicha evitación del resultado puede darse bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción de éste por algo más que sea un dejar de actuar. Vemos, pues, que el propio CP distingue entre dos posibilidades, que dependen del comportamiento del autor: si habiendo realizado parte de los actos delictivos cesa y no continúa con los restantes; o si habiendo realizado todos, impide la producción del resultado consecuente. La primera posibilidad mencionada se corresponde con la figura del llamado desistimiento mientras que a la segunda posibilidad se le denomina arrepentimiento eficaz.

25

1.II.1.b).i. Desistimiento

En cuanto al desistimiento, esta figura se da en los supuestos de tentativa inacabada, es decir, en aquella situación en la que el autor ha dado comienzo a la ejecución del delito, aunque sin realizar todos los actos necesarios para que se dé la consumación del hecho delictivo; con la salvedad de que para que haya desistimiento, se requiere meramente que el actor no continúe (por decisión

²² STS de 26 noviembre de 1997 (RJ 1997\8322), Fundamento Jurídico Tercero

²³ STS de 24 febrero de 2005 (RJ 2005\3545)

²⁴ STS de 15 marzo de 2018 (JUR 2018\94852)

²⁵ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, p. 301

propia, para cumplir el requisito de la voluntariedad y no, por ejemplo, por creer que ha fracasado en su plan) con la realización de las restantes actuaciones que faltan. Así, se garantiza la no consumación del delito. Por tanto, para que se dé ésta figura se requiere que todavía queden actos por realizar para que se produzca la consumación del delito; que éstos no se realicen por voluntad del actor; y que mediante esta actuación se haya evitado la producción del resultado. Un resultado que, de seguir el autor realizando los actos que faltaban, se hubiera producido. Este último requisito es importante, ya que el desistimiento debe ser eficaz.²⁶

1.II.1.b).ii. Arrepentimiento eficaz

La segunda posibilidad de evitación voluntaria de la consumación del delito es el arrepentimiento eficaz. Dicho arrepentimiento se da en los supuestos de tentativa acabada, es decir, en los supuestos en los que el autor ya ha realizado la totalidad de los actos necesarios para la producción del resultado; es decir, que ya ha realizado todos los actos necesarios para que el delito se consuma.²⁷ Por esta circunstancia, el comportamiento del autor para que se aprecie una evitación voluntaria del resultado del delito debe ser diferente. Así, ya no es posible que se aprecie esta circunstancia mediante la figura del desistimiento, pues este únicamente se aprecia cuando la persona abandona la ejecución inacabada de un delito mediante un no actuar más, no produciendo, por tanto, el resultado típico. Por el contrario, en el supuesto de arrepentimiento eficaz, al haberse realizado todos los actos propios de la ejecución del delito, este dejar de actuar no sería oportuno ni útil para evitar la producción del resultado típico (ya que el resultado está en vías de producirse y un dejar de actuar no lo evitaría) y, por tanto, dicho comportamiento tampoco sería relevante a efectos de aplicar el artículo 16.2 del CP en orden a eximir de responsabilidad penal tal actuar.

Por todo esto, para que se dé la figura del arrepentimiento eficaz ha de darse otro tipo de conducta por parte del autor. Y es que en lugar de un mero dejar de actuar, la ejecución de todos los pasos necesarios para la producción del resultado requiere por parte del autor un comportamiento activo, una actuación positiva.²⁸ Así, el autor ha de actuar de manera tal que evite la producción del resultado. Resultado que, de no hacer nada, se produciría, debido al previo actuar del autor (al haber realizado todos los actos necesarios para la consumación del delito, recordemos). Así, en el caso de una persona que ha envenenado a otra, un mero dejar de actuar, propio del desistimiento, ya no sería eximente de responsabilidad al no evita la producción del resultado. Únicamente cabría dicha exención con la figura del arrepentimiento eficaz y un nuevo dejar de actuar del autor, llevando a la víctima hasta el hospital y consiguiendo salvarle la vida.²⁹

Esto que acabamos de ver es la diferencia básica entre los dos tipos de evitación voluntaria del resultado que conllevan exención de la responsabilidad penal, el desistimiento y el arrepentimiento

²⁶ CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español Parte General Volumen 2 Teoría del Delito (2)*, op. cit., p. 126

²⁷ CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español Parte General Volumen 2 Teoría del Delito (2)*, op. cit., p. 134

²⁸ QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 605

²⁹ CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español Parte General Volumen 2 Teoría del Delito (2)*, op. cit., p. 134

eficaz, diferenciadas por doctrina y jurisprudencia, al requerir circunstancias distintas y diferentes formas de actuar por parte del autor. En este sentido habla la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª) en su Sentencia núm. 69/2000 de 12 febrero³⁰: *“que el desistimiento voluntario en la ejecución inacabada y el acto, igualmente voluntario, de impedir la producción del resultado cuando la ejecución ya está acabada, evitándose en uno y otro caso la consumación del delito, tienen el efecto de eximir de responsabilidad penal. (...) dos requisitos son absolutamente indispensables, según se trate del desistimiento en la ejecución inacabada o del arrepentimiento eficaz en la acabada: en el primero, que no se hayan realizado todos los actos de ejecución que deberían producir el resultado; en el segundo, simplemente que el resultado no se haya producido.”*; y el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) en la Sentencia núm. 418/2012 de 30 mayo³¹: *“El Código distingue, por tanto, entre el desistimiento “pasivo” que consiste en que el agente no concluye voluntariamente los actos de ejecución, y el desistimiento “activo” cuando el agente agota todos los actos de ejecución, pero posteriormente desarrolla una actividad contraria, tendente a evitar o neutralizar el efecto delictivo de la acción ejecutada. La jurisprudencia de esta Sala reconoce la existencia de desistimiento activo cuando el agente impide el resultado dañoso, con la consecuencia en los delitos contra la vida de que lo que con la legislación anterior era calificado como delito de homicidio o asesinato en grado de tentativa con la atenuante de reparación del daño, ahora se califica como delitos de lesiones consumadas, aunque el dolo inicial del agente fuese homicida.”*

Cabe aquí señalar, por otro lado, qué sucedería en las situaciones en las que, a pesar de los esfuerzos del autor por evitar voluntariamente la producción del resultado, éste se produce igualmente. Aunque parte de la doctrina opina de manera diferente³², lo cierto es que la jurisprudencia tiene una línea clara al respecto. Así, los tribunales han señalado en repetidas ocasiones que no es aplicable el artículo 16.2 cuando el resultado se produce, ya que para que se excluya la responsabilidad criminal la evitación del resultado debe de ser eficaz. Aún así, la actuación del autor intentando evitar el resultado típico no es del todo irrelevante, ya que muestra una cierta valoración por el bien jurídico protegido. En estos términos señala la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) en su Sentencia núm. 153/2007 de 12 abril³³ en su fundamento jurídico quinto que *“Ese intento malogrado de reparación del bien jurídico dañado lo pondera el derecho como una conducta que, en cierta medida, supone un reconocimiento del valor del bien jurídico de la vida y reafirma la vigencia y la imperatividad de la norma que tutela ese bien.”*

Por ello, aunque en estos casos no se excluya la responsabilidad criminal, la jurisprudencia ha optado por valorar el intento de evitar el resultado mediante la aplicación de una atenuante de la responsabilidad criminal. Concretamente, la presente en el artículo 21.5 del CP: *“haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier*

³⁰ SAP Valencia de 12 febrero del 2000 (ARP 2000\180)

³¹ STS de 30 mayo de 2012 (RJ 2012\6569)

³² CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español Parte General Volumen 2 Teoría del Delito (2)*, op. cit., pp. 132 y 136

³³ SAP Madrid de 12 abril de 2007 (ARP 2007\669), Fundamento jurídico quinto

momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.” Tal decisión puede parecer en un primer momento contradictoria, pues al producirse el resultado típico precisamente lo que no se produce es una reparación del daño o una disminución de sus efectos. Aún así, la jurisprudencia ha reiterado en numerosas ocasiones que dicho atenuante debe aplicarse de igual manera, ya que entonces no se diferenciarían conductas tendentes a evitar la producción del resultado, aunque ineficaces; de conductas enteramente dolosas. En este sentido, por ejemplo, la ya mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) en su Sentencia núm. 153/2007 de 12 abril: “Es cierto que la actuación posterior a la conducta delictiva no ha evitado finalmente reparar ni aminorar el menoscabo para el bien jurídico de la vida que tutela el delito de homicidio, sin embargo, la jurisprudencia ha señalado con reiteración que la reparación del daño o disminución de los efectos del delito no debe entenderse como un requisito necesario para estimar la atenuante del art. 21.5ª del CP, pues ello equivaldría en muchas ocasiones a subordinar su apreciación a circunstancias o hechos ajenos al ámbito de disposición del propio sujeto activo y por ello no sería posible individualizar conductas distintas al objeto de disminuir la pena correspondiente.” También en este sentido pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) en la Sentencia núm. 16/2003 de 10 septiembre³⁴, en su fundamento jurídico cuarto: “Ahora bien, estos supuestos de desistimiento activo que resultan malogrados en cuanto a su resultado deben encuadrarse dentro de la atenuante de reparación del daño irrogado. Pues, aun cuando la reparación no ha llegado a consumarse, sí ha habido una conducta clara encaminada a conseguirlo”.

Cuando el desistimiento sea malogrado únicamente por caso fortuito y no medie ni dolo ni imprudencia en los hechos, se aplicará el artículo 5 del CP y no se aplicará pena alguna.³⁵

- Por último, también se debe señalar el último requisito que establece el artículo 16.2 del CP, y es que la exención de responsabilidad criminal se produce sin perjuicio de la responsabilidad criminal que provenga de los hechos que ya se han realizado si éstos ya fuesen constitutivos de algún delito. Es decir, la evitación voluntaria de la consumación del delito exime únicamente de la responsabilidad criminal del delito del cual se ha evitado su consumación, y no de los actos previos a este si constituyen algún delito. Por ello, el artículo 16.2 se aplica únicamente a los delitos que no se han consumado gracias a la evitación voluntaria de la persona que inició la ejecución, pero no a aquellos que ya se han consumado por los actos pertenecientes a dicha ejecución. De tal modo que una persona que, por ejemplo, agrede a otra con intención de posteriormente agredirla sexualmente, y desiste de dicha agresión sexual, quedará exento de este delito, pero no de las lesiones consumadas previas.

El artículo 16.3 del CP establece, por su parte, cómo se aplica el desistimiento o el arrepentimiento en el caso de haber numerosos partícipes del delito. En tales supuestos, se analiza únicamente el comportamiento individualizado de cada uno de los intervinientes. Por tanto, dicho artículo se aplica únicamente sobre aquellas personas que intenten evitar el resultado, excluyéndose responsabilidad criminal alguna sobre éstos. Por otro lado, aquellas personas intervinientes que no

³⁴ STSJ Madrid de 10 septiembre de 2003 (ARP 2004\18)

³⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARAN, M.: *Derecho Penal Parte General, op. cit.*, p. 425

realicen una conducta tendente a evitar la consumación voluntaria del delito serán, obviamente, penados.³⁶

Debe tenerse en cuenta que en la norma se utiliza la expresión de “intentar” evitar la producción del resultado o desistir de la ejecución ya iniciada. Y es que, a diferencia del arrepentimiento/desistimiento del apartado anterior del mismo artículo, aquí se puede observar que no es requisito indispensable para que se excluya de responsabilidad penal que efectivamente se evite la producción del resultado típico. Esto se debe a que al existir una pluralidad de actores, el que desiste no está en posición de evitar consumación debido a la voluntad del resto de sujetos de cometer el delito, a pesar de que lo intente decididamente. Por tanto, una conducta que en otras circunstancias sería acorde con la exclusión de la responsabilidad, no merece quedar excluida por la decisión de terceras personas de cometer el acto típico.³⁷

En cuanto al fundamento de la exclusión de la pena en estos casos, parte de la doctrina alude a diversas razones, como que por la actuación del autor la antijuridicidad del hecho desaparece, así como su punibilidad o culpabilidad; así como la existencia de un “premio” ya que existe un “propósito criminal no intenso”. Aún así, se afirma que el fundamento principal es una razón política-criminal, ya que una condena ante estas circunstancias supondría la vulneración de diversos principios del sistema penal, como el de necesidad o proporcionalidad³⁸. Así también se ha pronunciado la jurisprudencia, entre otras: TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 823/2012 de 30 octubre: “(sobre el artículo 16.2 del CP) *con este criterio últimamente expuesto, más dictado por razones de política criminal y de acuerdo con la actuación del sistema penal como última ratio (...)*”.

1.II.2. ANÁLISIS DE AMBAS FIGURAS EN EL CASO CONCRETO

Así pues, una vez analizadas, de ambas figuras mencionadas se pueden destacar determinados puntos en común: primero, que se haya dado comienzo a la ejecución del delito por la conducta llevada a cabo por el actor y, por otro lado, que el resultado no se produzca. Y es este último punto el que, como hemos visto, dependiendo del por qué dicho resultado no se produzca finalmente, nos permitirá también diferenciar entre una figura u otra. Por tanto, lo que se debe analizar, entre otras cosas, es si el resultado no se ha producido por circunstancias ajenas al actor, o si por el contrario dicho resultado no se produce por voluntad y acción del actor, Adriano. Una vez realizado el análisis anterior, podemos calificar ya jurídicamente los hechos de este caso concreto, a fin de determinar en qué medida la conducta de Adriano es punible.

³⁶ ORTS BERENGUER, E y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 302

³⁷ CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español Parte General Volumen 2 Teoría del Delito (2)*, op. cit., p. 143

³⁸ QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 602

En el caso concreto vemos como, inmediatamente después de efectuar los disparos, Adriano llama a los servicios de emergencia para que acudiesen a tratar a Agripina de las heridas causadas por éstos. Es decir, Adriano realiza una conducta activa tendente a evitar la producción del resultado de muerte, pues el aviso a los servicios de emergencia de manera inmediatamente posterior a la realización de los disparos no tiene explicación alguna que no sea la voluntad de que éstos traten a Agripina de sus heridas, con la finalidad de paliar los efectos de las lesiones en la mayor medida posible y, por tanto, también de evitar la muerte de la víctima, Agripina. Tal conducta parece cuadrar, en un primer momento, con la evitación voluntaria de producción del resultado del artículo 16.2 CP, y no con la figura de la tentativa, ya que ésta última requiere que el resultado no se produzca por hechos independientes a la voluntad del actor. No parece ser el caso aquí expuesto, ya que una llamada a los servicios de emergencia denotan una voluntariedad en cuanto a tal evitación, cumpliéndose, pues, el primer requisito del artículo 16.2 del CP.

En cuanto al segundo requisito de que efectivamente se consiga evitar que se produzca el resultado típico, de la exposición de los hechos se deduce que Agripina únicamente sufre lesiones, y no la muerte, por lo que se cumple dicha condición; ya que las heridas, de carácter grave, de no haber recibido tratamiento hubieran resultado mortales. Y es que los servicios de emergencia acuden a auxiliar a la víctima debido a la llamada que realiza Adriano. En caso de no realizarse dicha llamada, y observando la entidad y gravedad de las heridas, los servicios de emergencia no hubieran acudido con tanta celeridad y, por tanto, seguramente el resultado de muerte sí se hubiese producido finalmente. Es por tanto el actuar de Adriano clave para que Agripina haya podido finalmente salvar la vida.

Así, se puede afirmar, primero, que Adriano ha realizado todos los actos ejecutorios necesarios para producir el resultado de muerte, al haber disparado el arma de fuego contra la víctima. Por ello, en cuanto a la aplicación del artículo 16.2 en estos hechos, no se puede encuadrar la conducta de Adriano como un *“desistiendo de la ejecución ya iniciada”*; pues dicha ejecución está completa y, por tanto, no se puede desistir de ella.

Cosa distinta es la segunda posibilidad que contempla el artículo 16.2 del CP sobre evitación voluntaria de la consumación del delito, al citar la posibilidad de que el autor lo evite *“impidiendo la producción del resultado”*. Esta situación es la que parece cuadrar con los hechos de este caso, pues aún habiendo completado la ejecución del delito de asesinato, Adriano impide que el resultado se produzca al avisar a los servicios médicos para que acudan en auxilio de Agripina. Así, la llamada produce que se realice la atención médica necesaria para evitar la muerte de la víctima. Aunque es evidente que quien finalmente salva la vida de Agripina son los profesionales médicos del servicio de emergencias, no es menos cierto que la conducta de Adriano al avisarlos está encaminada a evitar la producción del resultado, siendo además indispensable para ello, pues de no realizar tal llamada Agripina seguramente habría fallecido.

Por ello, Adriano tiene una conducta activa tendente a emplear todos los medios a su alcance para evitar que Agripina fallezca, consiguiéndolo además, puesto que la ambulancia acude directamente por la llamada que éste realiza de forma inmediatamente posterior a la realización de los disparos. De esta forma se ha pronunciado la jurisprudencia en casos similares, siendo muy interesante citar en este momento la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) Sentencia núm.

1054/2011 de 22 diciembre³⁹, que señala lo siguiente sobre una persona que disparó a otra en su vivienda e inmediatamente llamó a la ambulancia, como en el caso planteado: *“En el presente caso, de la declaración de hechos probados, se desprende claramente que la ambulancia que acudió a auxiliar a la víctima lo hizo como consecuencia de la llamada telefónica efectuada por el acusado al servicio de emergencias, por lo que podemos afirmar que concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 16.2 del Código Penal y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para apreciar la existencia de un desistimiento voluntario por parte del acusado, lo que comporta que los hechos objeto del presente enjuiciamiento tengan que ser calificados como un delito de lesiones (...)”*.

Aún así, y siguiendo lo previsto en el ya citado artículo 16.2 del CP, en este caso, en el que existe arrepentimiento del asesinato y se evita su consumación, y por tanto hay exclusión de responsabilidad penal por este (no cabe tan siquiera en grado de tentativa); podemos observar que los actos ya realizados han creado unas lesiones a la víctima, que no pueden entrar dentro del objeto de la exclusión de la responsabilidad criminal. Estos casos son denominados por la doctrina como tentativa calificada, en los que se exime de responsabilidad del delito sobre el que se produce el arrepentimiento, pero castigando de igual manera el delito que ya se ha consumado.⁴⁰ Así se puede ver según la redacción literal del artículo 16.2 del CP, cuando se afirma, como vimos, que la exclusión de responsabilidad se realiza *“sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”*. Por tanto, en el caso planteado, aunque el delito de asesinato no proceda en este caso (por no haberse consumado) ni en grado de tentativa, al producirse un arrepentimiento eficaz, como vimos; las lesiones producidas sí son punibles, no extendiéndose la exención de responsabilidad a éstas.

Así pues, una vez analizado todo esto, finalmente podemos analizar la relevancia penal de las lesiones producidas, su encaje en los preceptos del CP y sus posibles sanciones.

1.III - LESIONES

1.III.1. EL DELITO DE LESIONES

Las lesiones se encuentran en el título tercero del capítulo segundo del CP (artículos 147 y siguientes). Es un tipo penal destinado a proteger un bien jurídico muy concreto, que no es otro que la salud y la integridad física y psíquica de las personas. El delito de lesiones en su tipo básico (artículo 147.1) es un delito público, mientras que el tipo referente al delito leve de lesiones y el delito de maltrato de obra (147.2 y 147.3) sólo se podrá perseguir por denuncia del perjudicado.⁴¹

³⁹ SAP Barcelona de 22 diciembre de 2011 (ARP 2012\1210)

⁴⁰ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 301

⁴¹ SILVA SANCHEZ, J.M. (dir.) y RAGUÉS Y VALLÈS, R. (coord.): *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, op. cit., pp. 75 y 76.

En dichos artículos se regulan los diferentes tipos del delito de lesiones, que variarán en su pena en atención a su gravedad y circunstancias. Pasamos a analizarlas a continuación. En primer lugar, el artículo 147, en su apartado primero, regula el tipo básico. Este precepto señala como conducta delictiva el causar una lesión a otra persona, pero únicamente si tal lesión requiere asistencia facultativa y, además, “*tratamiento médico o quirúrgico*”. Este último requisito es especialmente importante, ya que si no se cumple no estaríamos ya ante el tipo básico, sino ante un delito leve de lesiones (147.2 CP). El apartado 3 del artículo 147 regula, por su parte, el delito de maltrato de obra, para cuando no se causa lesión alguna al perjudicado.

“*Artículo 147.*

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses. (...)”

Cabe por tanto determinar, en primer lugar, qué se entiende por tratamiento médico o quirúrgico. En este sentido, la jurisprudencia ha hecho un trabajo a la hora de determinar caso por caso cuando existe tratamiento médico o quirúrgico demasiado extenso para abordar (ya que se hace caso por caso). La problemática principal consiste, usualmente, en diferenciar el seguimiento facultativo con el tratamiento médico. En este sentido, el Tribunal Supremo ha dejado unas líneas básicas, distinguiendo seguimiento facultativo de tratamiento médico, al declarar que el segundo consiste, en lugar de un mero seguimiento o vigilancia, un plan establecido por el profesional médico necesario para lograr o acelerar la curación del paciente (generalmente con medicación, aunque no necesariamente: el TS considera que, en caso de roturas óseas, el reposo es tratamiento médico). Sin embargo, si la lesión sana espontáneamente y de forma rápida, no se requerirá tratamiento médico; así como cuando se requiera una primera asistencia facultativa (exploración médica y diagnóstico) pero no se haya dispuesto un tratamiento a mayores. El tratamiento quirúrgico, por otro lado, se refiere a una actuación médica algo más agresiva, correspondiente normalmente, aunque no siempre, a la realización de curas o cirugías: abrir, cortar, suturar, etc. En palabras del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), en la Sentencia núm. 409/2013 de 21 mayo⁴²: “*En efecto prescindiendo de la mera asistencia, el tratamiento de que habla el legislador es médico o quirúrgico . El primero es la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en Medicina con finalidad curativa, el tratamiento quirúrgico es aquel, que por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea la importancia de ésta: cirugía mayor o menor, bien entendido que la curación, si se realiza con *lex artis*, requiere distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria *ex ante*, exploración quirúrgica, recuperación *ex post*, etc.)*”. En todo caso, no es necesario que efectivamente la persona perjudicada se haya sometido a tal tratamiento, sino que

⁴² STS de 21 mayo de 2013 (RJ 2013\8075) Fundamento Jurídico tercero

basta, para que se aplique el tipo penal, que las lesiones objetivamente requieran de tal tratamiento.⁴³

Por otro lado, el CP recoge tipos agravados del tipo básico, que se pueden dividir en agravados por la entidad del resultado, o por las especialidades en la ejecución.⁴⁴ En el primer grupo se encuadran los artículos 149 y 150 del CP. En el artículo 149 se encuadran las lesiones que produzcan “*la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica*” o “*la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones*”. Por otro lado, el 150 es un tipo agravado pero que contempla una pena menor que la del artículo precedente, castigando “*pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad*”. Así, se señala como órgano principal, por ejemplo, las extremidades; y como órgano no principal la falange de un dedo o un testículo.

En cuanto al artículo 148 del CP, recoge una serie de circunstancias sobre la ejecución por las que se considera que existe un reproche penal mayor y por tanto una mayor pena. Las circunstancias son las siguientes: “*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; si hubiere mediado ensañamiento o alevosía; si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección; 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; o si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*” Nos referiremos posteriormente sobre los tipos agravados al analizar si son aplicables al caso concreto.

1.III.2. ANÁLISIS Y PENA EN EL CASO CONCRETO

En el caso planteado, y como ya vimos, Adriano disparó sobre Agripina de forma consciente y dolosa, al conocer y querer realizar la acción típica. Su conducta finalmente provocó una lesión en el omóplato de Agripina, además de una lesión bronco-pulmonar de carácter grave. Cabe analizar en qué tipo penal se pueden encuadrar dichas lesiones.

En primer lugar, se puede afirmar que se trata, en el caso planteado, de unas lesiones del tipo básico, contempladas en el artículo 147.1 del CP. Y esto es así ya que parece claro que unas lesiones causadas por un arma de fuego son de la suficiente entidad como para necesitar tratamiento médico o quirúrgico, más si cabe al haberle provocado una lesión de gravedad como La bronco-pulmonar que presenta Agripina. Y es que parece evidente que dichas lesiones requerían de cirugía, puntos de sutura, o, como mínimo, medicación para paliar efectos. Por ello, se cumplen los requisitos para descartar el delito leve o el maltrato de obra; a requerir las lesiones claramente de una primera asistencia facultativa y tratamiento médico y quirúrgico, requisito que plantea el artículo 147.1 del CP.

⁴³ SILVA SANCHEZ, J.M. (dir.) y RAGUÉS Y VALLÈS, R. (coord.): Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, *op. cit.*, p. 79

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial, op. cit.*, pp. 84 a 86.

En cuanto a los tipos agravados por la entidad del resultado producido, no se deduce de los hechos la inutilidad de ningún órgano, principal o no principal, así como otras circunstancias como la impotencia, esterilidad, o grave enfermedad somática o psíquica. Lo único que podríamos analizar aquí sobre la posible aplicación del artículo 149 o 150 sería una posible deformidad como consecuencia de las heridas producidas por las balas al penetrar en el cuerpo de Agripina. Los hechos planteados no aportan suficiente información, aunque podemos suponer las perforaciones de bala, tanto en el omóplato como en la espalda de la víctima. Ciertamente, las cicatrices generadas por impactos de bala no parecen de la entidad suficiente como para considerarlo deformidad grave prevista en el artículo 149. Ahora bien, ¿podrían encuadrarse las cicatrices generadas como una deformidad encuadrada en el artículo 150? Pues bien, sobre esto conviene destacar lo que señala la jurisprudencia sobre la deformidad. Así, precisa el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), en su Sentencia núm. 833/2017 de 18 diciembre⁴⁵: *“No obstante como criterios generales cabe indicar que por deformidad se entiende toda irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista. O también la que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos.”*; o la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª), en la Sentencia núm. 371/2006 de 4 mayo⁴⁶: *“El concepto de deformidad debe ser entendido siempre desde el punto de vista del disvalor del resultado lesivo para la integridad física del perjudicado. La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1145/1999 de 12 julio (RJ 1999\5343) nos recuerda que no todo daño corporal que afecte a la morfología del lesionado queda automáticamente integrado en dicha norma agravada, pues es necesario que altere de forma relevante su identidad fisionómica, y por ello es imprescindible analizar el alcance de las secuelas finales, una vez concluido el tratamiento reparador.”* Por tanto, para apreciar deformidad no basta únicamente con una herida, sino que ésta debe de afectar de forma importante a la imagen física del perjudicado, teniendo en cuenta factores como su visibilidad y fealdad objetivas.

En el caso concreto, se puede deducir que de los disparos, tras su cura, finalmente quedarán dos pequeñas cicatrices del tamaño aproximado del propio proyectil. Y es que las cicatrices derivadas de una herida de bala no parecen de la entidad suficiente como para ser calificadas como deformidades, al ser visibles únicamente a corta distancia y ser de poca gravedad. Y más si tenemos en cuenta que la zona afectada (la espalda) no es una zona particularmente visible y relevante a efectos estéticos.

Aún así, aunque el resultado de las lesiones no haga aplicable ni el artículo 149 ni el 150 del CP, las circunstancias que envuelven a la ejecución del delito sí que permiten que se aplique el tipo agravado del artículo 148 del CP. Y es que, en este caso, concurre alguna circunstancia, tal y como exige el precepto: en primer lugar, se cumple la circunstancia del artículo 148.1º, ya que parece evidente que efectuar disparos con una pistola supone la utilización de un arma o instrumento peligroso para la vida. En palabras del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1674/2002 de 10 octubre⁴⁷: *“En relación a la calificación jurídica de las lesiones, el Tribunal sentenciador, con toda corrección calificó las mismas de acuerdo con el tipo agravado del art. 148*

⁴⁵ STS de 18 diciembre de 2017 (RJ 2017\5720), Fundamento Jurídico segundo

⁴⁶ SAP Barcelona de 4 mayo de 2006 (ARP 2006\664), Fundamento Jurídico primero

⁴⁷ STS de 10 octubre de 2002 (RJ 2002\9372)

toda vez que, con independencia del tiempo de curación, las mismas fueron causadas con una pistola apta para efectuar disparos, y de hecho la herida fue de bala, por lo que la concurrencia de utilización de armas peligrosas para la vida es tan obvia que hace ociosa toda argumentación al respecto.” Por todo ello, las lesiones producidas por Adriano son finalmente constitutivas de un delito de lesiones agravado, comprendido en el artículo 148 del CP, castigado con una pena de entre 2 a 5 años de prisión.

Pero es que, aunque en dicho precepto se podrían encuadrar varias circunstancias más previstas en él (alevosía, tal y como analizamos anteriormente, al ser un disparo sorpresivo, por la espalda, sin discusión previa, etc.; y la circunstancia de que la víctima sea el cónyuge del autor), esta circunstancia nos lleva a una problemática: si dispusiéramos que dichas agravantes (la presencia de alevosía y que la víctima sea cónyuge del autor) se deben encuadrar dentro del artículo 148, nos encontraríamos con la peculiaridad de que se aplicaría la misma pena a una conducta que presentase únicamente una agravante prevista en el artículo 148, que a una conducta que presentase tres, o que a una que presentase cinco; cuando, obviamente, su gravedad y desvalor material sería distinto. Así, si se actuase de esta forma (incluyendo las tres agravantes de utilización de armas, alevosía, y que la víctima sea cónyuge en el artículo 148), se produciría una distorsión valorativa de la conducta punible, pues se estarían penando de igual manera conductas de una gravedad manifiestamente distintas. Por otro lado, el CP dispone que la aplicación de las agravantes del 148 es potestativa, tal y como indica la expresión “podrá”; y sobre todo se debe tener en cuenta que el mismo artículo señala que dicha agravación se producirá teniendo en cuenta el juez “el resultado causado y el riesgo producido”. Por ello, para evitar pues esta incongruencia entre el desvalor de la conducta y su pena, y tener en cuenta el resultado y el riesgo producidos, se propone actuar de la siguiente manera, teniendo en cuenta que el Código no lo prohíbe: así, se le aplicaría el tipo agravado del 148 pero únicamente por la utilización de armas (148.1º); mientras que las circunstancias de alevosía y de que la víctima sea cónyuge del autor se aplicarían como agravantes genéricas de los artículos 22.1ª (alevosía) y 23 del CP (circunstancia mixta de parentesco, agravante por ser un delito contra las personas), respectivamente. Esta maniobra permitirá finalmente una pena más acorde con el resultado producido, maniobra que no vulnera el principio de especialidad, pues éste debe entenderse referido únicamente al tipo delictivo, no a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Tampoco vulnera el principio *ne bis in ídem*, pues como vimos no se penan dos veces los mismos hechos, sino que se aplica un tipo agravado por concurrir una de las circunstancias requeridas (utilización de armas), y posteriormente se aplican las otras dos circunstancias distintas como agravantes genéricas.

Además, por otro lado, si se entiende que por la llamada que Adriano realiza a su superior, de la expresión citada de forma literal (*“he hecho una tontería”*) se puede deducir que lo llamó para contarle lo que había hecho y, consecuentemente, confesó lo que había realizado a un agente de la autoridad; podría ser de aplicación la atenuante de confesión prevista en el artículo 21.4ª, al hacer dicha confesión antes de que supiera que se dirigía un proceso judicial contra él.

Así, a la pena del tipo agravado de lesiones del artículo 148, de dos a cinco años de prisión, concurren dos agravantes y una atenuante. Ante esta situación (concurrencia de agravantes y atenuantes), dispone el artículo 66.1.7ª del CP que dichas circunstancias de deben valorar entre sí, y si después de esta valoración persiste *“un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.”* En este caso, a nuestro juicio, el hecho de ejecutar el delito con alevosía y

aprovechándose de que la víctima era su cónyuge añade un desvalor a la conducta que supera la circunstancia de que, posteriormente a la comisión de los hechos, decida comunicárselo a las autoridades; pues el riesgo creado, el resultado producido y las circunstancias de los hechos son de mayor relevancia que la confesión (a pesar de que ésta muestra un ápice de arrepentimiento y colaboración). Por ello, a nuestro parecer, persiste un fundamento de agravación sobre los hechos cometidos, por lo que la pena de dos a cinco años del tipo agravado de lesiones deberá ser aplicada en su mitad superior, es decir, de 3 años, 6 meses y un día a cinco años (siendo, la pena máxima de cinco años, a nuestro juicio, la más adecuada, atendiendo al gran riesgo creado para la vida de Agripina y los resultados producidos).

1.IV - PENAS ACCESORIAS

Una vez analizados los tipos delictivos cometidos y sus penas, cabe analizar también la posibilidad de establecer penas accesorias para las penas de prisión impuestas, a las que acompañarán por un tiempo establecido legalmente.

En primer lugar, cabe hacer referencia al artículo 56 del CP, en el que se establece que toda pena de prisión inferior a diez años, como es el caso aquí expuesto, llevará consigo, obligatoriamente, una o varias de las siguientes penas accesorias: Suspensión de empleo o cargo público; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, 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. Por ello, en este caso, a Adriano se le deberá imponer al menos una de las penas citadas anteriormente; si bien es cierto que la más adecuada parece la inhabilitación especial para empleo público por guardar relación con los hechos y atendiendo a la gravedad de éstos.

Además, cabe hacer referencia al artículo 57 del CP. Éste establece que cuando se cometan, entre otros, los delitos de lesiones o contra la libertad (entre los que se encuentra el acoso), el juez o tribunal podrá acordar alguna de las medidas previstas en el artículo 48 del CP (como la prohibición de acercarse a determinados lugares, por ejemplo). Así, dichas penas accesorias son potestativas.

Sin embargo, el apartado segundo del artículo 57 dispone que cuando la víctima sea, entre otros, cónyuge del autor, se aplicará, de forma preceptiva, la pena accesoria prevista en el artículo 48.2, que no es otra que la prohibición de aproximarse a la víctima (o, en su caso, a familiares u otra personas), a su lugar de trabajo, domicilio, u otros lugares que frecuente; así como el suspenso, respecto de los hijos, del régimen de visitas, comunicación y estancia reconocido previamente. Por ello, la discrecionalidad desaparece (y dicha pena es obligatoria) cuando la víctima es cónyuge del autor, como es el caso, al ser Agripina esposa de Adriano. Por ello, en el caso planteado, también se le impondrá dicha pena a Adriano. La duración de dicha pena viene recogida en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 57, ya que al tratarse de una pena de prisión no superior a cinco años y por tanto menos grave (tal y como dispone el artículo 33.3.a)); deberá tener una duración de entre uno y cinco años más que la pena de prisión impuesta. Por ello, preceptivamente se le impondrá a Adriano la prohibición de aproximarse a Agripina, a su domicilio, lugar de trabajo, o demás lugares que sean frecuentados por ella; prohibición que durará entre uno y cinco años más de

lo que dure su condena de prisión. Así, si como vimos, dicha pena es de cinco años, dicha prohibición deberá de durar entre 6 y 10 años.

Además, se podría prever, por las circunstancias del caso, que el Tribunal dispusiese la prohibición a Adriano de la tenencia y porte de armas, por un tiempo de entre tres meses a 10 años (40.2 CP).

“Artículo 57.

1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, (...), atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, e uno y cinco años, si fuera menos grave.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, (...) se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.”

“Artículo 48

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.”

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

2.1 - RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO

Es habitual que en numerosos procesos penales, en la sentencia, además de las penas impuestas, se decida también sobre la responsabilidad civil que se debe satisfacer por los daños causados por los hechos y actuaciones que son objeto de enjuiciamiento en dicho proceso. Es lo que se denomina como responsabilidad civil derivada del delito, muy utilizada históricamente y muy extendida en países de nuestro entorno. En nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad civil está prevista en el artículo 109 del CP, que señala que toda persona criminalmente responsable de un delito deberá reparar los daños y perjuicios que haya causado tal actuación. El artículo siguiente del CP acota lo que debe entenderse por “responsabilidad”, especificando que será la restitución, la reparación del daño y la indemnización por daños y perjuicios morales.

El hecho de que un juez, en un proceso penal, se pronuncie además sobre asuntos que, en un primer momento, corresponderían al orden civil, tiene su explicación. Y es que en ocasiones se afirma que quien conoce de un hecho causante del daño en profundidad puede entrar a valorar de mejor manera los daños derivados de dicha conducta delictiva, pero que no entran dentro del ámbito de la responsabilidad penal. Además, y sobre todo, debe tenerse en cuenta también que ésta agrupación de funciones obedece sobre todo a una organización judicial basada en el principio de economía procesal. Y es que el funcionamiento de la responsabilidad civil derivada del delito, ciertamente, evita que los mismos hechos sean objeto de tránsito entre varias jurisdicciones y, por tanto, evita un coste burocrático, temporal y económico tanto para la Administración de Justicia como para los interesados.⁴⁸ De todas formas, el apartado segundo del artículo 109 del CP señala que, de desearlo, el perjudicado podrá reservarse ejercer la mencionada la acción civil ante la jurisdicción civil. Así pues, la responsabilidad civil derivada de delito no es obligatoria, sino voluntaria.

En cuanto a las personas que deben satisfacer dicha responsabilidad civil, el CP establece, en su artículo 116, que serán civilmente responsables los que hayan sido condenados por un delito, si su conducta hubiere causado daños o perjuicios. También se establecen personas diferentes a los autores que deberán satisfacer, en su caso, la responsabilidad civil, en los artículos del 116 al 122 (aseguradoras, personas jurídicas titulares de medios de comunicación, etc.). Entre éstos artículos nos encontramos el artículo 121 del CP, que habla de una responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas derivada de hechos delictivos:

“Artículo 121.

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de

⁴⁸ SILVA SANCHEZ, J.M.: *Aspectos de la llamada Responsabilidad Civil en el Proceso Penal*, Indret, Barcelona, 2009, p. 2

dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.”

2.II - LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ARTÍCULO 121 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 121 del CP, como vemos, trata en su totalidad la posible responsabilidad civil de las Administraciones Públicas por los daños ocasionados por delitos. Tal responsabilidad tiene su amparo constitucional en el artículo 106.2 de la Constitución Española⁴⁹, que afirma que todo ciudadano tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de la Administración Pública, salvo en casos de fuerza mayor. En ocasiones tal afirmación se entiende como una culpa “in vigilando” o “in eligendo” de la Administración, pero más recientemente algunos tribunales vienen entendiéndolo como una responsabilidad cuasi objetiva, por el simple mal funcionamiento de la Administración o la inobservancia de las normas que rigen la relación de ésta con su personal dependiente⁵⁰, como sostiene, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1597/2001 de 17 septiembre⁵¹.

Para que se aplique este precepto, en primer lugar, los hechos delictivos deben de haber sido cometidos por autoridades, agentes, funcionarios públicos de la Administración, y toda persona que ejerza una función pública, sin importar la relación en concreto que tengan con ésta (directa o indirecta, mediante encargo directo o mediante una empresa subcontratada, por ejemplo). Lo único que se requiere es que la propia Administración le haya encomendado ejercer una función propia de los servicios públicos.

Además, el actuar de los empleados públicos debe ser en el ejercicio de sus funciones. Este requisito y su interpretación fue objeto de controversia a la hora de determinar la responsabilidad subsidiaria del Estado por la actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Analizaremos este punto posteriormente, al ser este asunto de gran interés por ser, en el caso planteado, un Guardia Civil (Adriano) el que comete el ilícito utilizando su arma reglamentaria.

A esto se le añade un requisito añadido, y es que además el daño producido por éstos debe de ser consecuencia directa del funcionamiento de los servicios de la propia Administración que estuvieran a cargo del personal dependiente de ésta que cometiese el hecho delictivo. Es decir, no basta con que alguien dependiente de la Administración cometa un hecho delictivo en el ejercicio de su cargo, sino que además el daño que origina dicha conducta debe tener como consecuencia directa el propio funcionamiento u organización de los servicios públicos. Por tanto, si no se cumple este último requisito, no habrá lugar a responsabilidad por parte del ente público. La expresión

⁴⁹ BOE núm. 311, de 29/12/1978, en adelante, CE

⁵⁰ MAPELLI CAFFARENA, B.: “Responsabilidad civil derivada del delito” en *Las consecuencias jurídicas del delito*, Aranzadi S.A.U., 2011. Epígrafe 8: La responsabilidad subsidiaria de la administración.

⁵¹ STS de 17 septiembre de 2001 (RJ 2001\7729), Fundamento Jurídico primero.

“consecuencia directa” no debe entenderse en el sentido de que el responsable subsidiario (la Administración) haya vulnerado las normas propias que penan la conducta delictiva, sino aquellas relativas a la elección del personal o a la vigilancia que los entes públicos deben mantener sobre su personal dependiente.⁵²

La responsabilidad no es directa, sino subsidiaria, tal y como indica el propio artículo. Por ello, se debe entender que la Administración únicamente responderá por este concepto cuando el responsable directo (el empleado público penalmente responsable) no satisfaga la obligación de reparar los daños causados. Parte de la doctrina afirma que una responsabilidad directa por parte de la Administración sería más respetuosa para el ciudadano que sufre de daños por un funcionamiento anormal de los servicios públicos.⁵³

En todo caso, lo cierto es que esta subsidiariedad busca, en mayor o menor medida, garantizar el cobro de la indemnización o reparación del daño por parte del perjudicado, al tener en cuenta la relación de dependencia que el responsable tiene con la Administración, a tenor también de que dicho daño se ha producido por el funcionamiento de los servicios públicos.

Señala también el artículo que dicha responsabilidad subsidiaria de la Administración existe sin perjuicio de la posible responsabilidad patrimonial que ésta tuviese siguiendo las normas del procedimiento administrativo aunque, evidentemente, sin que exista duplicidad indemnizatoria por los mismos hechos. Es decir, que existe una compatibilidad entre la responsabilidad derivada de delito y la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de sus servicios si ésta procede; de modo que, de no obtener en el proceso penal la responsabilidad civil derivada de delito del artículo 121 del CP, se podrá reclamar todavía a la Administración una indemnización por los cauces de la jurisdicción contencioso-administrativa.⁵⁴

2.III - FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO, ¿UTILIZACIÓN INDEBIDA DEL ARMA REGLAMENTARIA: RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA?

En los hechos expuestos, bien se observa que es cierto que Adriano, Cabo primero de la Guardia Civil (GC), realiza los disparos contra Agripina con su arma reglamentaria.

Como señalamos brevemente en el epígrafe anterior, la expresión literal de “*en el ejercicio de sus cargos o funciones*” propició que en un primer momento se excluyese, referente a funcionarios de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, la responsabilidad civil subsidiaria cuando los hechos delictivos se cometiesen fuera de servicio. Sin embargo, pronto esta expresión fue interpretada de forma algo más laxa por los tribunales, siendo ésta postura abandonada rápidamente, aceptando la jurisprudencia otros razonamientos, como el principio de creación de riesgo, presente, entre otras,

⁵² JAÉN VALLEJO, M.: “Responsabilidad Civil Subsidiaria del Estado (121 CP)” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, 2002, p. 2

⁵³ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentario al art. 121 del CP en Grandes Tratados. Comentarios al Código Penal (Tomo I)*. Aranzadi, S.A.U., 2008. Epígrafe 2: La responsabilidad de las Administraciones Públicas en el Código Penal de 1995.

⁵⁴ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Responsabilidad civil derivada del delito en: Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.* Epígrafe 8: La responsabilidad subsidiaria de la administración.

en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 27 de octubre de 2003⁵⁵: *“la creación del riesgo que la organización del servicio de Seguridad pública mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, (...) Es precisamente el riesgo derivado de la especial responsabilidad encomendada y del manejo del arma de fuego reglamentaria, que los agentes deben portar en todo momento (...) lo que determina una especial responsabilidad en las labores de selección y posterior control”*; o el mismo Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en la Sentencia núm. 496/2000 de 29 marzo (RJ 2000\3482): *“En consecuencia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se funda en el principio de la creación del riesgo , riesgo derivado directamente de la forma de organizar el servicio de seguridad pública, a través de la fórmula de disponibilidad permanente”* .

Y es que esta interpretación tiene su sentido cuando hablamos de personal perteneciente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por la relación que éstos deben tener con su arma reglamentaria. Para entender esto, cabe hacer referencia ahora a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁵⁶ . Dicha norma establece, en su artículo 5, apartado cuarto, que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado *“deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana.”* De ésta afirmación se entiende, pues, que además de la posibilidad y el deber de intervención que tienen los agentes cuando están en servicio, también existe dicho deber aún cuando no lo estén. Por ello, y para poder cumplir con este deber de defensa de la Ley, los agentes deberán, pues, portar su arma reglamentaria también en todo momento y en cualquier lugar. Esta situación, que en la mayoría de ocasiones supone un beneficio para la ciudadanía (el hecho de tener una posibilidad de ayuda por parte de un agente de la autoridad en cualquier momento), entraña también en ocasiones un riesgo, por el posible indebido uso que el agente realice de su arma reglamentaria, tanto cuando se haya en servicio como cuando no.

Esta situación provocó pues, en el caso de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que los jueces y tribunales interpretasen de una forma algo diferente el requisito de que la actuación del empleado público debía de ser en el ejercicio de sus funciones. La solución que adoptó la jurisprudencia fue adoptar el principio de creación de riesgo por parte de la Administración, al encomendar a los agentes dependientes de ésta el deber de intervención en cualquier momento. Es este principio de creación de riesgo el que finalmente determinó que, en el caso de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la Administración podría responder subsidiariamente por los actos delictivos que cometiesen los agentes incluso estando fuera de servicio; interpretando de manera más laxa el requisito que el artículo 121 del CP dispone al referirse a *“en el ejercicio de sus cargos o funciones”*. Lo explica el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en su Sentencia núm. 807/1996 de 28 octubre⁵⁷: *“se genera un riesgo potencial para ciudadanos individuales por el -no deseado pero posible-, abuso de las armas que los agentes deben portar en todo momento para encontrarse en condiciones de cumplir con este deber de intervención permanente. En consecuencia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se funda en el principio de creación del riesgo, riesgo derivado directamente de la forma de organizar el servicio de seguridad pública,*

⁵⁵ STS de 27 de octubre de 2003 (RJ 2003/7323)

⁵⁶ BOE núm. 63, de 14/03/1986, en adelante, LOFYCS

⁵⁷ STS de 28 octubre de 1996 (RJ 1996\9680), Fundamento Jurídico noveno

a través de la fórmula de disponibilidad permanente. (...) En definitiva 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 fuera de su domicilio se deriva de que aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio el riesgo derivado del hecho de portarla sí es una consecuencia directa del modo de organización del Servicio de Seguridad". Por tanto, este hecho constata que la Administración tiene una especial responsabilidad a la hora de controlar quién porta dicho arma en todo momento y, por tanto, la responsabilidad puede extenderse además a situaciones en las que el agente no está de servicio. Esto es debido a que la propia Administración genera un riesgo (la dotación de un arma de forma permanente) que se puede concretar no únicamente cuando el agente está de servicio, sino en todo momento. Sobre esto se pronuncia también el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en la Sentencia núm. 496/2000 de 29 marzo⁵⁸: *"En definitiva, 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, fuera de su domicilio, se deriva de que aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo derivado del hecho de portarla sí es una consecuencia directa del modo de organización del Servicio de Seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad, pero que entraña este tipo de riesgos."*

Aún así, el hecho de que se reconozca la posibilidad de existencia de una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por hechos cometidos por un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado fuera de servicio, no implica automáticamente que cuando se cometa un hecho delictivo con un arma reglamentaria tal responsabilidad se reconozca, ya que aún se tiene que cumplir el requisito de que los daños sean consecuencia de la propia organización del servicio público. Sobre esto, surgió una problemática entonces para determinar cuándo una agresión llevada a cabo mediante la utilización del arma reglamentaria fuera de servicio era consecuencia directa de la organización del servicio público. Aquí conviene señalar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha de 17 de julio de 2002 que, aunque no tenga carácter vinculante⁵⁹, lo cierto es que ha puesto las bases para asentar el criterio de los tribunales sobre este asunto y, en la práctica, dicha interpretación es seguida en la mayoría de los pronunciamientos judiciales sobre esta materia, tanto en el Tribunal Supremo como en otros órganos jurisdiccionales:

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 17.7.2002:

"... 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.

⁵⁸ STS de 29 marzo del 2000 (RJ 2000\3482)

⁵⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: "¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, Epígrafe 5, p. 17

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

Así pues, podemos destacar varias ideas principales que señala el Tribunal Supremo sobre esta cuestión: Primero, y como ya señalamos anteriormente, no basta el uso del arma reglamentaria para que haya responsabilidad subsidiaria, sino que el daño debe ser consecuencia de la organización del servicio público. A estos efectos dirime la cuestión finalmente el Tribunal Supremo sobre cuándo debe entenderse que el daño sea consecuencia de dicha organización, señalando que será únicamente cuando el agente utilice su arma reglamentaria en lugares públicos. Por ello, se excluye tal interpretación y por tanto se excluye la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en las situaciones en las que el uso del arma reglamentaria se hace en un contexto privado y familiar, es decir, en el domicilio del agente y además contra personas con las que éste conviva. Delimita así el Tribunal Supremo lo que reseñábamos anteriormente: si bien se permite que exista responsabilidad subsidiaria de la Administración cuando el agente está fuera de servicio, esta posibilidad se ve excluida cuando la actuación del agente se da en el marco de la convivencia o de las relaciones familiares dentro del propio domicilio del agente.

Este Acuerdo de Pleno no jurisdiccional lo que viene es a reforzar la tesis previa ya sostenida por el Tribunal Supremo, en la que se señalaba tal excepción al principio de creación de riesgo, como es el caso del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en la Sentencia núm. 390/1996 de 8 mayo⁶⁰, Fundamento Jurídico cuarto: *“Ahora bien de dicha doctrina no se deriva que el Estado sea civilmente responsable de los daños ocasionados por los agentes como consecuencia de agresiones realizadas en el ámbito íntimo y privado del domicilio familiar, como consecuencia de disputas conyugales que le afectan como a cualquier ciudadano común. (...) hace uso de un arma de fuego que guarda en su domicilio, como podría tenerla otro ciudadano o como podría haber utilizado otro tipo de arma. La mera disponibilidad de un arma de fuego dentro del domicilio no genera un riesgo especialmente relevante, que pueda hacer responsable de su uso a quien autoriza o acuerda dicha disponibilidad, (...)”*. Dicha interpretación permanece hasta nuestros días, como por ejemplo en la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 24/2015 de 18 diciembre⁶¹: *“(...) la utilización del arma reglamentaria no genera sin más la responsabilidad del Estado, sino que deben excluirse los casos en que el riesgo no sea concreción generada por el sistema de organización del servicio de seguridad, como sucede en el caso de su uso en un ámbito familiar e íntimo en que el agente hace uso del arma que tiene en su domicilio frente a personas de su entorno familiar del mismo modo en que pudiera hacerlo otro ciudadano que también la tuviera, o como podría haber utilizado otro tipo de arma.”*

Así pues, si tuviésemos en cuenta únicamente esto, podríamos pensar en un primer momento que la conducta de Adriano no es susceptible de generar responsabilidad civil subsidiaria por parte de la administración ya que éste realiza la conducta delictiva con su arma reglamentaria dentro de su domicilio, y en contra de su cónyuge.

⁶⁰ STS de 8 mayo de 1996 (RJ 1996\3802)

⁶¹ STSJ Madrid de 18 diciembre de 2015 (ARP 2016\130), Fundamento Jurídico cuarto

Sin embargo, aún quedan asuntos por determinar. Y es que en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2002 vemos una segunda idea muy importante y que debemos destacar: aún cuando, en circunstancias normales, se excluya la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración cuando se use el arma reglamentaria en el propio domicilio del agente y contra su cónyuge; dicha exclusión no se producirá en los casos en los que existan otro tipo de circunstancias generadoras de riesgo por las que la administración haya debido actuar mediante la retirada del arma reglamentaria del agente. Tales circunstancias deben ser valoradas caso por caso, aunque la práctica ha venido configurando como supuesto más habitual las situaciones en las que se cuestiona que la administración haya permitido que el agente conservase su arma aún cuando éste presentaba posibles alteraciones psíquicas que, en un mayor o en un menor grado, hiciesen prever un mayor riesgo. Dicha extinción de la responsabilidad a estos supuestos se basa, más que el principio de creación de riesgo, en un supuesto de culpa “in vigilando”, pues se considera que en estos supuestos la administración tendría que haber profundizado e incrementado el control sobre sus agentes para determinar si son aptos para portar un arma, debido a que existen circunstancias que objetivamente incrementan el riesgo para terceras personas. En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1597/2001 de 17 septiembre⁶²: “ (...) padecía, desde hacía casi un año, una depresión reactiva a su situación de separación conyugal, de tal entidad que le supuso permanecer de baja en su actividad profesional, con retirada del arma, durante dos meses, habiéndose recrudecido esta situación pocos días antes de los hechos de autos, tras finalizar una breve estancia con su esposa e hijos. 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 (...)”.

Así pues, finalmente llegamos a la conclusión de que, aún estando *a priori* ante un supuesto en el que no cabría la responsabilidad subsidiaria de la Administración Pública, todavía se debe de analizar si con la situación personal de Adriano, las medidas que la Administración ha adoptado en este caso han sido suficientes, sobre todo a la hora de proceder a la restitución del arma al final del periodo de baja en el que se encontraba Adriano. Cabe recordar, por tanto, que Adriano había estado de baja laboral desde diciembre de 2016 hasta julio de 2017, por un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y por un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa. Su arma reglamentaria fue retirada, pues, durante el periodo de baja laboral. En julio de 2017, Adriano recibe el alta médica y se le repone el arma reglamentaria, después de que el médico dispusiera que no se efectúe ningún seguimiento médico de su estado psíquico.

2.IV - ANÁLISIS CASO CONCRETO

Así, una vez observado que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado no se extiende a los supuestos en los que el agente de la autoridad comete un hecho delictivo utilizando su arma reglamentaria en el ámbito familiar en su propio domicilio, en el caso planteado la única posibilidad

⁶² STS de 17 septiembre de 2001 (RJ 2001\7729), Fundamento Jurídico primero

restante para apreciar responsabilidad subsidiaria sería que la situación médica de Adriano le imposibilitase para portar armas.

A nuestro juicio, ni siquiera en estas circunstancias cabría apreciar responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Y hacemos esta afirmación en base a lo siguiente: En un primer lugar, conviene señalar la correcta actuación del Cuerpo de la GC en el momento en el que Adriano obtiene la baja laboral, pues es en ese preciso momento en el que se decide retirarle el arma reglamentaria, al entenderse, con buen criterio, que si no se encuentra apto para realizar sus funciones laborales, tampoco se encuentra, pues, en condiciones de portar el arma reglamentaria. Y esto es así ya que dicha potestad y deber de llevar consigo su arma reglamentaria en todo momento no es más que una extensión de sus funciones al ámbito en el que el agente no se encuentra de servicio (recordemos el artículo 5.4 de la LOFYCS: *“Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana.”*). Por tanto, en un primer momento, la actuación de la Administración cuando Adriano se da de baja parece correcta.

Aún así, lo que cabría analizar, pues, es la decisión de restitución del arma, tras la cual, pasados apenas dos meses, se producen los hechos. A nuestro juicio, el hecho de que exista una baja médica previa, no determina automáticamente la responsabilidad de la administración. Y es que para que ésta exista se tendrían que vislumbrar indicios que hiciesen pensar que Adriano no estaba en condiciones de portar un arma ya que, en caso de no existir éstos, la administración no tendría base alguna para actuar, al desconocer una posible situación de riesgo para terceros. Y es que la actuación de la administración no se puede reputar negligente si la propia administración no podía conocer de forma alguna el riesgo que suponía que Adriano portase un arma. En este sentido se pronuncia la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) en la Sentencia de 20 febrero 2013⁶³: *“Así las cosas, es lógico y normal que la Administración no adoptara precauciones especiales sobre el Policía, al no ser racionalmente previsible una decisión como la que adoptó, atribuible exclusivamente a una decisión suya, libre y voluntaria, de atender contra el demandante.”* En el caso planteado, a nuestro parecer, la administración no disponía de indicios suficientes como para prever un mayor riesgo derivado del porte de un arma por parte de Adriano. Y es que es muy importante señalar que en un primer momento, el motivo de la baja laboral no es otro que la ansiedad derivada del estrés laboral. Por tanto, en un primer momento no se puede observar por parte de la administración otra cosa que no sea meramente un estrés derivado del trabajo, desconociendo ésta la situación personal o matrimonial de Adriano. Otro caso sería, si la baja laboral hubiese estado motivada por razones relacionadas con su situación conyugal u otras alteraciones psíquicas de mayor gravedad, como es el caso que resuelve el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) , en la Sentencia núm. 1597/2001 de 17 septiembre⁶⁴: *“el acusado (...) padecía, desde hacía casi un año, una depresión reactiva a su situación de separación conyugal, de tal entidad que le supuso permanecer de baja en su actividad profesional, con retirada del arma, durante 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».”* Así, no se puede afirmar que únicamente por una baja previa relativa asuntos estrictamente laborales la

⁶³ SAN de 20 febrero de 2013. (RJCA 2013\123), Fundamento Jurídico tercero.

⁶⁴ STS de 17 septiembre de 2001 (RJ 2001\7729), Fundamento Jurídico tercero.

administración tuviese que intensificar los controles para proceder a la restitución del arma reglamentaria.

Pero es que además, sí que se realiza un control a la hora de decidir si se debe restituir el arma a Adriano. Y es que cuando se le da el alta laboral, un médico lo evalúa, determinando que no sólo está apto para reincorporarse a su trabajo, sino que además no es ni tan siquiera necesario efectuar un seguimiento de su estado psíquico. Por tanto, lo que hace aquí la administración es, ni más ni menos, que confiar en el parecer de un especialista médico que determina que no es necesario realizar más controles sobre el estado mental de Adriano. En un caso similar, conviene señalar el parecer del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) en la Sentencia núm. 3/2013 de 6 mayo⁶⁵: *“desde el momento, que el alta aparece firmada por un especialista, un siquiatra, se confío en su superior criterio, de tal suerte que no habiéndose señalado ningún tipo de salvedad al respecto, se autorizo su reincorporación al servicio con total plenitud, es decir, con plena habilitación para realizar servicios de armas como cualquier otro agente. (...) ha de acreditarse que concurre algún tipo de circunstancia que permita afirmar que el sujeto no tiene las condiciones adecuadas para estar en posesión de un arma. Lo que desde luego en el presente caso no concurre, dado que como ya se ha analizado, pese a esta baja laboral no puede afirmarse que el individuo se encontrara en algún tipo de estado permanente que le inhabilitara para usar un arma. Sino que tal como declaran los doctores que le atendieron, y vienen a ratificar varios compañeros, dicha baja estuvo motivada por un problema de ansiedad derivado de un tema estrictamente laboral”*.

A pesar de que no disponemos de esa información en los hechos, parece claro que si el médico determina que no ha de realizarse ningún seguimiento de su estado psíquico es porque considera que éste es el adecuado para desempeñar sus funciones y por tanto portar el arma reglamentaria. Que el Cuerpo de la GC haya confiado en el criterio de un profesional médico no parece, a nuestro juicio, como una conducta inapropiada y generadora de responsabilidad civil subsidiaria. En palabras del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, en la Sentencia 514/2016 de 13 de junio⁶⁶: *“A la vista de todo ello se puede afirmar que no ha existido pasividad de la Guardia Civil, ya que fue ella misma la que instó el examen del acusado que dio lugar al primer dictamen (16 de mayo de 2011) en el que se declara la aptitud para el servicio sin observar ninguna patología que hiciese necesaria o conveniente la retirada del arma. Tampoco se advirtió que cuando el acusado se incorporó al servicio activo después de esta primera revisión, existieran datos o síntomas que aconsejaran la realización de otra revisión.”* En esta sentencia el Tribunal Supremo afirma que el hecho de que se le haya reconocido por un médico y se le haya declarado como apto para portar armas es suficiente control y que, de no haber más indicios (como en este caso, ya que el único indicio que la Administración conoce es una baja laboral previa, y por motivos laborales) que denoten un riesgo, la conducta de la Administración es adecuada.

Y es que, en definitiva, la actuación de la GC no es otra que, en primer lugar, la retirada del arma reglamentaria cuando Adriano estaba de baja laboral y por tanto impedido para realizar sus funciones. En segundo lugar, se le examina a efectos de comprobar si puede reincorporarse a su puesto de trabajo, derivándose de dicho examen que no sólo está apto para reincorporarse, sino que

⁶⁵ STSJ CV de 6 mayo de 2013 (JUR 2013\283391), Fundamento Jurídico séptimo

⁶⁶STS de 13 de junio de 2016 (RJ 2016/2736), Fundamento Jurídico cuarto

no es necesario que se realice otro tipo de seguimiento sobre su estado mental. Ante esto, la administración confía en las afirmaciones del profesional médico y, al desconocer otro tipo de indicios (como ya se indicó la baja laboral previa no parece suficiente, ya que ésta se debía a temas laborales) que puedan hacer creer que existe un mayor riesgo, se le repone su arma reglamentaria. Dicha conducta de la administración no parece, pues, generadora de una responsabilidad civil subsidiaria del artículo 121 del CP, sin perjuicio de que se puedan acudir a otras vías, como la jurisdicción contenciosa-administrativa.

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.

Una vez que se han calificado jurídicamente los hechos realizados por Adriano y se le ha impuesto una pena de prisión, el siguiente paso es que ingrese en un centro penitenciario, siguiendo lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento Penitenciario⁶⁷, que establece que el ingreso en prisión se efectuará mediante sentencia firme de la autoridad judicial competente; para que comience a cumplir la pena impuesta. El primer paso por determinar será, pues, a qué centro penitenciario debe ser destinado Adriano por Instituciones Penitenciarias (II.PP.).

3.I. CENTRO DE DESTINO

A la hora de decidir el centro penitenciario de destino de una persona que acaba de ser condenada a penas de prisión se siguen varios criterios, entre los que están la disponibilidad de los propios centros penitenciarios, su seguridad y su orden interno. Sin embargo, el criterio que se usa por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (en adelante DGIP) como regla general es el criterio de proximidad geográfica a la ciudad o provincia del domicilio habitual de la persona condenada, sobre todo para las personas sin antecedentes penales o que no se comporten de manera conflictiva (pudiendo incluso ser, si se constata tal conflictividad, trasladados a otro centro penitenciario distinto).⁶⁸

Las razones detrás de la utilización de la proximidad geográfica al domicilio como criterio básico para elegir el centro penitenciario de destino son muy variadas. El fundamento principal se basa en el artículo 25.2 de la CE, donde se establece el principio básico inspirador de las penas de prisión: su orientación hacia la reeducación y reinserción social. En base a esto, todo el sistema penitenciario está orientado a conseguir la reinserción social del interno. Por ello, se debe considerar que el objetivo es que los internos vuelvan a formar parte de la sociedad en cuanto su pena se termine. Todo esto requiere que la Administración favorezca que el penado se mantenga en contacto de alguna manera con la sociedad, y no sólo eso, sino que para conseguir una reinserción efectiva parece claro que se debe evitar el llamado “desarraigo social y familiar” de los penados. Dicho desarraigo se produce, entre otros motivos, cuando el penado no puede comunicarse con sus familia o con su entorno social, por imposibilidades materiales, al no poder desplazarse hasta el establecimiento en el que se encuentra el interno por estar demasiado lejos. Por ello, parece claro que la proximidad geográfica del interno a su domicilio mientras se encuentra cumpliendo condena es un requisito básico en aras a cumplir la disposición constitucional de reinserción social de los condenados a prisión por parte de IIPP.

Así, las diferentes leyes en materia penitenciaria han tenido en cuenta esta previsión constitucional y recogido en su contenido dicho criterio de proximidad geográfica. Así, la Ley Orgánica General Penitenciaria⁶⁹, establece en su artículo 1 la orientación de todo el sistema penitenciario a conseguir

⁶⁷ BOE núm. 40, de 15/02/1996, en adelante RP

⁶⁸ RÍOS MARTIN, J.C.: *Manual de Ejecución Penitenciaria Defenderse de la Cárcel*, Colex, Madrid, 2009, pp. 67, 68 y 69

⁶⁹ BOE núm. 239, de 5/10/1979, en adelante LOGP

la reinserción social. Además, en su artículo 12, la ya referida ley dispone que la Administración intentará que las diferentes áreas territoriales cuenten con los suficientes establecimientos penitenciarios necesarios *“para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados.”* Dicha preocupación de la LOGP por evitar el ya referido desarraigo social se puede observar también en el artículo 116.3, donde se insta a poner tratamiento en diversas áreas para evitar el desarraigo social de los penados. Por otro lado, en términos del tratamiento penitenciario, la LOGP insta en su artículo 63 a la Administración a tener en cuenta *“el medio al que retornará”* el penado, lo que hace pensar de nuevo en esta preocupación por evitar el aislamiento social de los penados.

Por ello, todo parece indicar que el centro penitenciario de destino de Adriano debe de ser aquél más próximo al entorno social de éste, a ser posible en la misma provincia o CCAA. Por tanto, en ausencia de otras circunstancias que puedan hacer prever un cambio a la hora de elegir un centro de destino, la DGIP deberá escoger el más cercano a su domicilio. Eso sí, se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 8 de la LOFYCS, en el que se establece que los integrantes de las Fuerzas Y Cuerpos de Seguridad del Estado deben de estar separados del resto de internos; así como el grado en el que sea clasificado, que determinará el tipo de establecimiento al que se destinará; tal y como dispone el artículo 63 de la LOGP: *“se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél.”*

3.II - GRADO DE CLASIFICACIÓN

Una vez que se ha dispuesto el centro de destino, hay que determinar en cuál de los regímenes de vida penitenciarios se internará a Adriano. En primer lugar, cabe tener en cuenta el artículo 99 del RP, en el que se establece la separación de los internos por, en primer lugar, *“sexo, edad y antecedentes delictivos y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento.”*

Además, se debe hacer referencia a los artículos nueve y diez de la LOGP, en los que se establecen los distintos regímenes en los que se organizan los establecimientos penitenciarios: régimen cerrado (para internos de gran peligrosidad o inadaptación), régimen ordinario, o régimen abierto. Lo que determina en qué régimen se integrará cada interno dependerá de en qué grado se clasifique al penado en el momento de su ingreso.

Así, los grados suponen gran parte de la configuración del status jurídico y de vida del penado⁷⁰. El sistema de grados es establecido primeramente por la LOGP, en su artículo 72.1, donde dispone que *“las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional”*. El apartado siguiente del mismo artículo, así como el artículo 101 del RP, establece una correlación entre el grado de clasificación del interno y el régimen de vida en el que estará encuadrado, siendo el régimen cerrado el aplicable a aquellos internos clasificados en primer grado; el régimen ordinario el aplicable a los encuadrados en segundo grado; y finalmente el régimen abierto el propio de los clasificados en tercer grado. Aún así, el artículo 100.2 del RP abre la posibilidad a que; para casos

⁷⁰ BONA I PUIVERT, R.: *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 253

concretos, se mezclen aspectos característicos de cada uno de los grados para hacer el sistema más flexible y adecuado para cada interno.

La clasificación de los internos es el paso previo para comenzar el tratamiento en prisión de los internos, al determinar el régimen de vida más adecuado para realizarlo. Se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 63 de la 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 y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.”*; así como también el ya mencionado anteriormente artículo 8 de la LOFYC.

En cuanto al proceso de clasificación de los internos en alguno de los grados, éste viene detallado en los artículos 102 y 103 del RP. Así, una vez se produce el ingreso, y como vimos anteriormente, los funcionarios de IIPP deberán de tener en cuenta las circunstancias personales, de pena y sociales del interno para determinar su encuadre en alguno de los grados. Esto se realiza mediante el denominado periodo de observación. Dicha observación viene definida en el artículo 64 de la LOGP, donde se establecen sus bases y sus límites. Así, ésta consistirá en una recogida de información del interno, bien a través de los documentos que lleguen a disposición de IIPP; Bien mediante la realización de entrevistas personales. Naturalmente, también se tendrá en cuenta la propia conducta del interno dentro de la prisión, que deberá ser seguida de cerca por los funcionarios.

Así, tras la adecuada observación del interno, debe ser la Junta de Tratamiento del centro penitenciario la que realice su propuesta de clasificación, tal y como establece el artículo 103 del RP. El propio precepto señala a continuación el plazo máximo de observación que tiene la Junta de Tratamiento y, por tanto, para realizar dicha propuesta. Ese plazo será de dos meses, que empezarán a contar desde el día en el que se reciba testimonio de la sentencia condenatoria del propio interno. Dicha propuesta, según el ya mencionado artículo 103, deberá contener el grado de clasificación que se estima pertinente, así como el tratamiento penitenciario que se considera más adecuado para él. En la práctica, la propuesta se realiza tras una entrevista con el psicólogo, el criminólogo y el trabajador social de la prisión, que tienen en cuenta, sobre todo, el tiempo de condena, el tipo de delito, y la adaptación del interno al orden de la cárcel.⁷¹

Para determinar cuáles son los criterios en los que deberá basarse la Junta de Tratamiento para proponer un grado de clasificación penitenciaria, debemos acudir al artículo 102 del RP, en el que se dispone que, una vez analizadas las circunstancias del penado, se clasificará:

- En segundo grado, como el grado de clasificación ordinario y más habitual, a aquellas personas que presenten unas circunstancias normales de convivencia, pero que no estén preparadas todavía para vivir en un régimen de semi libertad.
- En tercer grado a aquellas personas que puedan llevar una vida en semi libertad.
- En primer grado, a aquellas personas que presenten una inusual peligrosidad y una manifiesta imposibilidad de llevar a cabo una normal convivencia, por factores diversos tales como una

⁷¹ RÍOS MARTIN, J.C.: *Manual de Ejecución Penitenciaria Defenderse de la Cárcel*, op. cit., p. 92

personalidad agresiva o antisocial, indisciplina al régimen carcelario o pertenencia a bandas armadas o criminales.

Sin embargo, una vez realizada esta propuesta, estamos ante eso, meramente una propuesta. Por ello, ésta deberá ser aprobada o, en su caso modificada, por la DGIP. El plazo para ello viene recogido en el artículo 103 del RP, donde se señala un máximo de dos meses para la resolución. Así pues, el tiempo máximo para clasificar a un interno será de cuatro meses: dos para la realización de la propuesta por la Junta de Tratamiento y otros dos para la resolución de la DGIP. Ahora bien, excepcionalmente, la DGIP podrá extender dicho plazo por dos meses más, para *“la mejor observación de la conducta y la consolidación de los factores positivos del interno.”* Así pues, debe entenderse que éste nuevo plazo obedece únicamente a razones beneficiosas para el interno, en aras a concedérselo un régimen más permisivo para el penado; no siendo posible utilizar este plazo para imponerle un régimen más estricto. Dicha propuesta ha de ser, en todo caso, motivada, no bastando una motivación genérica. Los tribunales⁷² han señalado que no basta únicamente hacer referencia al tipo de delito cometido o historial delictivo, sino que efectivamente se deberán de tener en cuenta todas las circunstancias personales, familiares y sociales que puedan incidir en la decisión de clasificación del interno.

En todo caso, la resolución final de la DGIP será objeto de recurso, en el caso de que el interno no esté conforme, ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP), que resolverá conforme a derecho según lo estime conveniente, tal y como dispone el artículo 76.2.f) de la LOGP.

Por otro lado, una vez se ha producido la clasificación inicial del interno, cabe destacar de que tal clasificación no es permanente. Y es que, tal y como dispone el artículo 105 del RP, los internos deberán ser evaluados nuevamente, a efectos de reconsiderar las circunstancias consideradas cuando se realizó su clasificación inicial, con una periodicidad máxima de seis meses. Tras esta nueva evaluación, si corresponde, la Junta de Tratamiento propondrá, y la DGIP resolverá, sobre si procede un cambio en la clasificación del interno (progresión o regresión de grado). Dicha resolución también será recurrible ante el JVP.

Por todo ello, y en este caso concreto, se debe determinar en qué grado clasificar a Adriano. En las circunstancias en las que se nos presenta a Adriano (y a falta de mayores detalles, como las entrevistas realizadas en el establecimiento penitenciario, etc.), todo parece indicar que el grado más adecuado para Adriano es el segundo grado. Y es que, como vimos, el primer grado es excepcional, y no debe adoptarse a no ser que observemos una peligrosidad manifiesta en el sujeto o una falta de adaptación al régimen de vida. Ciertamente, a pesar de haber cometido un delito contra la salud de las personas, no hay indicios como para pensar que, durante su estancia en prisión, Adriano presente una conducta excepcionalmente peligrosa. En cuento al tercer grado, ya que la pena supera los cinco años, sería necesario esperar al periodo de seguridad correspondiente a la mitad de la condena para concedérselo (artículo 36.2 del CP) si, además de esto, cumple con los demás requisitos como satisfacer la responsabilidad civil. Sin embargo, a nuestro juicio, el tipo de delito cometido, así como su estado ansioso, no parece hacer pensar que está todavía preparado para hacer vida en semi libertad.

⁷² Auto AP Las Palmas 430/04 de 23 de junio, entre otros

Por ello, al no poderse encuadrar, a nuestro juicio, ni en primer ni en tercer grado, regímenes extraordinarios, Adriano deberá ser encuadrado en segundo grado, que se corresponde con el régimen ordinario de vida penitenciaria, según dispone el artículo 76 del RP. El segundo grado es el grado de clasificación más habitual, en el que se encuadran todos los presos no clasificables en el primer ni en el segundo grado.⁷³ En él, y según el artículo 47.2 del RP, se podrán solicitar permisos de salida ordinarios si se han cumplido la cuarta parte de la condena. Aún así, se debe tener en cuenta lo expuesto anteriormente, referido a la cantidad de circunstancias personales, sociales y familiares que se deben tener en cuenta para su clasificación, así como las entrevistas del personal penitenciario con el interno y la observación de su comportamiento en la propia institución. Por ello, ciertamente se ha de afirmar que en los hechos expuestos no se encuentra la información suficiente como para realizar este análisis exhaustivo que requiere la clasificación penitenciaria; por lo que la conclusión de que Adriano debe de ser encuadrado en el segundo grado debe entenderse acorde con la información de que se dispone que, repetimos, no parece suficiente.

3.III - INCLUSIÓN EN UN FIES

El denominado FIES (Ficheros de Internos de Especial Seguimiento), es una base de datos creada en los años 90, con la finalidad de disponer de información amplia sobre determinados internos que, bien por su peligrosidad manifiesta, bien por presentar determinadas circunstancias que obliguen a IIPP a tomar determinadas cautelas; necesiten de un seguimiento especial en aras a garantizar la seguridad de los establecimientos penitenciarios y de los propios internos.

Su base legal (tras la reforma del RP en 2011, resolviendo algunos problemas de legalidad de los FIES suscitados anteriormente), se encuentra en el artículo 6 del RP, en el que se afirma la potestad de IIPP de crear determinados ficheros para garantizar la seguridad de la prisión: *“La Administración penitenciaria podrá establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, así como la integridad de los internos. En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquél que reglamentariamente corresponda.”* Así, una norma legal habilita a crear dicho fichero, cumpliendo así con el requisito de legalidad (motivó por el que, antes de 2011, el Tribunal Supremo declaró el Régimen FIES ilegal el 17 de marzo de 2009). Naturalmente, también deberá de cumplir la legislación de protección de datos.

La instrucción 12/2011 de IIPP, que actualiza la anterior instrucción 2/2006, regula los aspectos principales del FIES. Así, justifica la creación de dicho fichero basándose en razones de seguridad y orden interno, para garantizar la integridad de los internos, de los que la Administración tiene el deber de cuidar; al tener una relación de especial sujeción. Por tanto, para hacer frente a estos riesgos y amenazas a la seguridad, IIPP decide crear ficheros para aquellos internos que, por sus características personales, requieran de un mayor control. Así, se recaban distintos datos del interno, entre los que se encuentran: fotografía, filiación, antecedentes e historial delictivo, incidentes protagonizados y comunicaciones con el exterior; además de la información que recibe de otras fuentes como del expediente del propio centro penitenciario, etc.

⁷³ BONA I PUIVERT, R.: *Cuadernos de Derecho Judicial*, op. cit., p. 256

La inclusión en el fichero es consecuencia de una decisión de la DGIP. Una vez incluidos, se procederá a informar al interno de su situación, informándole de la posibilidad que tiene de recurrir dicha decisión ante el JVP.

En la actualidad existen cinco tipos de FIES, dependiendo del tipo de interno que estén integrados en dicho fichero. Así, los tipos de FIES son:⁷⁴

- FIES 1: Control directo. En él se incluyen aquellos presos con un comportamiento muy conflictivos, que hayan puesto en peligro la vida o integridad física de funcionarios u otros internos con sus acciones.
- FIES 2: Delincuencia organizada. Se refiere a aquellos presos que han cometido delitos en el seno de una organización criminal, o aquellos que, por el mero hecho de pertenecer a una asociación de este tipo, denoten una excepcional y manifiesta peligrosidad.
- FIES 3: Bandas armadas. Está pensado para los internos pertenecientes o colaboradores con organizaciones terroristas. En la actualidad los dos grandes grupos integrantes en este fichero son las personas vinculadas de alguna forma con el terrorismo yihadista, o bien con la ya disuelta banda terrorista ETA (que fue la principal motivadora por la cual se creó el FIES en los años 90).
- FIES 4: Fuerzas de Seguridad y funcionarios de IIPP. Pensados para los integrantes de estos dos colectivos; al necesitar, por la seguridad del propio centro o de los internos aquí incluidos, un control más exhaustivo.
- FIES 5: Características especiales. Es el “cajón de sastre”, donde se incluyen internos que no se pueden encuadrar en los anteriores FIES, como pueden ser los penados por un Tribunal Internacional, los miembros de grupos violentos, etc.

En el caso planteado, Adriano, como miembro del cuerpo de la GC y, por tanto, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y en cumplimiento con las cautelas exigidas por el artículo 8 de la LOFYCS, donde se determina que se deberá de separar a este tipo de presos del resto de internos; deberá de ser incluido en el FIES 3, especialmente diseñado para estas situaciones. Esto determinará un mayor control hacia él y sus comunicaciones con el exterior. Y es que su mayor formación como funcionario en materia de seguridad podría suponer un riesgo para la organización interna de la cárcel, así como incluso por su propia seguridad, para evitar represalias por parte de otros internos hacia él.

⁷⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, 2011. *La seguridad en los establecimientos penitenciarios*. Epígrafe 3.5

3.IV - TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Si hablamos anteriormente de la función resocializadora y de reinserción del sistema penitenciario (artículo 25 de la CE y artículo 1 de la LOGP), es de recibo señalar uno de los grandes pilares; sino el más importante; para conseguir este objetivo: el tratamiento penitenciario que se lleva a cabo con el interno en el establecimiento penitenciario. En el caso de Adriano, nos centraremos en el tipo de tratamiento que recibe un interno que ha sido condenado por delitos de violencia contra la mujer.

El artículo 59 de la LOGP define el concepto de tratamiento penitenciario y establece su objetivo, que va en relación con la ya mencionada función de reinserción del sistema penitenciario:

“Artículo cincuenta y nueve

Uno. El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados.

Dos. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades.”

Por su parte, el RP ahonda y delimita de manera un poco más precisa en qué consistirán las actividades de tratamiento penitenciario:

“Artículo 110. Elementos del tratamiento.

Para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria:

a) Diseñará programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias.

b) Utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior.”

Por todo ello, se debe entender, en el caso de Adriano, que su tratamiento consistirá en el seguimiento de un programa de corte psicológico y social en el que se afrontarán las necesidades específicas que guarden relación con su perfil: un hombre que ha cometido un delito de violencia de género atentando contra la salud de su esposa.

En primer lugar, cabe destacar la voluntariedad del tratamiento penitenciario. El interno debe de elegir libremente la posibilidad de someterse de forma libre y voluntaria al tratamiento diseñado por el personal especializado de IIPP, sin que pueda ser obligado directa o indirectamente, a realizarlo. Tal y como dispone el artículo 112.3 del RP, un hipotético rechazo por parte del interno no puede ocasionar sobre éste ningún tipo de consecuencia negativa: *“sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado.”* Sin embargo, esto no quiere decir que no se valore el sometimiento del interno a los programas de tratamiento a la hora de concederle beneficios penitenciarios o a la hora de encuadrarlo en un régimen de vida más beneficioso para él, tal y como dispone el artículo 65 de la LOGP y 106 del RP, en el que se puede observar como el sistema penitenciario evaluará, entre otros factores, la evolución del tratamiento que sigue el interno a la hora de clasificarlo en un nuevo grado o centro penitenciario.

En cuanto a los principios inspiradores del tratamiento penitenciario que determinarán la actuación de la administración, éstos vienen recogidos en el artículo 72 de la LOGP, donde se pueden observar dos fases: una primera fase de estudio de la personalidad del sujeto y de los problemas que presente, y una segunda fase que corresponde a la propia ejecución del tratamiento diseñado para el interno. De dichos principios destaca la atención a la propia personalidad y necesidades específicas del sujeto, estableciendo una individualización del tratamiento, no siendo éste general; así como el hecho de que debe de estar basado en un programa, que puede variar en función de la evolución propia del interno que se someta al tratamiento. Por ello, debemos afirmar que el tratamiento será distinto en función Del receptor de dicho tratamiento, y de sus necesidades específicas, así como de los problemas concretos que presente por su propia personalidad, vivencias, etc.

Es muy importante señalar que, además del tratamiento propio de cada interno, IIPP prevé también la existencia de programas de tratamiento específicos, de atención especializada.⁷⁵ Estos programas tendrán en cuenta circunstancias especiales que requieran una atención específica para tratar a diversos grupos de internos. El artículo 116 del RP dispone expresamente dos tipos de estos programas de tratamiento: en primer lugar, aquellos destinados a los internos que sean drogodependientes y que soliciten un tratamiento de deshabituación de dichas sustancias; Y en segundo lugar, programas de tratamiento destinados a aquellos internos condenados por delitos contra la libertad sexual. Pero además, en su cuarto apartado, el artículo 116 del RP otorga la posibilidad a la administración penitenciaria de crear otros programas de tratamiento específicos, si se considera oportuno.

Así, en la materia en la que nos ocupa, siendo Adriano condenado por un delito contra su mujer, y cabe destacar el programa específico de tratamiento destinado a personas calificadas como maltratadores y relacionadas con la violencia de género. Dicho programa fue creado por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷⁶, donde se establece expresamente, en su artículo 42 que IIPP *“realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género”*, y precisando, por si quedaba alguna duda de que se correspondía con un programa de tratamiento penitenciario, que *“Las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos”*. Por tanto, este programa específico de tratamiento es el que podrá (recuérdese el carácter voluntario) seguir Adriano en prisión. Programa que, mediante su seguimiento, y si se aprecia una evolución, podrá suponer una progresión de grado hacia un régimen de vida más flexible, así como la concesión de beneficios penitenciarios o incluso la libertad condicional cuando se cumplan los demás requisitos necesarios.

Para finalizar, y entrando en el contenido específico de los programas de tratamiento de violencia de género, la DGIP, así como la SGIP (Secretaría General de IIPP) han publicado diversos documentos

⁷⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, op. cit., epígrafe 6.4

⁷⁶ BOE núm 313, DE 29/12/2004, en adelante LOMPIVG

⁷⁷ en los que se detalla el tratamiento para delincuentes de violencia de género en prisión. De su lectura se pueden extraer varios puntos en común. En dichos programas, se realiza un trabajo de expresión e identificación de emociones por parte del interno, para luego identificar los problemas que asoman en su personalidad. Posteriormente, se trabaja en la creación de responsabilidad y empatía con la víctima del delito, además de identificar todas las actitudes propias de un delincuente de violencia de género para aislarlas e identificarlas como negativas; previniendo así una posible recaída futura, etc. Dichas medidas son las utilizadas actualmente, para intentar conseguir la reinserción de éstos tipos de internos y evitar la comisión de más delitos, por parte de la administración penitenciaria.

⁷⁷Es posible acceder a ellos en institucionpenitenciaria.es (última consulta 21 de Mayo de 2018): DGIP, DOCUMENTOS PENITENCIARIOS 2, PROGRAMA DE TRATAMIENTO EN PRISION PARA AGRESORES EN EL ÁMBITO FAMILIAR. GRUPO DE TRABAJO SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO//SGIP, DOCUMENTOS PENITENCIARIOS 7, VIOLENCIA DE GÉNERO, PROGRAMA DE INTERVENCIÓN PARA AGRESORES (PRIA)

CONCLUSIONES FINALES

- Cuestión 1

En conclusión y recapitulando, debemos recordar que la conducta de Adriano ha sido constitutiva de varios delitos: en primer lugar, el delito de acoso, previsto en el artículo 172 ter del CP. Esto es así porque Adriano ha llevado a cabo una conducta tendente a comunicarse, de forma reiterada y persistente durante meses, con su esposa Agripina, a pesar de su negativa a conversar con él. Además, Adriano realizaba una conducta de vigilancia permanente y atosigamiento hacia la víctima, haciéndola conocedora de que Adriano sabía en todo momento su situación, y donde se encontraba. Dicha conducta, sin duda, producía un desasosiego y un menoscabo en la sensación de seguridad de Agripina, que se sentía controlada y amenazada por Adriano y, por tanto, veía alterada su vida cotidiana de forma grave, debido a la férrea vigilancia a la que estaba sometida y a la perturbación en su tranquilidad por los insistentes intentos de Adriano por comunicarse con ella. Dicha conducta encaja de forma perfecta con el delito de acoso, en su forma agravada debido a que la víctima era cónyuge del autor; llevando aparejada, por tanto, una pena de uno a dos años de prisión.

Por otro lado, la conducta que lleva a cabo Adriano cuando dispara a Agripina dos veces por la espalda en su domicilio, a pesar de que corresponde con la ejecución de un delito de asesinato (al estar presente la alevosía, al disparar por la espalda, sin haberse producido ninguna discusión previa, etc.), este no se produce, ya que no se consuma, al no producirse finalmente la muerte de la víctima. En un primer momento, se podría llegar a pensar que estamos ante una tentativa de asesinato. Sin embargo, para que ésta se produzca, se tiene que observar el requisito de que el resultado no se produzca por circunstancias ajenas a la voluntad del actor. Pero es que en este caso, a nuestro juicio, esto no ocurre, ya que hay que tener en cuenta la conducta que tuvo Adriano inmediatamente después de realizar los disparos. Al avisar con absoluta celeridad a los servicios de emergencia para que atendiesen a Agripina de sus heridas, no se denota otra cosa que no sea una voluntad por paliar los efectos de los disparos y, por tanto, una voluntad de evitar la muerte de Agripina. Así, ya no estamos ante una tentativa, sino que nos encontramos ante un supuesto del artículo 16.2 del CP, en el que se contempla el supuesto en el que una persona evita, de forma efectiva, la producción del resultado típico mediante su actuar voluntario y libre. Y es que a diferencia de la tentativa, en supuestos del artículo 16.2 del CP se prevé ni más ni menos que la exención de la responsabilidad criminal. Por ello, la conducta de Adriano no puede ser juzgada como un delito de asesinato, ni siquiera en su modalidad de tentativa, quedando exento de toda responsabilidad penal por este tipo penal. Sin embargo, y tal y como establece el propio precepto, esto no quiere decir que los actos anteriores, si son constitutivos de delitos, no pueden ser juzgados.

Por tanto, por lo que si será juzgado y penado Adriano será por un delito de lesiones. Así, en un primer momento, observamos que las heridas producidas encuadrasen el delito de lesiones en el tipo básico, ya que unas heridas de bala que han producido además una lesión bronco-pulmonar de carácter grave requieren tratamiento médico o quirúrgico, tal y como establece el precepto. Pero además, se debe determinar si las lesiones producidas podrían encuadrarse en uno de los tipos agravados. Descartando que las heridas de bala produjesen deformidades o la inutilidad de algún órgano, se llega la conclusión de que las lesiones producidas solo encuadrables en el tipo agravado del artículo 148 del CP, pues se han utilizado armas o instrumentos peligrosos para la vida de la

víctima, ya que se producen disparos con un arma de fuego. Además, cabe resaltar la existencia de las circunstancias agravantes de alevosía y de que la víctima tenga parentesco, al ser cónyuge, con el autor. Y es que al cometer estos delitos contra su cónyuge, a Adriano se le impondrá pena accesoria a mayores de la que le corresponde por ser penado a prisión. Por ello, se le podrá imponer la prohibición de aproximarse a Agripina, así como a su lugar de trabajo, domicilio, u otros lugares que frecuente.

- Cuestión 2

En segundo término, se pregunta si es de aplicación la responsabilidad subsidiaria por parte del estado prevista en el artículo 121 del CP, al cometerse el delito con el arma reglamentaria de Adriano. Así, aunque el delito se haya producido con Adriano fuera de servicio, la jurisprudencia ha entendido que dotar de un arma de forma permanente a un agente de la autoridad supone una creación de riesgo suficiente como para estimar que pueda haber responsabilidad subsidiaria incluso por actos cometidos fuera de servicio por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado. Sin embargo, también se ha establecido que dicha creación de riesgo no se aplica en los casos en los que el agente de la autoridad utilice su arma reglamentaria en un ambiente íntimo o familiar, como en este caso, cuando le dispara a su cónyuge en su propio domicilio. Aún así, Cabe resaltar que la responsabilidad subsidiaria por parte del Estado existiría si, aún habiéndose producido en el domicilio del agente el delito, hubieran existido indicios suficientes como para haberle retirado el arma.

A nuestro juicio, la previa baja laboral que tuvo Adriano no es motivo suficiente como para estimar responsabilidad por parte de la administración. Y es que la actuación de la GC fue en todo momento correcta. En primer lugar, cuando Adriano solicita la baja se le retira el arma reglamentaria. Además, una vez que se reincorpora al cuerpo el médico que le da el alta estima que no se le debe hacer seguimiento médico alguno. Por tanto, la administración lo que hace es confiar en el superior criterio de un profesional especializado en la materia, en asuntos médicos, y la baja anterior que había cogido Adriano, no era motivo suficiente como para no restituir el arma, ya que una baja laboral por motivos única y exclusivamente de estrés laboral no hacían prever un riesgo como el que finalmente se produjo. Por todo ello estimamos que no hay motivos suficientes como para sostener que el Estado deba responder subsidiariamente de la responsabilidad civil derivada del delito cometido por Adriano.

- Cuestión 3

En tercer lugar, una vez determinadas las penas de prisión, cabe determinar el centro de destino y el grado de tratamiento penitenciario que se le aplicará a Adriano. Así, siguiendo en la medida de lo posible, para cumplir la función resocializadora de la prisión prevista constitucionalmente, el criterio de proximidad geográfica con el domicilio del interno para evitar el desarraigo social que produciría estar muy alejado de su entorno social, la clasificación del interno determinará en buena parte a qué tipo de establecimiento se le ha de enviar. Así, en dos meses, la junta de tratamiento deberá proponer una propuesta de clasificación, que en tras dos meses deberá de ser aprobada por la DGIP. Dicha clasificación puede ser en primer, segundo, o tercer grado. En este caso, todo parece indicar que, a falta de circunstancias extraordinarias, Adriano deberá ser clasificado en el habitual segundo grado, que determinará que deberá seguir un régimen de vida ordinario en prisión. Además, cabe destacar que, como miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, Adriano podrá

ser incluido en un FIES, A fin de garantizar el orden interno y la seguridad del establecimiento penitenciario.

Por último, se señala que también deberá seguir un tratamiento dentro de la prisión especializado y pensados para delincuentes de violencia de género, pensado para satisfacer las necesidades de este tipo de internos, a fin de lograr una reinserción efectiva en la sociedad para cuando salga de prisión. Aún así, dicho tratamiento deberá ser individualizado, teniendo en cuenta las circunstancias personales, sociales, familiares, y psicológicas de Adriano. Todo esto con la finalidad de conseguir que interprete la conducta propia de un maltratador y la individualice como algo negativo, para lograr su recuperación y para prepararlo de nuevo para vivir en sociedad, respetando a la ley penal vigente.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades” en *Revista La ley penal*, núm. 105, Madrid, 2013, p. 1

BONA I PUIVERT, R.: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Congreso General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 251-259

CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español-Parte General Tomo III*, Madrid, 2009, p.191

CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español Parte General Volumen 2 Teoría del Delito (2)*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 119-147

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Pamplona, 2011, Epígrafes 3.5 y 6.4

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “La reeducación de los condenados por actos de violencia de género: Expectativas de futuro”, pp. 4 y 6

JAÉN VALLEJO, M.: “Responsabilidad civil subsidiaria del Estado (121 CP)”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Granada, 2002, p. 2

JIMÉNEZ SEGADO, C.: “Stalking o “stalkeo”: el delito de acoso persecutori” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 925/2016 parte Comentario, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016, p. 1

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, Epígrafe 5, p. 17.

MAPELLI CAFFARENA, B.: “Responsabilidad civil derivada del delito”, en *Publicación: Las consecuencias jurídicas del delito*, Aranzadi S.A.U., 2011, Epígrafe 8: La responsabilidad subsidiaria de la administración.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 84-86, 133

ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 301 y 302

QUINTERO OLIVARES, G.: “Comentario al art. 121 del CP” en *Grandes Tratados. Comentarios al Código Penal (Tomo I)*, Aranzadi, S.A.U., 2008. Epígrafe 2: La responsabilidad de las Administraciones Públicas en el Código Penal de 1995.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 598-605

RÍOS MARTIN, J.C.: *Manual De Ejecución Penitenciaria, Defenderse de la cárcel*, Colex, Madrid, 2009, pp. 67, 68, 69 y 92

RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “Exigencias básicas para apreciar delito de stalking: acoso a pareja sentimental” en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 47/2017 parte Jurisprudencia, Fichas de Jurisprudencia Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017, pp. 1 y 2

SILVA SANCHEZ, J. M.: (dir.) y RAGUÉS Y VALLÈS, R.: (coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 75-79 y 114

SILVA SANCHEZ, J.M.: *Aspectos de la llamada Responsabilidad Civil en el Proceso Penal*, Indret, Barcelona, 2009, p. 2

SORDI STOCK, B.: “Programa para agresores de violencia de género en prisión: ¿Avanzamos o caminamos en círculos?”, en *Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XXXVI*, Santiago, 2016, p. 80-84

www.institucionpenitenciaria.es (última consulta 20 de mayo de 2018).

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

STS (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 390/1996 de 8 mayo. RJ 1996\3802

STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 807/1996 de 28 octubre. RJ 1996\9680

STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 721/1997 de 22 mayo. RJ 1997\4434

STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1453/1997 de 26 noviembre. RJ 1997\8322

SAP de Valencia (Sección 2ª) Sentencia núm. 69/2000 de 12 febrero. ARP 2000\180

STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 496/2000 de 29 marzo. RJ 2000\3482

STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1597/2001 de 17 septiembre. RJ 2001\7729

STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1674/2002 de 10 octubre. RJ 2002\9372

TS (Sala de lo Penal) Auto de 13 marzo 2003. JUR 2003\88012

STSJ de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 16/2003 de 10 septiembre. ARP 2004\18

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 27 de octubre de 2003 RJ 2003/7323

STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 140/2005 de 3 febrero. RJ 2005\2193

STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 224/2005 de 24 febrero. RJ 2005\3545

SAP de Barcelona (Sección 10ª) Sentencia núm. 371/2006 de 4 mayo. ARP 2006\664

SAP de Madrid (Sección 15ª) Sentencia núm. 153/2007 de 12 abril. ARP 2007\669

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 82/2009 de 2 febrero. RJ 2009\332

SAP de Barcelona (Sección 3ª) Sentencia núm. 1054/2011 de 22 diciembre. ARP 2012\1210

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 418/2012 de 30 mayo. RJ 2012\6569

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección5ª) Sentencia de 20 febrero 2013. RJCA 2013\123

STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 3/2013 de 6 mayo. JUR 2013\283391

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 409/2013 de 21 mayo. RJ 2013\8075

STSJ de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 24/2015 de 18 diciembre. ARP 2016\130

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia 514/2016 de 13 de junio. RJ 2016/2736

SAP de Teruel (Sección 1ª) Sentencia núm. 23/2017 de 21 junio. ARP 2017\1057

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 554/2017 de 12 julio. RJ 2017\4136

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 833/2017 de 18 diciembre. RJ 2017\5720

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 124/2018 de 15 marzo. JUR 2018\94852

