



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Trabajo de
fin de grado

Violencia de género

Tamara Folgueira Suárez

Tutor/a: Santiago Roura Gómez

**Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de
Empresas**
Año 2018

Trabajo de Fin de Grado presentado en la facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña
para la obtención del Grado en Derecho

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES DE HECHO	4
II. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS	6
A) CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS DESCRITOS Y POSIBLES SANCIONES A IMPONER.	6
i. <i>Violencia de género</i>	6
ii. <i>Efectos de la reforma del CP en materia de violencia de género</i>	9
iii. <i>Asesinato</i>	10
iv. <i>Delito de lesiones</i>	14
v. <i>Delito de Stalking, acoso, acecho u hostigamiento</i>	15
vi. <i>Delito de coacciones leves</i>	18
vii. <i>Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal</i>	19
viii. <i>Aplicación al caso</i>	21
B) RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO, POR EL EMPLEO DEL ARMA REGLEMENTARIA POR PARTE DEL CABO PRIMERO DE LA GUARDIA CIVIL, ADRIANO	23
i. <i>Regulación de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado</i>	23
ii. <i>Presupuestos de imputación de la responsabilidad civil según el art.121 CP</i>	24
iii. <i>Delitos cometidos por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria</i>	26
iv. <i>Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo</i>	28
v. <i>Aplicación al caso</i>	31
C) 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.	32
i. <i>Tratamiento penitenciario</i>	33
ii. <i>Clasificación penitenciaria</i>	35
iii. <i>Régimen penitenciario</i>	37
iv. <i>Centro de destino</i>	41
v. <i>Separación penitenciaria</i>	43
vi. <i>Aplicación al caso</i>	44
III. CONCLUSIONES FINALES O RESUMEN EJECUTIVO	46
IV. BIBLIOGRAFÍA	47

ABREVIATURAS

ART: Artículo
BOE: Boletín Oficial del Estado
CC: Código Civil
CCAA: Comunidades Autónomas
CE: Constitución Española
CP: Código Penal
CPM: Código Penal Militar
DGIP: Dirección General de Instituciones Penitenciarias
FFAA: Fuerzas Armadas
FIES: Ficheros de Internos de Especial Seguimiento
JVM: Juzgados de Violencia sobre la Mujer
LOFCS: Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria
Núm.: Número
pp.: páginas
RD: Real Decreto
RP: Reglamento Penitenciario
SGIP: Secretaria General de Instituciones Penitenciarias
ss.: Siguietes
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
TS: Tribunal Supremo

I. ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

El día 15 de abril, Agripina bloqueó el número de teléfono de Adriano. Éste continuó contactando con ella a través de la aplicación de mensajería de la red social Facebook, creando un perfil falso.

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

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

Uno de los disparos impactó en el omóplato derecho de Agripina y el segundo le provocó una lesión bronco-pulmonar de carácter grave. Justo después de disparar, Adriano realizó dos llamadas: la primera a los servicios de urgencias informando de que su mujer estaba herida de gravedad. La segunda llamada la dirigió al Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo, al que comunicó lo siguiente: “he hecho una tontería, una tontería muy grande”.

Adriano, Cabo primero de la Guardia Civil, había estado de baja laboral durante los meses de diciembre de 2016 y julio de 2017, por un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y por presentar un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa. Por

tal motivo le fue retirada su arma reglamentaria durante el periodo de baja laboral. En julio de 2017, Adriano se reincorpora en su puesto de trabajo, tras recibir el alta médica y se le repone el arma reglamentaria. El médico dispone que no se efectúe ningún seguimiento médico de su estado psíquico.

CUESTIONES:

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

II. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

A) CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS DESCRITOS Y POSIBLES SANCIONES A IMPONER.

En primer lugar, resulta necesario calificar los hechos ocurridos en el presente caso. A tenor de los antecedentes de hecho que se exponen, analizaremos los posibles delitos que pueden tener lugar, además de las sanciones a imponer.

i. Violencia de género

La violencia de género es uno de los mayores problemas criminógenos y sociales en España hoy en día. La definición más aceptada de violencia de género es la propuesta por la ONU en la **Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en 1993** como: “*Todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada*”. En la IV Conferencia Mundial de 1995 se reconoció que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En España, se encuentra regulada en la **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género**¹, que reconoce a todas las mujeres víctimas de esta lacra social y lucha por sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Esta ley busca proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres, y supuso un hito legislativo en nuestro país, al ser la primera vez que se promovía una ley de carácter integral, que concentra en un único texto legal todas las soluciones y medidas y otorga al tratamiento legal de la violencia de género un enfoque multidisciplinar². Existe también la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**³.

Adriano, el protagonista el caso, está destinado en Arévalo, perteneciente a la provincia de Ávila, en la comunidad autónoma de Castilla y León, por lo que la normativa autonómica a aplicar va a ser **Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León**⁴, que tiene como objetivo prevenir situaciones de violencia de género, a través de la erradicación de las relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres, haciendo efectiva la igualdad real.

Además, destaca la importancia del **Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica**⁵, realizado en Estambul el 11 de mayo de 2011.

El art.1 de la LO 1/2004 define la violencia de género como aquella que se produce como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de

¹ «BOE» núm. 313, de 29/12/2004.

² LAGUNA PONTANILLA, G.: *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p.90.

³ «BOE» núm. 71, de 23/03/2007

⁴ «BOE» núm. 317, de 30/12/2010

⁵ «BOE» núm. 137, de 6/06/2014

poder de los hombres sobre las mujeres, y que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones análogas de afectividad, aun sin convivencia. Continúa dicho art.1 en su apartado segundo, declarando que se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es doble, por un lado, *prevenir, sancionar y erradicar esta violencia*, y por otra parte, *prestar asistencia a sus víctimas*. Además, aclara en su apartado tercero, que la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad⁶.

Es decir, se exige que el sujeto que la práctica sea un hombre, una mujer quien la sufre y que entre ambos exista (o haya existido) una relación de afectividad. Es irrelevante su forma de expresión, pudiendo ser violencia tanto física como psicológica, e, incluso, su entidad, porque no excluye las violencias de escasa entidad. Este art.1 exige, como vemos, unos determinados requisitos, por lo que no toda violencia ejercida por un hombre sobre una mujer es la violencia que se pretende combatir, ya que debe ser practicada por razón de género, lo que la distingue de cualquier otra en ésta no sea su razón de ser. Se diferencia de la “violencia doméstica”, que consiste en violencia física o psicológica ejercida por uno de los miembros de la unidad familiar contra otro, por lo que el sujeto activo puede ser tanto un hombre o una mujer, a diferencia de la violencia de género, en la que sólo puede ser el hombre.

El TS⁷ exige que, de acuerdo con lo previsto por el art.1.1 LO 1/2004, la violencia ejercida sea “*manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer*”, por lo que no toda violencia ejercida sobre la mujer debe considerarse necesaria y automáticamente como violencia de género. Como indica la Exposición de motivos de la propia Ley, debe tratarse de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores como carentes de los derechos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

En el caso en que nos encontramos, podemos afirmar que existe violencia de género, ya que Adriano y Agripina mantuvieron una relación, llevaban 10 años casados, a pesar de que en los últimos meses se encontraban separados, y la violencia que se produce tiene como causa la mala situación sentimental que estaban atravesando, indicándole Agripina en reiteradas ocasiones sus intenciones de poner fin al matrimonio, no aceptando esto Adriano.

La protección dispensada por el ordenamiento jurídico a las víctimas por delitos de violencia de género ha crecido en los últimos años, culminando con la promulgación de la citada LO 1/2004⁸. En ella, se ha pretendido que la tutela de los bienes jurídicos afectados se realice, además de con medidas de Derecho Penal, con el auxilio de otras disciplinas jurídicas, como la previsión de medidas de sensibilización, prevención y detección, especialmente en ámbitos como el educativo⁹. Esta Ley introduce en nuestro Derecho Penal, como indica Faraldo Cabana, la perspectiva de género. Es desde esta perspectiva que el legislador introdujo modificaciones en varios artículos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁰, como por ej. el 148, 153 o

⁶ RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, p.404.

⁷ STS de 24 de noviembre de 2009 [RJ 2010\124]

⁸ LAGUNA PONTANILLA, G.: *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, op.cit., p.26.

⁹ RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.26

¹⁰ «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. En adelante, CP.

171.4. La introducción de esta perspectiva permite apreciar una mayor toma de conciencia del papel de la mujer y sobre la inacceptabilidad del maltrato como expresión de dominación en la pareja por parte del hombre.¹¹

Con la introducción de esta LO 1/2004, destaca la creación de los delitos leves de violencia de género (lesión leve o maltrato de obra, coacciones leves y amenazas leves), ya que antes de su creación, eran una falta, por lo que no procedía la detención del agresor. Sin embargo, actualmente, son hechos constitutivos de delito y sí que procede su detención.¹² Se busca crear instrumentos penales veloces, capaces de aportar una intervención rápida y eficaz. Además, esta ley prevé algunas medidas para poner a disposición de las víctimas un sistema de apoyo continuado, desde el momento de la denuncia hasta el de la celebración del juicio oral.

Como indica Ramón Ribas: “*Los delitos de violencia de género lesionan, además del bien respectivamente protegido por las lesiones leves y malos tratos, por las amenazas y coacciones, lo cual justifica su permanencia en las respectivas sedes sistemáticas, el bien jurídico de integridad moral, lo que confiere a tales infracciones un doble contenido de injusto que evidencia su carácter complejo y consiguiente mayor gravedad y que autoriza, en suma, su consideración como delito y no como mera falta*”. Esta clase de violencia encierra un menosprecio de la mujer, que es tratada de forma degradante.¹³

La amplitud del término *violencia de género* previsto en el art.1.1 LO 1/2004, permite afirmar que cualquier delito violento es susceptible de adoptar tal expresión, como el homicidio o las lesiones. Estos delitos no son, por definición, delitos de violencia de género, pero tienen la posibilidad de serlo, produciéndose su transformación cuando un comportamiento reúna los requisitos exigidos por dicho precepto¹⁴. Además, en el CP aparecen específicamente caracterizados como delitos de violencia de género los siguientes:

- Art.153.1 CP: Delito de lesiones leves o maltrato de obra
- Art. 148.4 CP: Delito de lesiones agravado
- Art. 171.4 CP: Delito de amenazas leves
- Art. 172.2 CP: Delito de coacciones leves

Es decir, existen unos artículos específicamente recogidos como violencia de género, y además, cualquier infracción violenta puede adquirir, concurriendo los requisitos del citado art.1, dicha caracterización. Con anterioridad a esta ley, el Derecho Penal trataba de prevenir la violencia de género mediante los delitos y faltas que combatían, con carácter general, cualquier tipo de violencia, teniendo sólo el delito de violencia doméstica habitual, regulado en el art.173.2 CP, un perfil próximo al regulado por la LO 1/2004¹⁵.

Una de las peculiaridades de los procesos penales de violencia de género se encuentra en los obstáculos probatorios a los que deben enfrentarse la fiscalía y el juez. Al producirse los hechos, en la gran mayoría de los supuestos y en este caso, en el domicilio familiar, la única que los conoce suele ser la propia víctima, por lo que con

¹¹ FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Penal*, núm. 17, 2006, p.85 y ss.

¹² RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *op.cit.*, p.418.

¹³ RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género y violencia doméstica*, *op.cit.*, pp.121-122

¹⁴ RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *op.cit.*, p.409.

¹⁵ RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género y violencia doméstica*, *op.cit.*, p.45.

los únicos elementos de prueba directa y personal que podrá contarse serán las declaraciones realizadas por el imputado y la víctima. La violencia de género es tan compleja en sus circunstancias y factores que la construcción de la prueba aparecerá siempre como una tarea interdisciplinar.¹⁶ Además, las víctimas de violencia de género gozan del derecho a la dispensa de la obligación de declarar contra la pareja o ex pareja (art. 416.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁷), excepto en los casos recogidos en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013.

La primera gran apuesta realizada por el legislador español en la lucha contra la violencia de género fue la creación de unos tribunales especiales, cuya función es tutelar la violencia de género, que son los **Juzgados de Violencia sobre la Mujer**, regulados en el art. 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹⁸. Los JVM son los órganos jurisdiccionales especializados en materia de violencia sobre la mujer, incardinados en la jurisdicción penal ordinaria, con una demarcación judicial y competencia objetiva, funcional y territorial propias, conducido por un juez especializado. Tienen competencia para conocer tanto de causas penales en materia de violencia de género, como de causas civiles cuando estén íntimamente relacionadas con las anteriores, y se encuentran regulados en los arts. 43 a 56 de la LO 1/2004¹⁹.

Con carácter general en materia penal, la competencia territorial se determina en virtud del principio “*fórum delicti comissi*”, que atribuye la competencia al juez del lugar de comisión del hecho delictivo. La LO 1/2004 modifica este criterio general al añadir el art. 15 bis LECr, ya que en materia de violencia sobre la mujer será el lugar del domicilio de la víctima en el momento en que ocurren los hechos.

ii. Efectos de la reforma del CP en materia de violencia de género

Recientemente, se produjo la reforma del CP por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con novedades que afectan a los preceptos relativos a la violencia de género, y que refuerzan la protección penal de las víctimas. Esta modificación del CP llevó a cabo una de las reformas más profundas de nuestro ordenamiento penal, suprimiendo el Libro III, relativo a las faltas. Como indica la exposición de motivos, estas reformas se justifican en la necesidad de reforzar la protección especial que dispensa el CP a este tipo de víctimas y en adecuarse al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en vigor en España desde el 1 de agosto de 2014.

En primer lugar, se incluye la **agravante del art.22.4** de actuar por discriminación por razones de género. La razón de esta modificación es que el género, entendido según el art.3.c) del Convenio, como los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo. Se admite doctrinalmente la compatibilidad de la agravante del art.22.4 con las atenuantes, aunque en los supuestos de perturbación psíquica o

¹⁶ VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “Cap.IX: Los delitos de violencia contra la mujer y su persecución penal” en *La violencia contra la mujer: abordaje asistencial, médico-legal y jurídico* (RODRÍGUEZ CALVO, M.S., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., Dir. y Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

¹⁷ Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «BOE» núm. 260, de 17/09/1882. En adelante, LECr.

¹⁸ «BOE» núm. 157, de 02/07/1985. En adelante, LOPJ.

¹⁹ LAGUNA PONTANILLA, G.: *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, op.cit., p.34.

alteración emocional será necesario que se acredite el móvil discriminatorio²⁰. Sin embargo, no cabe aplicar la agravante en aquellos delitos en los que el sujeto activo y pasivo estén o hubieran estado unido por razones de afectividad (ex art.87 ter.1º LOPJ), ya que sino se afectaría al principio *non bis in ídem*, al aplicar una misma agravante dos veces a una misma conducta.²¹

En segundo lugar, se introduce una corrección en materia de imposición de **penas de multa**, con el fin de que no generen consecuencias negativas en el ámbito familiar. Con carácter general, sólo será posible esta imposición en este tipo de delitos cuando conste acreditado que entre agresor y víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o existencia de una descendencia común (art.84.2 CP).²² Si concurre esta relación de dependencia no podrá imponerse la pena de multa, y habrá que optar por la pena alternativa que contemple el tipo penal.

En tercer lugar, se incluyen los nuevos delitos de **Stalking** (art. 172 ter CP), que veremos más adelante, y **Sexting** (art. 197.7 CP), que surgen como una adaptación del CP a las nuevas realidades sociales.

Por último, se incluyen novedades en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento; la reforma del art.57 CP, al desaparecer la falta de injurias leves en la violencia de género y convertirse en delito leve, o la regulación de los matrimonios forzados (art.172bis CP).

iii. Asesinato

Hasta el 2015, la conducta típica del asesinato consistía en matar a otro con la concurrencia de alguna de las siguientes tres circunstancias: alevosía, ensañamiento o precio, promesa o recompensa. Tras la modificación operada por la LO 1/2015, a esas tres circunstancias se ha añadido una cuarta (“*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*”) y ha aparecido la figura de la prisión permanente revisable en el asesinato (art. 140)²³. En este caso, como veremos, concurre la circunstancia de alevosía, regulada en el art.22.1º CP.

Según el TS (STSS de 23 de febrero de 2017, 2 de diciembre de 2013 y 13 de junio de 2016), concurre **alevosía** cuando se 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. Se aprecia una mayor antijuridicidad en la conducta derivada del *modus operandi*, que está conscientemente orientado a asegurar la ejecución y a impedir la defensa. Se distinguen tres tipos de comportamiento alevoso: alevosía **proditoria** o traicionera, cuando se ejecuta mediante trampa o traición del que acecha; alevosía **sorpresiva**, mediante un ataque súbito, inesperado e imprevisto; y alevosía por **desvalimiento**, cuando se aprovecha una especial situación y desamparo de la víctima, por ej. atacar a un niño o persona inconsciente. El núcleo de la alevosía se halla, por

²⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. y COLINA OQUENDO, P.: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias* (RODRÍGUEZ RAMOS, L. Dir.) La Ley, Madrid, 2015, p.313.

²¹ LAGUNA PONTANILLA, G.: *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, op.cit., p.150.

²² MAGRO SERVET, V.: “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género” en *La Ley Penal*, nº 114, 2015, p.2

²³ RODRÍGUEZ RAMOS, L.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. y COLINA OQUENDO, P.: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, op.cit.,p.757.

tanto, en aniquilar las posibilidades de defensa de la víctima, o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión.

De acuerdo con la jurisprudencia del TS (ej.STS de 30 de septiembre de 2015) y el art.22.1 CP, la alevosía se integra por la concurrencia de los siguientes elementos:

- Delito contra las personas
- Ejecución de medios, modos o formas objetivamente adecuados para eliminar las posibilidades de defensa de la víctima.
- Conocimiento y consentimiento por parte del autor de que con ello se aniquilan las posibilidades de defensa de la víctima.
- Mayor antijuridicidad de la conducta derivada del *modus operandi*.

En este caso, nos encontramos con un ataque sorpresivo e inesperado, además de producirse por la espalda, y con un arma cuya capacidad homicida está fuera de dudas, lo que impide la reacción defensiva de la víctima, por lo que se cumplen las características de la alevosía, ciertamente una **alevosía sorpresiva**, ya que la víctima se encontraba de espaldas viendo la televisión y no había capacidad de reacción defensiva ante esa inesperada actuación. La elección del arma constituye un elemento revelador para determinar cuándo se pretende asegurar el resultado, dado que es un dato indiscutible que el disparo con arma de fuego a pocos metros garantiza prácticamente el resultado de muerte, y al realizarse contra quien carece de instrumento alguno de defensa constituye uno de los supuestos más inequívocos de aseguramiento de la ejecución sin riesgo proveniente de una defensa de la víctima²⁴.

Resulta imprescindible determinar el **ánimo homicida** (*animus necandi*) del autor del delito, ya que se plantean dudas a cerca de si nos encontramos ante un delito consumado de lesiones o ante una tentativa de asesinato, que absorbería las lesiones causadas. Es precisamente el **dolo**, como voluntaria y manifiesta intención del resultado, el **elemento diferenciador** de ambas figuras delictivas, pero, excepto en aquellos supuestos en que el sujeto reconoce haber actuado con deseo de matar, el *animus necandi* sólo puede obtenerse por inferencia de los datos y circunstancias que constan en los hechos probados. Según jurisprudencia del TS, como por ej. STS de 23 de febrero de 2017, los criterios o indicios a tener en cuenta son: relaciones previas entre agresor y agredido, comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, el arma o instrumentos empleados, la forma en que se materializa la acción homicida, y cualquier otro dato que pueda resultar de interés según las peculiaridades del caso concreto. Como indica la STS de 2 de julio de 2014, son signos externos indicadores de la voluntad de matar, entre otros: la clase de arma utilizada e idoneidad para matar o lesionar, la zona del cuerpo a la que se dirige la agresión, la causa o motivación de la misma, etc.

Es necesario el **dolo homicida**, el cual tiene dos modalidades: el dolo **directo**, que es el deseo y voluntad del agente de matar, y el dolo **eventual**, que surge cuando al sujeto activo se le representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado. Lo relevante para afirmar la existencia de dolo es la constancia de una voluntad dirigida a realizar la acción típica, empleando medios capaces, pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que realiza pone en peligro el bien jurídico protegido, en este caso, la vida. Bajo la expresión “ánimo de matar” se comprenden en la jurisprudencia tanto el dolo directo como el eventual.²⁵

²⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. y COLINA OQUENDO, P.: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, op.cit.,p.764.

²⁵ STS de 2 de julio de 2014 [RJ 2014\4252]

Como indica la STS de 11 de enero de 2017, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal, además del dolo eventual, basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, asumiendo o aceptando el probable resultado que pretende evitar la norma penal.

En el supuesto examinado, consta probado que el recurrente utilizó un medio letal idóneo para causar la muerte de Agripina, pues se valió de su arma reglamentaria. Además, los disparos se produjeron a una zona vital, impactando uno de ellos en el omóplato derecho, y el segundo en bronquio y pulmón, por lo que no cabe duda de que Adriano actuó con “animus necandi”. Es clara la verdadera intención que tenía Adriano, a la vista de los hechos que se recogen, la sorpresa del ataque, disparar de espaldas a una zona vital, y el medio, una pistola.²⁶

A pesar de los dos disparos recibidos, Agripina no fallece, por lo que nos encontramos ante una forma imperfecta de ejecución. El CP ya no castiga la frustración del delito, recogiendo exclusivamente la **tentativa** como única forma imperfecta de realización del hecho delictivo. En la tentativa (art.16 CP), a pesar de iniciarse los actos ejecutivos, el resultado previsto en el tipo penal no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor, ya que si es el propio autor quien evita la producción del resultado, nos encontramos ante un desistimiento. Como indica el art.15 CP, son punibles tanto el delito consumado como la tentativa, y de acuerdo con el art.62 CP, a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado, atendiendo al peligro inherente y al grado de ejecución alcanzado.

Si bien el código no distingue expresamente entre los tipos de tentativa, doctrina y jurisprudencia distinguen entre la **tentativa acabada**, que equivale al anterior delito frustrado, y tiene lugar cuando se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor, y la **tentativa inacabada**, cuando se realizan parte de los actos ejecutivos, por lo que la consumación exigiría realizar otros actos posteriores, admitiendo el desistimiento voluntario del autor.

En el momento de individualización de la pena, se atiende al grado de ejecución alcanzado y al peligro inherente al intento, por lo que se puede imponer la pena inferior en uno o dos grados a cualquier forma de tentativa, independientemente de si es acabada o inacabada. Normalmente, la pena se reducirá en un grado en caso de tratarse de una tentativa acabada, y en dos cuando es inacabada. Sin embargo, puede suceder en una tentativa inacabada que el grado de ejecución sea muy avanzado, en cuyo caso lo razonable será reducir la pena en sólo un grado²⁷.

Como vemos, concurren los elementos necesarios para considerar que estamos ante un delito de asesinato en grado de tentativa acabada, ya que el delito no se ha consumado a pesar de la puesta en práctica de todos los actos ejecutivos que integran el tipo penal, al ejecutar Adriano dos disparos con el arma, con ánimo de matar. Sería tentativa inacabada si no llegase a disparar²⁸. Sin embargo, justo después de disparar, Adriano llama a los servicios de urgencias, por lo que debemos analizar si nos encontramos ante un **desistimiento**, comportamiento que destruye la existencia y punibilidad de la tentativa.

²⁶ STS de 27 de octubre de 2003 [RJ 2003\7323] y STS de 30 de septiembre de 2015 [RJ 2015\4381]

²⁷ STS de 2 de julio de 2014 [RJ 2014\4252]

²⁸ ALASTUEY DOBÓN, C.: “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 3º época, nº5, Madrid, 2011, p.39

Existe **desistimiento** (art.16.2 CP) cuando el sujeto que ha iniciado los actos ejecutivos de un delito renuncia voluntariamente a la consumación del mismo, y presenta diferentes características según se trate de tentativa acabada o inacabada. En la tentativa inacabada, el sujeto deberá cesar en la ejecución ya iniciada, y en la acabada, como ya ha realizado todos los actos de ejecución, se exige un **arrepentimiento activo**. Subsistiría la responsabilidad penal que pudiera existir por los hechos cometidos hasta el momento en que se desiste de la ejecución ya iniciada, cuando fueran constitutivos de otros delitos, en este caso, de un delito de lesiones, que analizaremos en el siguiente subapartado. Se trata de una especie de excusa absolutoria, diseñada por el legislador por razones de política criminal, y ha de ser propio, voluntario, personal y definitivo. Existirá tentativa punible en los casos de fracaso, por ser imposible alcanzar el objetivo criminal, y desistimiento cuando el abandono de la ejecución iniciada responde a motivos autónomos e independientes de las circunstancias externas²⁹.

Es decir, en la tentativa acabada, para que exista desistimiento, debe evitarse voluntariamente la consumación del delito, impidiendo la producción del resultado. Como indica el **Acuerdo del TS Sala 2º de 15-2-02**, la interpretación del artículo 16.2 CP ha de ser exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el "*iter criminis*". Se admite tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen.

Si la razón por la que el delito no se consuma es porque el autor voluntariamente evita la consumación, la tentativa va a quedar impune. Lo fundamental es lo que haga el sujeto tras concluir la tentativa, así como cuál sea el resultado de su actuación. Según Gimbernat, la evitación de la consumación solo puede dar lugar a una atenuación de la pena en aplicación de la atenuante de reparación del daño, ya que de admitirse la impunidad por desistimiento de los supuestos de tentativa acabada de homicidio en los que se causan lesiones graves, se estaría tratando mejor al delincuente que ha creado un gran peligro para la víctima. Otros autores, de acuerdo con el art.16.2 CP, indican que no se puede denegar el desistimiento cuando el autor recaba auxilio médico para el herido al que acaba de disparar con dolo de matar, pues se trata de un supuesto en el que el sujeto impide la producción del resultado³⁰.

Como indica la STS 86/2015, de 25 de febrero³¹, el **desistimiento activo** consiste en la evitación voluntaria de la consumación del delito, impidiendo la producción del resultado a pesar de haberse realizado previamente todos los actos a él conducentes, por lo que debe ser eficaz e impedir la producción del resultado. Para que opere como causa de exclusión se requiere que la ejecución fuera factible y que, debido a una reflexión de última hora, el propio autor abandone su propósito. En el caso de una tentativa acabada, en la que uno solo de los actos tenía la aptitud para producir el resultado, no es suficiente el mero cese del ataque pues dicho comportamiento no puede considerarse activo en términos normativos.

Este caso guarda cierta similitud con la STS núm.111/2011, de 22 de febrero³², ya que tras una tentativa acabada de homicidio, el autor llamó a emergencias, acto que fue eficaz para salvar la vida de la víctima. Como indica la sentencia, el CP de 1973 no

²⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, L.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. y COLINA OQUENDO, P.: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, op.cit., p.197 y ss.

³⁰ ALASTUEY DOBÓN, C.: "Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento", *op.cit.*, pp. 16, 17, 44 y 45.

³¹ STS de 25 de febrero de 2015 [RJ 2015\2672]

³² STS de 22 de febrero de 2011 [RJ2011\1972]

preveía el desistimiento en la antigua frustración, por lo que sólo se podía aplicar la atenuante por reparación del daño, mientras que ahora se castiga como delito de lesiones, en caso de producirse éstas, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por una clara intención homicida.

Por tanto, el desistimiento activo de Adriano, ha propiciado la evitación de la consumación del delito, desistiendo la ejecución ya iniciada e impidiendo la producción del resultado, por lo que no se castiga la tentativa, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, constitutivos de un delito de lesiones.

iv. Delito de lesiones

En caso de que exista desistimiento, quedará exento de la responsabilidad penal por el delito de tentativa de asesinato, pero va a tener responsabilidad por los actos ejecutados, constitutivos de delito de lesiones, ya que consecuencia de los disparos recibidos, Agripina sufre una lesión bronco-pulmonar de carácter grave.

Los delitos de lesiones aparecen regulados en el Título III, del Libro II del CP, arts. 147 a 156 ter y protegen la integridad física, psíquica y mental de las personas.

El artículo 147.1 CP, es el tipo básico de los delitos de lesiones, en el que se exige que la lesión *“requiera objetivamente para su sanidad, además de una **primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico**”*. Es decir, requiere para su aplicación los siguientes requisitos:

- Primera asistencia facultativa, que equivale al inicial diagnóstico o exploración médica.
- Tratamiento médico o quirúrgico: El tratamiento **médico** debe trascender de la primera asistencia facultativa, como acto médico separado. Jurisprudencialmente se entiende como: *“toda actividad posterior a la primera asistencia tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico”*, considerándose tratamiento médico: inmovilizaciones con escayola o férulas, recurso a medicamentos necesarios para controlar un determinado proceso posterior a una herida, curas de enfermería en caso de supuración de las heridas, tratamiento rehabilitador, entre otros casos. La simple vigilancia o seguimiento facultativo no son considerados como tratamiento. El tratamiento **quirúrgico** es la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza, tanto cirugía menor como mayor, que sea objetivamente necesaria para reparar o restaurar cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones³³.

El art.148 CP tipifica varios subtipos agravados del delito de lesiones del art.147 CP, fundamentándose en el aumento de la capacidad agresiva en el actuar del agente, y el mayor riesgo de causación de lesiones. En nuestro caso, nos encontramos ante el subtipo agravado del 148.4º CP, introducido por la LO 1/2004, y que prevé una pena de prisión de dos a cinco años, cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Esta agravación se debe a la especial vulnerabilidad y mayor necesidad de tutela penal de las víctimas, y fue declarada conforme a la CE por la STC 41/2010, de 22 de julio³⁴, en la que se indica que: *“no sólo habrían de concurrir las circunstancias específicas*

³³ RODRÍGUEZ RAMOS, L.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. y COLINA OQUENDO, P.: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, op.cit., pp.801-822.

³⁴ STC de 22 de julio de 2010 [RTC 2010\41]

descritas —que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor—, sino que, junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado”. Será el juez el que decida si se trata o no de violencia de género, tomando en consideración el carácter de las lesiones producidas y la existencia de una discriminación contra la mujer.

En caso de que no se cumpliesen los requisitos exigidos por el art.147 CP, estaríamos ante el delito regulado en el art.153.1, es decir, cuando la lesión solo requiere, objetivamente, una primera asistencia facultativa, o ni siquiera la requería. Se impondría la pena en su mitad superior, como indica el apartado tercero, ya que el delito tuvo lugar en presencia de menores y en el domicilio de la víctima.

Si la lesión producida encajase dentro de los tipos agravados de segundo o tercer grado de lesiones, las penas a imponer serían las siguientes:

- El artículo 150 regula el delito de lesiones de segundo grado, que prevé la imposición de una pena de prisión de 3 a 6 años para quien causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad.
- En caso de que cause la pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, o la causación de una mutilación genital, estaríamos ante el tipo agravado de tercer grado, regulado en el art. 149 CP (pena de prisión de 6 a 12 años).

Como vemos, sólo el art.148.4 CP agrava un comportamiento precedentemente definido como delito (del art.147) por constituir una expresión de violencia de género, no existiendo una previsión legal del mismo tenor en los delitos del art.149 y 150 CP.

v. Delito de Stalking, acoso, acecho u hostigamiento

Aparece regulado en el art. 172 ter CP, en el que se protege la libertad individual, de ahí su inclusión en el Capítulo III, Título VI “Delitos contra la libertad”. Se sancionan las conductas que se llevan a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento, alterando gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

La regulación del *stalking* surgió en EEUU, país en el se definía como una conducta dirigida repetitivamente contra un individuo concreto, el cual experimentara como intrusiva o no deseada y que le causara miedo o preocupación. El primer Estado en aprobar la primera ley *antistalking* fue California en 1990, y en 1996 este delito se convirtió en delito federal y se incluyó en el *United States Code*. El Convenio del Consejo de Estambul, insta en su art. 34 a los Estados parte, entre los que se encuentra España, a incriminar el delito de *stalking*.³⁵

Este tipo penal surge para salvaguardar un bien jurídico hasta ahora huérfano de tutela penal en el ordenamiento jurídico español, y darle así una protección a estas conductas muy comunes en el ámbito de la violencia de género. La exposición de motivos de la LO 1/2015 indica que “*se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas*”. No llega a producirse

³⁵ ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “El delito de Stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades” en *La Ley penal* nº105, Editorial Wolters Kluwer, Las Rozas, 2013, p.2.

necesariamente el anuncio de causar algún mal, como es el delito de amenazas, o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima, como es el de coacciones.

Como vemos, con anterioridad a la reforma del 2015, no existía un tipo penal específico para estas conductas, y actualmente, con el art.172 ter CP se pretenden proteger diferentes bienes jurídicos: por un lado, la libertad de obrar como capacidad de decidir libremente, ya que se afecta al proceso de formación de la voluntad de la víctima que sufre temor, intranquilidad y angustia como consecuencia del acechamiento del acosador. Por otro lado, se trata de proteger la seguridad de la víctima, entendida como el sosiego y tranquilidad personal. Por último, estas conductas también pueden afectar a otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad³⁶. Con anterioridad a esta reforma, lo habitual era que los tribunales resolvieran en los supuestos que hoy conformarían el art. 172 ter como un delito de coacciones³⁷.

Las formas de acoso son muy variadas, y entre los comportamientos más habituales encontraríamos: llamadas de teléfono, vigilancia en el hogar o trabajo, seguimiento por la calle, envío de cartas o regalos no solicitados, encuentros repetidos no casuales, amenazas de suicidio u otras formas de chantaje emocional, entre otros. El comportamiento de acoso es un buen ejemplo de la capacidad destructiva sobre la víctima, aun cuando no exista agresión ni amenaza³⁸. Se exige que estos comportamientos se produzcan de **forma insistente y reiterada**, a pesar de que la ley no aclara el número de veces que debe llevarse a cabo la conducta, pero sí que debe observarse un **patrón**, sin aplicarse a casos aislados. Además, debe realizarse sin estar legitimamente autorizado, ya que cualquier conducta de vigilancia que esté legitimada queda fuera del tipo debido a que no lesiona el bien jurídico protegido.

Existen dos tipos agravados, en los que el límite máximo de la pena de prisión coincide con el establecido en el tipo básico, por lo que la diferencia sancionatoria radicará en el límite mínimo y en la posibilidad de una sanción penal alternativa³⁹. En nuestro caso, nos encontraríamos en la especialidad propia del acoso en el **ámbito familiar**, ya que la víctima es una de las personas recogidas en el apartado 2 del art. 173 CP. En este caso, se está admitiendo tanto la **violencia de género** como la doméstica, por lo que la agravación conlleva la misma sanción siendo el sujeto activo un hombre o una mujer. Si hay relación de género, tendremos un delito de violencia de género, y la agravante del art. 22.4, por razones de género, no será de aplicación debido a que esta circunstancia ya se encuentra prevista dentro de la modalidad agravada. Este artículo, como indica MAGRO SERVET, sigue la línea de excluir la imposición de penas de multa en los casos de violencia de género cuando exista una relación económica entre las partes, con el fin de evitar sancionar económicamente a las víctimas⁴⁰.

En los casos de violencia de género es una conducta que se repite con mucha frecuencia a raíz de la separación de la pareja, viéndose la mujer acosada por su ex pareja que no

³⁶ DOVAL PAIS, A y MOYA GUILLEM, C.: “3. El stalking como delito contra la intimidad” en *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

³⁷ CÁMARA ARROYO, S.: “Las primeras condenas en España por *stalking*: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio” en *La Ley penal*, nº121, Editorial Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, p.2

³⁸ GARRIDO GENOVÉS, V.: “*Amores que matan acoso y violencia contra las mujeres*”, Alzira, Algar, 2001, pp.21-24

³⁹ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat, 2016, p.142.

⁴⁰ MAGRO SERVET, V.: “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género” *op.cit.*, p.7.

acepta la ruptura de la relación y movido el hombre por un sentimiento de propiedad, recurre a la vía del hostigamiento, imponiendo su presencia, remitiendo mensajes o llamadas de manera insistente y constante con el fin de retomar la relación. Es decir, muchas mujeres que rompen la relación con sus parejas se ven acosadas por la razón de que no aceptan un no por respuesta y al tener configurada su relación bajo la idea del sentimiento de propiedad⁴¹.

En este caso, Adriano se obsesiona con Agripina, con la que ha tenido una relación previa, negándose a reconocer que la misma ha terminado. Se dedica durante meses a enviarle mensajes de Whatsapp a diario proponiéndole una reconciliación, tratando de controlarla, incluso siguiéndola hasta lugares que ella frecuenta simulando un encuentro casual, o enviándole fotos en las que aparecía acompañada de otra persona. Tras bloquear el número de teléfono de Adriano, éste crea un perfil falso en Facebook para intentar seguir contactando con ella. Vemos que existen las siguientes modalidades de conducta: vigilar, perseguir o buscar su cercanía física, y establecer o intentar establecer contacto a través de cualquier medio de comunicación o por terceras personas.

Agripina no denunció estos hechos, pero como indica la exposición de motivos de la LO 1/2015, aunque la nueva categoría de delitos leves requiera, con carácter general, de la denuncia previa del perjudicado, este requisito no se va a exigir en las infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica, y por tanto, en el nuevo delito de *stalking*.⁴² Entre los factores que inciden en la decisión de no denunciar se señalan el miedo a sufrir represalias y a la pérdida de seguridad económica, el temor a no ser creída ante la ausencia o complejidad de las pruebas que puedan confirmar la de su declaración y su deseo de proteger a los allegados y familiares y hasta al propio agresor.

Es necesario que la víctima muestre su rechazo ante la actitud del acosador, cuestión compleja de probar en algunos supuestos de hostigamiento a través del teléfono, pero imprescindible para demostrar tanto la reiteración delictiva como la alteración de la vida cotidiana de la víctima.⁴³ Además, no podemos dejar de plantearnos las nuevas formas de *stalking* que han tenido lugar con la llegada de Internet, como el envío de correos electrónicos constantes y repetitivos, mensajes en redes sociales de carácter amenazante, entradas en páginas web personales para difamar o atentar contra la dignidad de su titular, o interceptación del correo electrónico.⁴⁴

Los tribunales españoles se han mostrado reticentes a la hora de calificar los hechos como delito de *stalking*, debido a la dificultad para probar la alteración de la vida habitual de la víctima. Cabe destacar la SJI de Tudela, de 23 de marzo de 2016, una de las primeras sentencias en condenar por este delito, y en la que se señala que sólo van a tener relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que el mero sentimiento de temor o molestia sea punible. Además, se desglosan los requisitos que deben apreciarse para la aplicación del tipo penal: debe existir un patrón de conducta, una estrategia sistemática de persecución, y debe realizarse a través de alguna de las cuatro modalidades de conducta a las que se refiere el tipo penal. Es imprescindible que se produzca la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima, por ejemplo, cambiando sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, etc.

⁴¹ MAGRO SERVET, V.: “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género” *op.cit.*, p.7

⁴² MAGRO SERVET, V.: “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género”, *op.cit.*, p. 2

⁴³ CÁMARA ARROYO, S.: “Las primeras condenas en España por *stalking*: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio”, *op.cit.*, p.11 y 12.

⁴⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “El delito de Stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades”, *op.cit.* p.2

En segundo lugar, destaca la SAP de Madrid, de 10 de Diciembre de 2015, que trata de un caso en el que se da una conducta insistente de contactar con la pareja sentimental, condenándose por este tipo penal al probarse que se condiciona completamente la vida de la víctima, llegando incluso a acudir a un psicólogo para poder superar la situación. La víctima vio impedido su propósito de llevar a cabo una vida normal, produciéndose una invasión e injerencia en la libertad y grave quebranto de la libre determinación de comportarse conforme a la propia voluntad.

Por último, en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander núm. 251/2016, de 9 septiembre⁴⁵ también se condena por el delito del art.172 ter CP, al declararse probado que se altera la vida de la víctima, teniendo que cambiar de domicilio, y provocándole esta situación una notable inquietud, que le llevó a denunciar los hechos y a solicitar una Orden de Protección. Se requiere la afectación de la vida y costumbres habituales de la víctima para la conformación del tipo tal y como el propio texto previene en su redacción al establecer cuáles son las formas en que el acoso puede materializarse.

vi. Delito de coacciones leves

El CP regula el delito de coacciones en el Título VI, dedicado a los delitos contra la libertad. Las coacciones afectan a la adopción de una conducta y atentan contra la voluntad de ejecutar lo ya decidido, en este caso, Agripina había decidido divorciarse de Adriano, circunstancia que él trata de impedir.

La LO 1/2004 introdujo modificaciones, regulando una modalidad agravada en caso de violencia de género (art.172.2 CP) del delito de coacciones leves tipificado en el art.172 CP. Se eleva así a categoría de delito lo que con anterioridad a esta ley era una falta⁴⁶.

La acción típica consiste en una conducta violenta de contenido material o simplemente intimidatoria o moral, ejercida sobre el sujeto pasivo de modo directo, o indirecto a través de terceras personas, con la finalidad de impedir lo que la ley no prohíbe, o de obligarle a efectuar algo que no quiere. La acción tiene que tener una entidad intimidatoria suficiente como para originar el resultado que se pretende⁴⁷.

Existe una gran homogeneidad entre el delito de acoso y el de coacciones, ya que el bien jurídico protegido en ambos delitos es el principio de libertad de las personas y ambos delitos están sistematizados en el capítulo III del título VI CP.

Como veíamos, hasta la última reforma del CP no existía ningún precepto que tipificara expresamente las situaciones de acoso o acecho. En la medida en que estos comportamientos podían llegar a generar una sensación de desasosiego, inquietud o temor, determinó que en algunas ocasiones se incardinaran en el delito de coacciones. Para otros tribunales, se descartaba esta posibilidad ante la ausencia del elemento esencial de violencia o intimidación, pues la víctima no está forzada ni a recibir la llamada ni a abrir los mensajes, pese a que estas conductas pueden afectar a su tranquilidad y sentimiento de seguridad, modificando sus hábitos cotidianos⁴⁸.

La violencia es un elemento perteneciente a cualquier clase de coacciones. Como indica la SAP de Barcelona nº469/2017, de 7 junio⁴⁹, la violencia puede ser tanto física como moral, siempre que de alguna manera afecte a la libertad de obrar o a la capacidad de

⁴⁵ Sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander, de 9 septiembre de 2016 [JUR\2016\231966]

⁴⁶ RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género y violencia doméstica*, op.cit., p.107

⁴⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. y COLINA OQUENDO, P.: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, op.cit., pp.923 y ss.

⁴⁸ SAP de Lleida de 7 de abril de 2016 [JUR\2016\133164]

⁴⁹ SAP de Barcelona de 7 de junio de 2017 [ARP\2017\1375]

actuar del sujeto pasivo, y ha de revestir una cierta entidad, siendo suficiente para lograr el resultado deseado, que en este caso es ver a Agripina en su domicilio.

Como indica la SAP de Girona núm.490/2015, de 29 de septiembre⁵⁰, los hechos, aisladamente no gozan de identidad suficiente como para suponer una coacción leve, por lo que constituye el germen del condicionamiento de la libre determinación de la voluntad la **reiteración** de los mismos. Los intentos de contacto con una persona mediante llamadas telefónicas, mensajes o encuentros, cuando no crean una situación de acoso, requieren violencia o intimidación para tipificarse como coacciones. Por ejemplo, en la SAP de Madrid núm. 138/2016, de 22 marzo⁵¹, se condena por un delito de coacciones leves en el ámbito familiar, por realizar múltiples llamadas y mensajes de Whatsapp, supuesto que guarda gran similitud con el estudiado.

vii. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

Los artículos 21 y 22 CP contienen un catálogo de circunstancias que modifican la responsabilidad criminal. Además, el art.23 CP regula una circunstancia mixta, de parentesco. Estas circunstancias producen sus efectos en la determinación de la pena, disminuyendo o aumentando la culpabilidad del autor. No pueden apreciarse cuando resultan inherentes al delito o ya han sido tenidas en cuenta a la hora de describir la conducta típica, porque sino se vulneraría el principio “*non bis in idem*”.

*Circunstancia mixta de parentesco (art.23 CP)

La pertenencia al ámbito familiar o parental puede perjudicar o beneficiar al sujeto penalmente responsable. Actúa como agravante en caso de que se aproveche la relación familiar para realizar con mayor facilidad el hecho, como ocurre en las agresiones en el marco de una relación de pareja. La reforma del CP por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, incorporó como sujetos a las ex parejas, a pesar de no existir ya relación de parentesco, para tratar de combatir la violencia de género. Como indica la Sentencia num.56/2018⁵², de 1 de febrero, el aumento del reproche que conlleva la agravante no depende de la existencia de una relación afectiva real hacia la víctima, sino que se debe a la falta de respeto en relación a una persona con la que estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos.

*Agravante por alevosía (art.22.1 CP)

Como vimos a la hora de analizar el delito de asesinato, esta circunstancia se fundamenta en una mayor gravedad del hecho, ya que se produce la indefensión de la víctima, que no tiene posibilidades de defenderse, y puede actuar como agravante genérica, o como circunstancia cualificadora del delito de asesinato. Se aplica únicamente a los delitos contra las personas, y lo decisivo, en todo caso, es que el autor se aproveche de los medios de ejecución con la finalidad de impedir la defensa de la víctima, siendo indiferente que el propio autor los haya buscado por sí mismo o que le hayan venido previamente dados y organizados por otro sujeto. En este caso, Adriano se aseguró de que Agripina estuviese desprevenida, sentada viendo la televisión de espaldas a él, por lo que de ningún modo pudo esperar un ataque de tanta entidad, careciendo de toda posibilidad de defensa.

⁵⁰ SAP de Girona de 29 de septiembre de 2015 [JUR\2015\278664]

⁵¹ SAP de Madrid de 22 de marzo de 2016 [JUR 2016\95031]

⁵² STS de 1 de febrero de 2018 [RJ\2018\514]

*Agravante por prevalimiento del carácter público (art.22.7º CP)

A raíz de la jurisprudencia analizada⁵³, no procede aplicar la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público por parte de Adriano, ya que ha utilizado el arma reglamentaria en un delito cometido en la intimidad familiar, en el domicilio conyugal y contra su esposa, en un ámbito totalmente ajeno a su profesión de guardia civil, y además, no utiliza en ningún momento su condición para conseguir una mayor facilidad en la comisión del delito, ya que no se ha prevalido de su carácter de agente para acceder al lugar de comisión del delito, ni ha utilizado el uniforme o placa para conseguir una ventaja en la forma de ejecución del hecho. Por tanto, no cabe aplicar esta circunstancia, ya que el uso del arma reglamentaria para cometer el delito no justifica su apreciación.

*Atenuante por arrebató y obcecación (art.21.3º CP)

El **arrebató** ha sido definido por la jurisprudencia como “*especie de conmoción psíquica de furor*”, con una fuerte carga emocional y referido a una reacción momentánea, y la **obcecación** como “*estado de ceguedad u ofuscación*”, de mayor duración que el anterior. Para aplicar esta atenuante se exigen unos estímulos o causas previas, normalmente procedentes de la víctima, que se entiendan suficientes para explicar la reacción del sujeto. Como indica el TS (STSS 23 febrero 2017 y 2 julio 2014), ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción, es decir, debe existir un determinante poderoso de carácter exógeno y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación de las facultades psíquicas, sin alcanzar la cualidad de trastorno mental transitorio, pero excediendo del leve aturdimiento.

El desafecto o deseo de poner fin a una relación conyugal, como es el caso, no puede considerarse como un estímulo poderoso para el autor del delito y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación. Como indica la STS de 27 de noviembre de 2015⁵⁴, la pretensión de reanudar unas relaciones conyugales no puede llevarse hasta el extremo de utilizar la fuerza para imponer la voluntad del agresor, por lo que no puede aceptarse como digna de protección una conducta de desigualdad de género. En este caso, no ha existido ningún estímulo poderoso admisible socialmente, por lo que no será de aplicación esta atenuante.

*Atenuante por confesión (art.21.4º CP)

Se produce cuando el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, confiesa la infracción a las autoridades. Como indica la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, por ejemplo la STS de 23 de febrero de 2017, el fundamento de la atenuación por la confesión radica en razones de política criminal, ya que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa. Para aplicarla, es necesario poner en conocimiento de la autoridad judicial o policial, los hechos veraces. Existen unos requisitos necesarios para aplicar la atenuante de confesión, que son: acto de confesión de la infracción por el sujeto culpable, la confesión tiene que ser veraz en lo sustancial y debe mantenerse a lo largo del proceso. Además, debe tener lugar antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él. Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de enero de 2017⁵⁵, si que se aplica la atenuante por confesión, ya que el guardia civil llama a un compañero diciéndole: “*He hecho una trastada, la he matado*”. Sin embargo, en el presente caso, con los datos que

⁵³ SAP de Madrid de 30 de junio de 2015 [ARP\2015\765]

⁵⁴ STS de 27 noviembre de 2015 [RJ 2015\5552]

⁵⁵ Sentencia AN núm. 42/2017 de 11 enero. [JUR 2017\25349]

tenemos, no ha existido un verdadero acto de confesión, ya que únicamente indica “*He hecho una tontería, una tontería muy grande*”.

*Atenuante por reparación del daño (art. 21.5º)

Tiene lugar en un momento posterior a la ejecución del hecho, si el autor repara el daño causado por el delito o disminuye sus efectos. Por reparación se entiende el restablecimiento de la situación alterada con el delito. En este caso, al existir desistimiento, no se aplicaría esta circunstancia atenuante.

*Eximente de trastorno mental transitorio

Esta eximente se regula en el art.20.1º CP, afecta a una persona con normalidad psíquica, pero que sufre un choque con un agente exterior, y de manera transitoria, se encuentra en una situación prácticamente idéntica a la de anomalía psíquica. Según el TS, la eximente completa requiere la abolición de las facultades volitivas e intelectivas del sujeto, privándole de toda capacidad de valorar el contenido y las consecuencias de sus actos, teniendo lugar la eximente incompleta cuando el grado de afección psíquica no alcanza un grado tan elevado⁵⁶. En el presente caso, se parte de la inexistencia de prueba acreditativa de que el acusado padeciese patología psíquica en el momento de realizar los hechos.

viii. Aplicación al caso

En primer lugar, analizando los **hechos ocurridos entre el 3 de diciembre de 2016 y el 7 de septiembre de 2017**, parecen encajar en el delito de *stalking*, ya que concurren los requisitos que el tipo requiere para su consumación, al encontrarnos ante un conducta **reiterada**. En segundo término, constituye un **patrón de conducta** encaminado a conseguir un encuentro con la víctima, con el fin de convencerla para retomar la relación. Sin embargo, no se aprecian suficientes datos como para considerar la alteración de la vida habitual de Agripina, requisito necesario para aplicar el art.173 ter CP. Al no constar acreditado este hecho, no podemos condenar a Adriano por un delito de acoso o acecho, ya que los tribunales españoles exigen que se demuestre esta circunstancia, siendo restrictiva a la hora de condenar por este delito de *stalking*. Sin embargo, el Convenio de Estambul, vigente en España, en su art.34, para castigar el acoso exige un comportamiento amenazador contra otra persona que le lleve a temer por su seguridad, sin hacer referencia a esta alteración de la vida habitual, ya que estas conductas de acecho permanente o intento de comunicación reiterada, tienen la entidad suficiente como para producir una inquietud y desasosiego relevante penalmente.

Siguiendo la jurisprudencia española, los hechos del presente caso encajarían dentro del delito de coacciones leves del art. 172.2 CP, que exige violencia, entendida por la jurisprudencia como la violencia material, la vis psíquica, y la violencia en las cosas como medio comisivo. Los hechos reflejan claramente una **vis psíquica** realizada por Adriano sobre su pareja a través de una pluralidad de actos, que individualmente son inocuos, pero en conjunto y reiterados tienen entidad suficiente para constreñir la libertad de Agripina, como enviarle mensajes diciendo: “*Sé en todo momento dónde y con quién estás*”. Por tanto, los hechos serían calificados, en mi opinión, como delito de coacciones leves en el ámbito de la violencia de género, del art.172.2 CP, sin aplicarse ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

En cuanto a los hechos acaecidos el **7 de septiembre de 2017**, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, el delito de lesiones y la tentativa de asesinato se van a distinguir por el elemento subjetivo de la intencionalidad, ya que si existe dolo de

⁵⁶ STS de 2 de julio de 2014 [RJ 2014\4252]

matar, se trata de un asesinato intentado, pero si el ánimo era de lesionar se castigará como un delito de lesiones. En el presente caso, los indicios de la peligrosidad del arma utilizada, el realizarse de una forma sorpresiva por la espalda, la zona vital del cuerpo a la que se dirigen los disparos, la relación previa entre el autor y la víctima, no aceptando Adriano la decisión de Agripina de poner fin al matrimonio, o el realizarse en el propio domicilio de la víctima parecen indicar que éste actuó con **dolo de matar**, ya que al menos, sabía el riesgo que creaba para la vida de la víctima, y a pesar de ello, ejecutó la acción. Sin embargo, tras concluir los actos ejecutivos (tentativa acabada), nos encontramos con un **desistimiento activo** por parte de Adriano, realizando una conducta que impide que se consuma el delito, como es llamar a los servicios de emergencias. Es decir, había agotado todos los actos de ejecución al disparar dos veces a Agripina, pero posteriormente desarrolla una actividad contraria, tendente a evitar el efecto delictivo de la acción ejecutada. Quedaría exento de responsabilidad por la tentativa acabada de asesinato, pero debiendo responder por las lesiones producidas.

En caso de que no se aprecie un desistimiento activo, nos encontraríamos ante una tentativa acabada del delito de asesinato del art.139 CP, ya que como analizamos previamente, concurre alevosía, y que tiene una pena de prisión de 15 a 20 años. Al ser delito en tentativa, se rebajaría un grado la pena, ex art.62 CP, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución, situándose la nueva pena entre los 7 años y 6 meses hasta los 15 años menos un día. Al concurrir la agravante de parentesco, se impondría la pena en la mitad superior, es decir, entre 11 años, 3 meses y 1 día, y 15 años menos un día. Se impondría además la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, y la prohibición de acercarse a Agripina, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio.

En caso de que se aprecie el desistimiento, nos encontraríamos ante un delito de lesiones del art.148.4 CP, con la concurrencia de alevosía. No se aplicaría la circunstancia mixta de parentesco, ya que se trata de un delito de violencia de género como veíamos en el primer subapartado, que ya agrava esta circunstancia. Se aplicará entonces la pena en su mitad superior (art.66.1 CP), al concurrir esta agravante genérica.

Posibles sanciones: Nos encontramos ante un concurso real de delitos, ya que un mismo sujeto realiza varias infracciones, que se juzgan en un mismo proceso, pero que se cometen a través de varias acciones distintas. El concurso va a estar formado por el delito de lesiones del art. 148.4 y el de coacciones leves del art.172.2 CP, y siguiendo el art. 73 CP se va a aplicar la regla de acumulación: tantos delitos, tantas penas.

Por el delito de coacciones leves 172.2 CP sería sancionado con pena de prisión de 6 meses a un año, además de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de la menor de hasta cinco años. Se impondría la pena en su mitad superior si el delito se perpetrara en presencia de menores, o tuviese lugar en el domicilio común o de la víctima, pero en este caso no consta acreditado. Se aplicaría la pena máxima debido a la gravedad de los hechos, ya que han tenido un carácter prolongado a lo largo del tiempo, llegando a asimilarse al delito de acoso.

Por el delito de lesiones del art. 148.4º CP, sería sancionado con pena de prisión de 2 a 5 años. Al concurrir alevosía, se aplica la pena en su mitad superior, por lo que sería pena de prisión de 3 años, 6 meses y 1 día a 5 años. En mi opinión, se aplicaría la pena máxima, ya que los hechos se producen en presencia de la hija menor, utilizando el arma reglamentaria, y el hecho se cometió en el domicilio conyugal de la pareja.

Como penas accesorias, el art. 56 CP dispone que en las penas de prisión inferiores a 10 años, se podrá imponer, en atención a la gravedad del delito, la suspensión del empleo o cargo público durante el tiempo de condena, además de la privación del ejercicio de la patria potestad respecto de la menor. De acuerdo con el art.57, al tratarse de un delito contra la libertad por el cónyuge, podrán imponerse las prohibiciones del art.48 CP, por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, ya que al ser prisión superior a 5 años, se consideraría delito grave. Se podría acordar la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares que determine el juez o tribunal, así como la prohibición de comunicarse con ella, y la privación del derecho a residir en determinados lugares. Como indica el art.57.2 CP, al ser delito cometido contra el cónyuge, se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48, es decir, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

El comportamiento de Adriano no es el más adecuado para ejercitar la patria potestad, ya que, como indica la STS de 23 de febrero de 2017: *“resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el severo intento del padre de asesinar a su madre”*. Los hechos tienen lugar en presencia de la menor, de tres años, dato que, según la STS de 30 de septiembre de 2015, el Ministerio Fiscal estima de extraordinaria relevancia al constituir tal acción un ataque contra la integridad moral de la menor y el equilibrado desarrollo de su personalidad. Además, los arts. 65 y 66 de la LO 1/2004 recogen la facultad del juez de suspender el ejercicio de los derechos de patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho del investigado por hechos constitutivos de violencia de género, así como de suspender el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores que dependan de él.

Se podrá adoptar una orden de protección para Agripina, según art.544 ter LECr, que implicará el deber de informarle permanentemente sobre la situación procesal del investigado o encausado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. Por último, toda persona criminalmente responsable del delito lo es también civilmente y responde del pago de las costas causadas, conforme a los arts. 109 CP y 240 LECr.

B) RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO, POR EL EMPLEO DEL ARMA REGLAMENTARIA POR PARTE DEL CABO PRIMERO DE LA GUARDIA CIVIL, ADRIANO

i. Regulación de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado

En primer lugar, cabe distinguir la diferente naturaleza que tienen la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada del delito, tal y como declara el Tribunal Constitucional en su Sentencia 33/1992, de 18 de marzo⁵⁷:

“(...) ello no puede llevarnos a confundir la distinta naturaleza de las acciones penal y civil que surgen del hecho punible, puesto que el hecho de que los preceptos que regulan esta última se encuentren en el Código Penal y que la responsabilidad civil sea exigible conjuntamente con la penal en la misma vía jurisdiccional, es debido a evidentes razones de orden práctico, pero no puede enturbiar la distinción entre

⁵⁷ STC 33/1992 de 18 marzo. [RTC 1992\33]

sanción penal y la responsabilidad civil que puede surgir a consecuencia de un delito o falta, cuando éste provoca un daño a la víctima que deba ser reparado”.

El artículo 1.092 del Código Civil⁵⁸ establece que las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal. Esta remisión a la legislación penal se corresponde con el contenido de los artículos 109 a 122 CP.

La Constitución Española⁵⁹ también establece un mandato en materia de responsabilidad civil de la Administración en su artículo 106.2, garantizando el derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor.

Además, el art.30 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia de la mujer y doméstica, establece que el Estado debería conceder una indemnización adecuada a quienes hayan sufrido graves daños contra su integridad física o salud, en la medida en que el perjuicio no esté cubierto por otras fuentes, en particular por el autor del delito, los seguros o los servicios sociales y médicos financiados por el Estado.

Cuando el hecho ilícito cometido por el empleado público es constitutivo de delito, es la jurisdicción penal la que entra a conocer tanto las responsabilidades penales como la responsabilidad civil de la Administración, que en este caso es de carácter subsidiario y no directo.⁶⁰ Es decir, si la conducta del funcionario no es delictiva, la Administración responderá de forma directa, pero si es constitutiva de infracción criminal, responderá de forma subsidiaria.

La responsabilidad civil subsidiaria del Estado aparece regulada en dos artículos del CP. El primero de ellos es el art. 121, que trata los ilícitos dañosos constitutivos de infracción criminal cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. El segundo artículo que trata este tipo de responsabilidad por parte del Estado es el art.120.3, para los delitos cometidos en el interior de un establecimiento público que produzcan una infracción de las normas reglamentarias. Ambos preceptos no son incompatibles entre sí, ya que se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes.

En caso de que no concurren los presupuestos requeridos en el art.121 ni en el art.120.3 del CP, pero la sentencia penal es condenatoria, el juez penal no puede pronunciarse acerca de las responsabilidades civiles de la Administración. La jurisprudencia penal entiende que procede la absolución del Estado como responsable civil subsidiario.⁶¹

En este caso, nos encontramos ante un supuesto que puede encajar en el art. 121 CP, ya que se trata de un ilícito dañoso constitutivo de infracción criminal cometido por un empleado público, un guardia civil. A continuación, analizaremos los presupuestos que deben darse para la aplicación de este precepto.

ii. Presupuestos de imputación de la responsabilidad civil según el art.121 CP

En el anterior CP, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los actos delictivos cometidos por sus empleados en el ejercicio de sus funciones se regulaba en el art.22.

⁵⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889. En adelante, CC.

⁵⁹ «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. En adelante, CE.

⁶⁰ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, tomo I, p.104.

⁶¹ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 52, 2016, p. 145.

Actualmente, se regula en el art. 121 CP, que establece que el Estado y demás entes públicos, van a **responder 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 exigible.

Este artículo establece la responsabilidad civil *ex delicto* directa de autoridades y personal al servicio de las entidades públicas en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que sean declarados penalmente responsables, y subsidiaria de la Administración, siempre y cuando la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos.⁶² Esta responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública facilita a la víctima la cobertura de la solvencia del autor del daño, pero no hace responsable directamente a la Administración cuando la persona que delinquirió es solvente, obligándole a ejercitar un derecho de regreso.⁶³

Es necesario que se produzca una conducta delictiva del personal al servicio de la Administración, mediante dolo o por imprudencia, ya que sólo cuando los hechos son constitutivos de delito penal es competente el tribunal penal para resolver la acción civil. Además, debe de existir una conexión con el servicio público, ya que la cobertura de la Administración no es indefinida, sino que queda dentro de los límites del servicio público y excluye la actividad privada de los funcionarios⁶⁴. En este art.121 lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial.⁶⁵

Para aplicar este artículo son necesarias las siguientes condiciones, como indica el TS⁶⁶: a) vínculo personal del autor con la Administración, ya que han de ser autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos; b) que hayan actuado en el ejercicio de sus cargos o funciones, esto es, de su competencia funcional; y c) que la lesión o daño producido lo haya sido como consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos, que le estuvieran confiados al autor.

En su apartado segundo, dispone que en caso de exigirse 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. Es decir, si se ejercita la acción civil del empleado causante del daño, debe dirigirse también contra la Administración, produciéndose un litisconsorcio pasivo necesario entre el sujeto penalmente responsable y el Estado.

⁶² MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de acciones penales”, en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (ORTIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCIA P., COORD.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, p.218. ISBN: 978-84-613-5416-0.

⁶³ BUSTO LAGO, J.M.: “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p.10.

⁶⁴ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas” *op.cit.*, pp.107 y 131.

⁶⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. y COLINA OQUENDO, P.: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, *op.cit.*, pp.678-679.

⁶⁶ STS de 28 de junio de 2000 [RJ 2000/5649]

iii. Delitos cometidos por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria

Es necesario analizar cuándo nace la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, ya que necesitan armas para el desarrollo de sus funciones, lo cual puede dar lugar a riesgos importantes⁶⁷, como es el caso que estamos analizando, en el que Adriano, Cabo primero de la Guardia Civil, dispara dos veces a su mujer, Agripina, utilizando el arma reglamentaria, que le había sido devuelta tras pasar unos meses de baja laboral.

El artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁶⁸ dispone que: “*La Seguridad pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación*”, y contempla posteriormente la posibilidad de que las CCAA y las corporaciones locales participen con sus propios cuerpos de seguridad, según lo dispuesto en ésta Ley y en los Estatutos de Autonomía.

De acuerdo con lo dispuesto en el art.121 CP, el hecho de que el autor del daño haya actuado en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas es un presupuesto necesario para la imputación de responsabilidad a la Administración. Se requiere tanto un requisito **subjetivo** (condición de agente, autoridad, contratado o funcionario público, lo cual según jurisprudencia del TS⁶⁹ es una descripción ejemplificativa y no exhaustiva), y un requisito **objetivo** (que la actuación se haya producido en el ejercicio de sus cargos y funciones y que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos). Este doble requisito es necesario para que el autor del hecho punible esté funcionalmente vinculado con el Estado y pueda darse la responsabilidad civil subsidiaria de éste. La imputación de responsabilidad a la Administración por la conducta lesiva de las personas a las que emplea se detiene en los límites del servicio público, excluyéndose aquellas actividades que se realizan en un ámbito estrictamente privado, por lo que la cuestión estriba en determinar cuándo la actuación del agente se encuentra bajo la órbita de las funciones públicas.⁷⁰ Es por ello que debemos distinguir si los hechos ilícitos realizados por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad son en acto de servicio o fuera de él, ya que la atribución de la responsabilidad civil subsidiaria al Estado es diferente en ambos casos, siendo más difícil de concretar en caso de que se realice fuera de servicio.

El artículo 5.4 LOFCS dispone que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 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. Es por esta razón por la que se les permite que puedan llevar el arma reglamentaria cuando no se encuentren de servicio, para facilitar que puedan actuar en todo momento. El régimen jurídico sobre el porte de armas reglamentarias es diferente según se trate de policías locales, que cuando no se hallan de servicio deben dejar el arma en las dependencias municipales, o de guardias civiles, que como indica el citado art.5.4, pueden y deben portarlas en todo momento, siempre que no exista una orden o dictamen que se oponga a ello. Esto determina una especial responsabilidad en las labores de selección y posterior control, para evitar que el arma

⁶⁷ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”. *Op.cit.*, p. 129.

⁶⁸ «BOE» núm. 63, de 14/03/1986; en adelante, LOFCS.

⁶⁹ STS de 28 de junio de 2000 [RJ 2000/5649]

⁷⁰ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *op. cit.*, p. 133.

constituya una fuente incontrolada de riesgo en manos de quien no se encuentra en condiciones de utilizarla⁷¹.

Desde la década de 1990, se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los hechos ilícitos delictivos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad **fuera de servicio**, utilizando el arma reglamentaria, si la actuación se incluye dentro de las funciones que pueden considerarse como propias de los agentes de la autoridad, con base en el elevado riesgo que conlleva autorizar armas de fuego⁷². Se parte de la teoría del riesgo, un criterio de imputación según el cual la Administración debe responder por el hecho de que, en la organización de un determinado servicio, se opte por una solución de la que se deriva la creación de un riesgo importante, que es el porte de un arma.

Una de las primeras veces en que se aplica la teoría del riesgo es en una Sentencia del TS en 1993⁷³, en la que se afirma que:

“Esta obligación (de portar armas) comporta la creación de un peligro, ciertamente permitido, pero cuyos excesos por parte del funcionario no pueden ser desconectados del ámbito de responsabilidad de la Administración. En efecto, es indudable que en la medida en la que la Administración crea un riesgo prácticamente incontrolable, pues lo pone en manos de personas que pueden actuar más allá de los límites del peligro permitido, sin estar sometidos a ninguna medida de seguridad de parte del Estado, es indudable que también debe responder por tales excesos, implícitos en el riesgo creado. Consecuentemente, una limitación a los daños causados por los agentes en actos de servicio carecería de todo fundamento, pues el riesgo creado va mucho más allá y el principio es que se debe responder por el peligro que se crea”.

Cabe destacar también la STS de 17 de septiembre de 2001, en la que se declara al Estado como responsable civil subsidiario. Se trata de un caso en el que un policía nacional, estando fuera de servicio y con una considerable ingestión previa de alcohol, dispara a una persona con su arma reglamentaria, causándole la muerte. El acusado, además de estar bajo los efectos del alcohol, padecía desde hacía casi un año, una depresión debido a su situación de separación conyugal, lo que le supuso permanecer de baja, incluso con retirada del arma durante dos meses. La STS declara que se debió extremar la vigilancia y control del acusado, apreciando una *“culpa in vigilando”*, ya que *“la actividad de control debe ser especialmente diligente cuando la persona del agente de la autoridad muestra signos evidentes de alteración psíquica”*.⁷⁴ Se trata de un caso en que, estando fuera de servicio, cabe responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ya que se debió extremar la vigilancia y control del policía, debido a sus muestras de inestabilidad.

La doctrina de la Sala Segunda del TS ha ido mostrando una tendencia flexible, evolucionando de una fundamentación de la responsabilidad basada en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, a la cuasi objetivación de la misma, acudiendo a la doctrina de la creación del riesgo.⁷⁵

⁷¹ STS de 13 de junio de 2016 [RJ 2016/2736]

⁷² SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”. *Op.cit.*, p. 134.

⁷³ STS de 21 de diciembre de 1993 [RJ 1993\9589]

⁷⁴ STS de 17 de Septiembre de 2001 [RJ 2001\7729]

⁷⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. y COLINA OQUENDO, P.: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, op.cit., pp.678-679.

iv. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Debido a la problemática a cerca de este art.121 CP, se creó un Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁷⁶, en virtud del cual se establece la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por daños causados por agentes de los cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria. Según el Acuerdo, esta responsabilidad por parte del Estado se deriva del riesgo generado por el hecho de portar el arma, consecuencia directa del modo de organización del Servicio de Seguridad, y que por lo general es beneficioso para la sociedad, pero conlleva estos riesgos, aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio. Sin embargo, existen ciertos casos en que la utilización del arma reglamentaria no genera necesariamente la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ya que el daño no es una concreción del riesgo generado por el Servicio de Seguridad. Se está refiriendo el Acuerdo a las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria en el domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él. Sin embargo, si que hay responsabilidad cuando existen datos acreditados de que el arma debió ser retirada al funcionario por carecer de las condiciones adecuadas para su posesión.

Es decir, aunque el Acuerdo inicialmente excluye la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el caso de agresiones con el arma reglamentaria en el domicilio del agente, esto queda condicionado a que no existan datos acreditados de que **el arma debió ser retirada al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para poseerla**. De lo contrario, sí que existiría la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Por tanto, la Sala 2º del TS, partiendo del riesgo que supone portar un arma, fija el criterio para la determinación de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en la diligencia o deber de cuidado que éste, a través de la organización del Servicio de seguridad pública, debe emplear en relación con el porte de armas de los funcionarios. Por ello, el último inciso del Acuerdo tiene mucha importancia, pudiendo determinar la existencia de responsabilidad civil subsidiaria.⁷⁷

Este acuerdo surgió de un recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra una sentencia en la que se había condenado al Estado como responsable civil subsidiario, en un caso de homicidio cometido por un policía nacional contra su cónyuge utilizando el arma reglamentaria, lo que volvía a plantear la cuestión de si cabía apreciar la responsabilidad del art. 121 CP. Se trata de la STS num.1270/2002 de 5 de julio de 2002⁷⁸. En ella, el TS declara la responsabilidad penal del acusado, pero no tiene lugar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, al considerar el tribunal que:

“Hay que subrayar que las sentencias últimamente citadas, así como en la más reciente de 17 de septiembre de 2001, limitan el surgimiento de responsabilidad subsidiaria del Estado a casos ocurridos al portar el agente su arma en lugares públicos, señalando claramente la de 8 de mayo de 1996 que 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

⁷⁶ Acuerdos de pleno no jurisdiccional de Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 17-7-2002: Acuerdo sobre “El artículo 121 del CP y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado”.

⁷⁷ JAÉN VALLEJO, M.: “Responsabilidad civil subsidiaria del estado (art. 121 CP). Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, núm. 04, p.3 y 4.

⁷⁸ STS de 5 de julio de 2002 [RJ 2002/7936]

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.”

Según la citada sentencia, se requiere para que surja la responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado, de acuerdo al art.121 CP:

1. Que una persona declarada penalmente responsable por delito doloso o culposo tenga que responder por la causación de los daños: es necesario la existencia de una previa infracción criminal. Sólo cuando los hechos son constitutivos de ilícito, es competente el tribunal penal para resolver la acción civil acumulada al proceso penal.⁷⁹ Es por ello por lo que, si la sentencia penal es absolutoria, la jurisdicción penal pierde la competencia para pronunciarse a cerca de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.
2. Que esa persona sea autoridad, agente o funcionario público: la persona penalmente responsable debe estar integrada en la organización que presta el servicio, ya que lo relevante es la relación de dependencia funcional.
3. Que, al actuar, estuviera en ejercicio de sus cargos o funciones.
4. Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados: la Administración no responde por todos los ilícitos dañosos que cometan sus empleados, sino que va a responder por aquellos en los que exista una conexión con el servicio público. La responsabilidad debe surgir como consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio público.

Según el TS en la citada sentencia: *“La doctrina de esta sala ha presentado una tendencia, calificada de progresiva y generosa. [...] Se comenzaron a dictar sentencias en que se sobrepasaban los viejos criterios de la culpa “in eligiendo” e “in vigilando” para acoger, con interpretación extensiva, el más progresivo de la doctrina de la creación del riesgo, llegándose a una responsabilidad cuasi objetiva.”*

El criterio sostenido en esta sentencia fue ratificado, días después, por el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002, visto anteriormente. Estos acuerdos no son técnicamente y desde el punto de vista jurídico vinculantes, pero sí que tienen la capacidad de orientar y sugerir el respeto a los mismos dada la función de unificación de criterios que tiene atribuido el TS. La fuerza necesaria la impondrá la jurisprudencia que uniformemente lo respalde.⁸⁰

A modo de recapitulación, el art.121 CP exigía que la actuación delictiva del funcionario fuese consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos y que se hubiese cometido en el ejercicio de sus cargos o funciones, por lo que, como regla general, no cabe duda sobre la responsabilidad del Estado cuando el daño se produzca estando el agente de servicio. Sin embargo, cuando los agentes se encuentran fuera de servicio, nos encontramos con dos supuestos:

- **Hechos ilícitos dañosos causados con el arma reglamentaria estando el funcionario franco de servicio, pero existiendo por su parte una serie de actos que permiten nuevamente conectar su comportamiento con el servicio público.** Es decir, si se encuentra fuera de servicio, pero en el curso de su infracción delictiva realiza determinadas actuaciones tales como pedir la identificación, dichos actos se enmarcan nuevamente en el funcionamiento de los

⁷⁹ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas” *op.cit.*, pag.107.

⁸⁰ STS de 13 de junio de 2016 [RJ 2016/2736]

servicios públicos y por tanto, se produce la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente.

- **Hechos ilícitos dañosos causados por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria, francos de servicio y sin que exista por su parte ninguna actuación que pueda entenderse que los conecte nuevamente con el servicio público.** Estamos en el caso de nuestro supuesto: delitos de violencia de género cometidos por funcionarios policiales con el arma reglamentaria en el ámbito estrictamente familiar. El único vínculo con la Administración es el arma reglamentaria, pero esto no puede erigirse como un elemento suficiente para imputar el daño al Estado⁸¹. No existe responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado, a menos que se demuestre que el arma debió haber sido retirada.

Como indica la STS de 27 de octubre de 2003⁸², el Acuerdo establece que la obligación de portar el arma es un riesgo derivado del servicio público, y que se deben excluir los casos que tuvieran analogía con aquéllos en los que el arma fuese utilizada dentro del domicilio y contra personas con las que convive el agente. Sin embargo, en esta sentencia, se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado porque no existía convivencia entre el agente y su ex mujer, y los hechos no ocurrieron en el domicilio, tratándose así de un riesgo derivado de la organización del servicio público.

El presente caso guarda gran similitud con la Sentencia núm. 42/2017 de 11 enero de la Audiencia Nacional, en la que un guardia civil, tras pasar varios meses de baja, se reincorpora al servicio y dispara a su mujer con el arma reglamentaria. Como indica este tribunal, el alta médica determina la reincorporación al servicio con total plenitud, es decir, con plena habilitación para realizar servicios de armas como cualquier otro agente. Se llega a la conclusión de que lo acontecido no tiene relación con el servicio prestado como miembro de la Guardia Civil, sino que es resultado de una relación conflictiva con su esposa, situación privada a la que resulta ajena la Administración y la forma de organización del servicio. El criterio es el ámbito privado en que se produce, ajeno a las pautas organizativas del servicio de seguridad del Estado.

Es decir, tras el alta médica, se encontraba en activo, por lo que se le reintegró el arma reglamentaria. No existía razón alguna para que la Administración acordase la retirada del arma, puesto que el médico no sugirió la necesidad de tratamiento excepcional en cuanto a medidas de protección. No existe, por tanto, responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado, ya que se produce en un ámbito privado, y la utilización del arma resulta accidental, ajena al servicio, con un resultado que hubiera podido hacerse con cualquier otro instrumento letal. En definitiva, falta la necesaria relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado.

Por último, cabe destacar la reciente sentencia de la Sala Segunda del TS de 13 de junio de 2016⁸³, que trata sobre el caso de un Cabo primero de la Guardia Civil que dispara a su mujer con el arma reglamentaria mientras dormía, causándole la muerte. El acusado había estado de baja laboral, y es por ello por lo que los recurrentes alegan:

“El estado debía haber analizado la situación psíquica del acusado habida cuenta de que en 13 años de servicio estuvo de baja 2 años y 8 meses, y en los tres últimos

⁸¹ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”. *Op.cit.*, p. 141.

⁸² STS de 27 de octubre de 2003 [RJ 2003\7323]

⁸³ STS de 13 de junio de 2016 [RJ 2016/2736]

años 23 meses de baja laboral, lo que indica que el M° del Interior no actuó con la diligencia debida”.

Como indica la sentencia: “El Estado o entidad pública que organiza el servicio de seguridad, selecciona y forma a los agentes y les dota del armamento correspondiente, será el responsable subsidiario de los daños causados por los agentes por el mal uso del arma reglamentaria, **fuera de su domicilio**. [...] En este caso, no consta acreditado que concurra alguna causa que hubiera determinado que el arma hubiera debido ser retirada al acusado antes de su utilización por causar la muerte de su esposa.” Declara esto sobre la base de dos informes del comandante médico del Servicio de Psiquiatría del Hospital Central de la Defensa. Por ello, se afirma que no ha existido pasividad de la Guardia Civil, ya que fue la que instó el examen del acusado, en el que se declara la aptitud para el servicio sin observar ninguna patología que diese lugar a la retirada del arma. Es por ello por lo que se niega la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

La citada sentencia indica que el TS ha seguido unos criterios interpretativos del art.121 CP equilibrados y progresivos, para evitar situaciones de desamparo, que ha permitido basar la responsabilidad civil subsidiaria en los criterios de “*culpa in eligendo*”, “*culpa in vigilando*” o “*culpa in educando*”, incluso en el principio de creación del riesgo.

El Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 supone una limitación a la teoría del riesgo, ya que aunque se crea el riesgo debido al porte de armas, la Administración no va a responder de los daños causados por los miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria siempre que se produzcan en el ámbito familiar. Esto se debe a que en el ámbito estrictamente familiar no se puede encontrar ningún tipo de relación con el ejercicio de las funciones públicas. Además, puede declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los hechos ilícitos dañosos cometidos por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria, con independencia de que el lugar de comisión del daño sea o no el domicilio familiar, cuando aquellos se han producido como consecuencia de un funcionamiento anormal de los servicios públicos (cuando debió de haberse retirado el arma al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión). Es por ello que se sigue no solo la teoría de la creación del riesgo, sino también la “*culpa in vigilando*”. Según Alfons Surroca, el hecho de otorgar la posibilidad de que los funcionarios policiales puedan llevar el arma reglamentaria de forma permanente debe conllevar un mayor control de la Administración respecto de las capacidades psicológicas de aquellos.

Por tanto, dicho Acuerdo y la reiterada jurisprudencia del TS establecen que no todos los daños cometidos con el arma reglamentaria deben imputarse a la Administración, ya que esto solo sucederá cuando el hecho ilícito dañoso pueda enmarcarse en el servicio público. Es por ello que se excluye, en principio, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad cuando estos se produzcan en el domicilio familiar ya que, en este caso, no puede considerarse que el daño causado sea una consecuencia directa del modo de organizar el servicio público de seguridad.⁸⁴

v. Aplicación al caso

En el presente caso, Adriano, Cabo primero de la Guardia Civil, se valió de un arma que tenía a su disposición por razón de sus funciones, pero que empleó en el más estricto ámbito familiar del mismo modo en que pudiera hacerlo otro ciudadano que también la

⁸⁴ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *op. cit.*, p. 143.

tuviera, o como podría haber hecho utilizando otro tipo de arma, por lo que no se puede entender que el riesgo derivado de la organización del servicio público se hubiese concretado. Además, en este caso, no parecen detectarse omisiones o irregularidades en el funcionamiento de los servicios públicos que permitan atribuir una relación de causalidad entre la muerte y tal funcionamiento, ya que el médico dispone que no se efectúe ningún seguimiento médico de su estado psíquico, por lo que no consta acreditado que concurra alguna causa que hubiera determinado que el arma hubiera debido de ser retirada a Adriano.

La responsabilidad civil subsidiaria del Estado por el mal uso del arma reglamentaria fuera del domicilio del agente se deriva de que, aún cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo derivado de portar el arma, es consecuencia directa del modo de organización del Servicio de Seguridad, y en este caso, tras analizar la jurisprudencia del TS, no se puede entender que exista vinculación con la organización de dicho servicio.

Por tanto, si no existen datos debidamente acreditados de que el arma debió ser retirada a Adriano por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión, no existirá responsabilidad civil subsidiaria, ya que el arma fue utilizada en el ámbito estrictamente privado. Si se acredita que el arma debió ser retirada, entonces sí que nos encontraríamos con responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ya que, según la jurisprudencia, aunque inicialmente se excluye esta responsabilidad en el ámbito privado, ésta queda condicionada a la inexistencia de datos acreditados de que el agente no estaba en condiciones de portar el arma.

C) 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.

El Derecho penitenciario tiene su propio sistema de fuentes, por lo que se le considera una rama autónoma del Derecho, que se ocupa de la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Está formado principalmente por la **Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria**⁸⁵ y el **Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario**⁸⁶, además del desarrollo que esta materia ha tenido por parte de la Administración Penitenciaria a través de Instrucciones y Circulares.

La aprobación de la CE trajo consigo una redefinición de la finalidad de la pena privativa de libertad en nuestro país. A partir de 1978, tiene como objetivo principal la resocialización de aquellas personas que están cumpliendo condena, y dado que el sujeto queda bajo la tutela del Estado, vinculado por una relación de especial sujeción, debe facilitar mecanismos adecuados para la consecución de este fin constitucional.⁸⁷ Como se establece en el art.25.2 CE, las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, aportando así este artículo los pilares básicos sobre los que se sustenta el Derecho penitenciario.

⁸⁵ «BOE» núm. 239, de 05/10/1979. En adelante, LOGP.

⁸⁶ «BOE» núm. 40, de 15 de febrero de 1996. En adelante, RP.

⁸⁷ GALLARDO GARCÍA, R.M.: “Los programas y actividades del tratamiento penitenciario: la necesaria adaptación de la norma”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol.20, A Coruña, p.141.

El art. 2 RP, en consonancia con el art.1 LOGP, dispone que la actividad penitenciaria tiene como fin primordial **la reeducación y reinserción social** de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares. La actividad penitenciaria es la protagonizada por los servicios administrativos de prisiones, que son las Instituciones Penitenciarias. Dicha actividad se proyecta en tres grandes ejes: régimen, tratamiento y prestaciones asistenciales.

En primer lugar, debemos distinguir entre **sistema penitenciario** y **régimen penitenciario**. El primero de ellos es “*el conjunto de principios o valores que configuran la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad de carácter punitivo*”, mientras que el régimen penitenciario es “*el acreedor de un conjunto de normas que persiguen una convivencia ordenada y pacífica dentro de un establecimiento penitenciario que permita alcanzar el ambiente adecuado para el buen éxito del tratamiento, consiguiendo así alcanzar todas las finalidades del sistema penitenciario*”.⁸⁸

i. Tratamiento penitenciario

La LOGP supuso grandes avances en un ámbito que necesitaba urgentemente un cambio de paradigma. El cambio más significativo fue la distinción entre **régimen y tratamiento penitenciario**, que es el instrumento utilizado por las Instituciones penitenciarias para la consecución del objetivo de resocialización. El **tratamiento** aparece definido por el art.59 LOGP como “*conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados*”. Es decir, tiene la complicada misión de cumplir el mandato constitucional de reeducar y de resocializar a las personas que cumplen una pena privativa de libertad, para prepararlas para el momento de su salida de prisión y posterior incorporación en la sociedad libre, sin que vuelvan a cometer más delitos, evitando la reincidencia. Como vemos, tiene un importante papel para la obtención del fin que orienta las penas privativas de libertad.⁸⁹

En cuanto al régimen, como veíamos en el apartado anterior, es el encargado de proporcionar las normas de convivencia dentro del Establecimiento penitenciario para procurar el éxito del tratamiento. Es por ello que ambos deben coordinarse adecuadamente, y en caso de conflicto, como indica el art. 71.1 LOGP éste debe resolverse a favor del tratamiento, ya que el régimen es considerado como un medio para la consecución del fin del tratamiento.

El **tratamiento penitenciario** se asienta sobre dos grandes ejes: la intervención reeducadora, encaminada a modificar los factores de la personalidad que directa o indirectamente hayan condicionado la actividad delictiva, y la reinserción social, que busca minimizar los efectos nocivos del internamiento, posibilitando los contactos con el mundo exterior.⁹⁰

Como indica el art.272 y ss. del RP, los funcionarios encargados del diseño e implementación del tratamiento son los miembros de la **Junta de tratamiento**, tras el estudio de la personalidad del preso. Este órgano va a elaborar, supervisar y controlar la

⁸⁸ SERRANO PATIÑO, J.V.: “La prisión de los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado” en *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, Madrid, 2016, p.313

⁸⁹ GALLARDO GARCÍA, R.M.: “Los programas y actividades del tratamiento penitenciario: la necesaria adaptación de la norma”, *op.cit.*, pag.158.

⁹⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pag. 89.

ejecución de los programas de tratamiento⁹¹, que se va a efectuar de forma individualizada y tiene carácter voluntario, por lo que no se trata de un deber del interno, sino de un derecho y no puede ser impuesto. Después de la observación particular de cada penado (art.63 LOGP) se realizará su clasificación destinándole al Establecimiento cuyo régimen sea el más adecuado para la ejecución del programa específico de tratamiento.

Como señala el RP en su art. 110, para la consecución de la finalidad resocializadora, la Administración penitenciaria: diseñará programas formativos orientados al desarrollo de las aptitudes de los internos, utilizará las técnicas de carácter psicosocial para la mejora de las capacidades del interno, abordará las problemáticas específicas, y potenciará y facilitará los contactos del interno con el exterior contando, cuando sea posible, con los recursos de la comunidad.

El artículo 59 LOGP establece que 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. Para ello, se procurará en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social. La participación del interno en su programa de tratamiento se considera un pilar básico, por ello el RP insiste en la estimulación del mismo, siendo informado por el Equipo Técnico de los objetivos a alcanzar y los plazos para conseguirlos. Sin embargo, el interno podrá rechazar libremente la colaboración en su programa, sin que se deriven consecuencias penitenciarias desfavorables⁹².

Tras el ingreso en prisión, el penado debe mantener entrevistas con los miembros del equipo técnico, formado por un psicólogo, un educador, un trabajador social y un jurista. Como indica el art.15.2 LOGP, a cada interno se le abre un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria, y además, se formará un protocolo de personalidad. Con la información obtenida, se formula el programa individualizado de tratamiento tras la detección de las áreas carenciales (art.20 RP).

Como modalidades de tratamiento, en el RP nos encontramos con salidas programadas, grupos en comunidad terapéutica, atención especializada en el exterior, o programas de actuación especializada (entre los que, desde 2001, se encuentra el programa de **violencia de género**). Los programas individualizados contemplarán las actividades que se estimen convenientes y adecuadas para el interno y su problemática específica. Se diferenciará entre dos niveles de actividades: actividades prioritarias, encaminadas a subsanar las carencias más importantes, y actividades complementarias. La participación del penado en las actividades es un buen indicador de su implicación en el proyecto de reinserción, por lo que hay que realizar una valoración global, trimestral y semestralmente⁹³.

Las actividades del tratamiento pueden realizarse dentro o fuera de los Centros en función de las condiciones más adecuadas para la consecución de los fines constitucionales y legales de la pena privativa de libertad (art. 113.1 RP). En los programas individualizados se incluyen, además de los métodos terapéuticos, actividades educativas, formativas, socioculturales y deportivas (art. 118 RP).

⁹¹ GALLARDO GARCÍA, R.M.: “Los programas y actividades del tratamiento penitenciario: la necesaria adaptación de la norma”, *op.cit.*, pag.145.

⁹² MESA GARCÍA, J.: “Clasificación y tratamiento de los internos. Régimen penitenciario”, V Curso de Derecho Penitenciario, Ilustre Colegio de Abogados de Jaén, 2010 (Ponencia), p.4.

⁹³ MESA GARCÍA, J.: “Clasificación y tratamiento de los internos. Régimen penitenciario”, *op.cit.*, p.5.

Es decir, para determinar el tratamiento, se realiza una evaluación de necesidades y potencialidades, se examinan los métodos, los programas y las técnicas más adecuadas para ese objetivo, y finalmente, se concretan las actividades en que se van a materializar⁹⁴. Este tratamiento no constituye una foto fija, sino que tiene un carácter continuo y dinámico, dependiendo de la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena, como establece el art.62.f) LOGP.

ii. Clasificación penitenciaria

Cabe diferenciar también entre el tratamiento y la clasificación penitenciaria, estando ésta última constituida por los distintos grados que compone el status jurídico del penado, y siendo la base para la aplicación del tratamiento. Como indica la SGIP, la clasificación penitenciaria es el conjunto de actuaciones de la Administración penitenciaria que concluye en una resolución que atribuye al penado un grado de tratamiento (clasificación inicial) o cambia uno asignado previamente (progresión o regresión)⁹⁵.

Para individualizar el tratamiento se realiza una clasificación en grados, y se destina al penado al centro penitenciario cuyo régimen sea el más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. Como indica el art.63 LOGP, para esta clasificación es necesaria una previa observación, necesaria para un adecuado conocimiento de la personalidad y demás circunstancias a tener en cuenta para la elección del grado.

Como establece el art. 72.1 de la LOGP, las penas privativas de libertad se ejecutan según el **sistema de individualización científica separado en grados**, el último de los cuales es el de libertad condicional, conforme determina el CP. Con la LOGP de 1979 se sustituye el anterior sistema progresivo de clasificación (en este sistema, los grados tenían un carácter objetivo y rígido, y los penados tenían que pasar por todos ellos) por el actual sistema, que tiene las siguientes características:

- Se basa en la personalidad del interno y en el tratamiento penitenciario.
- Posibilidad de calificación inicial en cualquiera de los grados, excepto en el de libertad condicional.
- Se realiza un estudio científico del interno basado en variables penales, penitenciarias y sociales.

Este sistema supone una gran modificación del sistema progresivo y se caracteriza por una mayor flexibilidad, ya que permite la clasificación inicial del penado en cualquier grado (salvo libertad condicional) y la progresión o regresión individual según su evolución durante el tiempo de condena.

Los condenados a una pena privativa de libertad, una vez recae sentencia firme, y tras el período de observación, son clasificados en alguno de los tres grados penitenciarios existentes, que serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponde con un régimen en el que las medidas de control y seguridad son más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto.

La clasificación de los penados aparece regulada en los arts. 100-109 del RP. Esta clasificación en los grados establecidos en el art.101 RP determinan la aplicación del régimen penitenciario:

⁹⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, op.cit., p.549.

⁹⁵ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/clasificacion/> Último acceso el 27 de abril de 2018.

- La clasificación en segundo grado implica la aplicación de las normas correspondientes al régimen ordinario de los Establecimientos.
- El tercer grado determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades.
- El primer grado determina la aplicación de las normas del régimen cerrado.

Además, el art. 100.2 RP permite flexibilizar e individualizar aún más el cumplimiento de la pena privativa de libertad, ya que permite combinar aspectos de uno y otro grado con el fin de que la clasificación penitenciaria se flexibilice lo máximo posible y sea lo más individualizada al interno, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Dicha medida debe ser propuesta por el Equipo Técnico a la Junta de Tratamiento y se necesita la aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

El momento de inicio del proceso de calificación es con la recepción de la sentencia, y se establece un período máximo de **dos meses** para formular propuesta de calificación por la Junta de tratamiento, que deberá ser aprobada por el Centro Directivo, excepto en condenas inferiores a un año, cuya propuesta de clasificación y destino puede ser directamente resuelta por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario, cuando se acuerde por unanimidad el segundo o tercer grado (art.103 RP). Esta resolución debe notificarse al penado, que puede recurrirla ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, como establece el art.76.2.f LOGP.

Según el artículo 102.2 RP, para determinar la clasificación en que se encontrará el interno, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. Para ello se utilizan métodos de observación directa, que permiten observar la conducta de las personas y deducir de los resultados de esta observación rasgos de la personalidad valorables desde el punto de vista del comportamiento delictivo (determinación del tipo criminológico, diagnóstico de la capacidad criminal y la adaptabilidad social).⁹⁶

Como indica el art.65.4 LOGP, cada **6 meses como máximo**, los internos deberán ser estudiados para reconsiderar su clasificación, notificándose la decisión al interesado. Puede darse el adelantamiento de esta revisión de grado, regulado en el art. 72.4 LOGP, cuando se advierta alguna modificación sustancial. Tras esa revisión, puede darse:

- Mantenimiento de grado: es necesario resolución motivada
- Progresión en grado: modificación positiva de los factores (art.106.2 RP)
- Regresión en grado: evolución desfavorable a la integración social, la personalidad o conducta del interno (art.106.3 RP)

El art. 105.3 RP contempla la posibilidad de que el interno pueda solicitar que la próxima propuesta de clasificación la realice la Central Penitenciaria de Observación, formada por un grupo de especialistas integrados en Equipos Técnicos, cuando una misma Junta reitera por segunda vez la clasificación de primer grado o cuando encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena. Se encuentra en los Servicios Centrales del

⁹⁶ RIOS MARTIN, J.C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. y PASCUAL RODRIGUEZ, E.: “Los ficheros de internos de especial seguimiento” en *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*. (RIOS MARTIN, J.C., DIR.), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016, Cap.14.

Centro Directivo, y acude al centro penitenciario para estudiar a aquellos internos cuya clasificación sea difícil o dudosa para las Juntas de Tratamiento.

iii. Régimen penitenciario

La normativa penitenciaria impone la necesidad de establecer distintos regímenes de vida para que se puedan desarrollar con eficacia los diferentes tipos de tratamiento a través de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar un ambiente adecuado. La búsqueda de orden y seguridad es lógica debido a la existencia en cada prisión y en cada departamento de muchas personas obligadas forzosamente a convivir en un espacio reducido⁹⁷. El artículo 74 RP establece los tipos de **régimen penitenciario**, que se corresponden con los distintos grados⁹⁸, y son:

- Régimen ordinario: se aplicará a penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos.
- Régimen abierto: se aplicará a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad.
- Régimen cerrado: se aplicará a los penados clasificados en primer grado por su peligrosidad extrema o manifiesta inadaptación a los regímenes comunes anteriores y a los preventivos en quienes concurren idénticas circunstancias.

Como vemos, el hecho de que los Establecimientos Penitenciarios alberguen, en un espacio limitado, a un colectivo de personas muy diferentes, con problemas de adaptación a las normas de comportamiento en el medio social, exige una organización que evite los problemas de convivencia que puedan surgir. Esta organización está formada por normas, reglas y restricciones, y recibe el nombre de **régimen penitenciario**.⁹⁹ Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente **coordinadas**.

A continuación, veremos las principales características de los diferentes grados y regímenes:

* 3º Grado (Régimen abierto)

El tercer grado se aplica a los internos o internas que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

La clasificación inicial de un interno en tercer grado de tratamiento es posible, ya que, como vemos en el art. 72.3 LOGP, siempre que de la observación y clasificación de un penado, resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en un grado superior, salvo el de libertad condicional, sin pasar necesariamente por los grados que le preceden. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requiere, además de los requisitos previstos en el CP, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito.

No existe un límite temporal expreso de cumplimiento previo de condena para la clasificación en este grado, pero el art. 104.3 RP hace referencia a esta posibilidad cuando el interno no ha cumplido la cuarta parte de la condena, estableciendo que deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir favorablemente las variables del proceso de

⁹⁷ RIOS MARTIN, J.C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. y PASCUAL RODRIGUEZ, E.: *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, op.cit., p.208.

⁹⁸ Principio de correlación entre grados y regímenes, art. 72.2 LOGP y art.100.1 RP.

⁹⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, op.cit., p.421.

clasificación enumeradas en el art. 102.2, valorándose especialmente el historial delictivo y la integración social del penado. Todas las resoluciones de clasificación inicial o de progresión a 3º grado, deben notificarse al Ministerio Fiscal en los 3 días siguientes a su adopción.

La clasificación en tercer grado supone la aplicación del régimen abierto, regulado en los arts. 80-88 RP, que se caracteriza por la ausencia de controles rígidos, basándose en la confianza. Esta modalidad es la más idónea para potenciar la futura inserción social del interno, facilitando su progresiva incorporación a la sociedad. Los principios (art.83.2 RP) que regulan este régimen abierto son: la atenuación de medidas de control, la autorresponsabilidad, la normalización social e integración, la prevención para evitar la desestructuración familiar y social, entre otros. Se compone de régimen abierto general (art. 84.2) y régimen abierto restringido (art. 82 RP), siendo éste último más estricto con las salidas al exterior y con mayores controles.

* 2º Grado (Régimen ordinario)

Son clasificados en 2º grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad. En cuanto al régimen de vida, como hemos visto anteriormente conlleva el régimen ordinario, regulado en los arts. 76 a 79 RP. Este régimen ordinario se aplica “a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos” (art. 74 RP)

Dentro del régimen ordinario, se producirá la separación interior de la población reclusa, conforme a los criterios establecidos en el art.16 LOGP, que se ajustará a las necesidades o exigencias del tratamiento, a los programas de intervención y a las condiciones generales del Centro. Se produce así una sumisión del régimen al tratamiento¹⁰⁰.

* 1º Grado (Régimen cerrado)

Se trata del grado de clasificación más restrictivo, suponiendo mayores limitaciones en la vida de los internos, como la separación absoluta del resto de la población reclusa, además del cumplimiento de la condena en celdas individuales, limitación de las actividades y mayor control y vigilancia.

La clasificación excepcional en primer grado se realiza a propuesta de la Junta de Tratamiento, previo informe del Jefe de Servicios y del Equipo Técnico, y deberá ser motivada. Deberá ser autorizada por el Centro Directivo, poniéndose en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria y el interno tendrá derecho a recurrirlo.

El 1º Grado conlleva el régimen cerrado, que es la modalidad excepcional destinada para los penados y presos preventivos que cumplan con una de las siguientes características (bien inicialmente, o por una involución en su personalidad o conducta), que tienen que ser apreciadas por causas objetivas en resolución motivada¹⁰¹, y aparecen recogidas en el art.10 LOGP:

- Reclusos calificados de peligrosidad extrema.
- Reclusos inadaptados a los regímenes ordinario o abierto.

El régimen cerrado constituye la forma de vida más dura y restrictiva a la que pueden ser sometidas las personas privadas de libertad. Se caracteriza por la exigencia, de

¹⁰⁰ MESA GARCÍA, J.: “Clasificación y tratamiento de los internos. Régimen penitenciario”, op.cit., p.3

¹⁰¹ BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: *Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: Departamentos especiales y F.I.E.S.*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXIII, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2002, p.12.

manera especial, del acatamiento de cuantas medidas de seguridad, orden y disciplina elabore el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento¹⁰².

Como indica el artículo 102.5 RP, se clasificará en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales como la naturaleza de los delitos cometidos, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial, o la comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.

Dentro del régimen cerrado se establecen dos modalidades en el sistema de vida (Art. 91.2 RP):

- **Centros o módulos de régimen cerrado** (art.94 RP): aquellos penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes.
- **Departamentos especiales** (art.93 RP): aquellos penados clasificados en primer grado que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, Autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución, tanto dentro como fuera de los Establecimientos y en las que se evidencie una peligrosidad extrema.

El régimen de los centros o módulos de régimen cerrado es el menos severo, ya que se permite un mínimo de cuatro horas diarias de actividades en común de los reclusos. En los departamentos especiales, el registro de las celdas será diario, además del cacheo del recluso.¹⁰³ La permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta que desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso (art. 10 LOGP).

* Fichero de internos de especial seguimiento: FIES

Una vez vistos los distintos tipos de regímenes regulados en la legislación penitenciaria, cabe destacar la existencia del régimen FIES. Surgió como consecuencia de la conflictividad existente en el sistema penitenciario español a partir de 1985, y se trata de un instrumento de control de la Administración Penitenciaria dirigido a obtener una amplia información de los internos incluidos en estos ficheros. Formalmente, es una base de datos de carácter administrativo en la que se recogen ciertos datos de determinados internos, gestionada por la DGIP. Es decir, la finalidad del FIES es la obtención de la información necesaria para hacer un seguimiento y control de determinados grupos de reclusos considerados como potencialmente desestabilizadores del orden y seguridad de los establecimientos penitenciarios.¹⁰⁴ Se busca conseguir una adecuada gestión regimental del sistema penitenciario, para garantizar tanto la seguridad interior como exterior de los centros penitenciarios, y prevenir incidentes en los mismos. Es decir, se trata de recopilar información de determinados grupos de internos para ejercer un control adecuado sobre éstos y prevenir incidencias en los centros penitenciarios.¹⁰⁵

¹⁰² MESA GARCÍA, J.: “Clasificación y tratamiento de los internos. Régimen penitenciario”, op.cit., p.16

¹⁰³ BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: “Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: Departamentos especiales y F.I.E.S”, op.cit, pag.20

¹⁰⁴ BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: “Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: Departamentos especiales y F.I.E.S”, op.cit. p.25

¹⁰⁵ RIOS MARTIN, J.C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. y PASCUAL RODRIGUEZ, E.: “Los ficheros de internos de especial seguimiento”, op.cit., pag.3

Se diferencia del régimen cerrado en que éste se corresponde con un grado de clasificación penitenciaria, mientras que el régimen FIES sería una medida del control de datos, por lo que la inclusión en los ficheros sólo responde a intereses de gestión administrativa.¹⁰⁶ Si bien es cierto que se encuentra muy relacionado con el régimen cerrado, hay internos incluidos en este fichero que no están sometidos a esa forma de vida carcelaria e internos que sí lo están pero no forman parte de aquél. La inclusión en el FIES no debe prejuzgar la clasificación del penado ni suponer la fijación de un sistema de vida distinto a aquel que reglamentariamente se determine.¹⁰⁷

El primer instrumento normativo que reguló el régimen FIES fue la circular de la DGIP de 6/III/1991, acompañada por la circular 28/V/1991. Tras la promulgación del RP, se regula este régimen en la circular 21/96, de 16 de diciembre de 1996, que fue derogada con la entrada en vigor de la Instrucción 6/2006, de 22 de febrero.

Existe una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS¹⁰⁸ que declara el régimen FIES como ilegal, ya que **ha declarado nulo de pleno derecho el primer apartado de la Instrucción 21/96 de la DGIP**, orden interna que estableció la creación del FIES y que contenía normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados. Esta sentencia declara su nulidad afirmando que las circulares e instrucciones no son el medio idóneo para regular los derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios, al carecer de la naturaleza y garantías de las disposiciones de carácter legal. Este apartado es nulo al vulnerar los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa.

Tras esta declaración de nulidad, se produjo una modificación del RP mediante el Real Decreto 419/2011¹⁰⁹, ya que como indica en su exposición de motivos, era necesario dotar de cobertura reglamentaria a los ficheros de internos de especial seguimiento, y garantizar que éstos no suponen la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente les venga determinado. Se introduce así un apartado cuarto en el art.6, en el que se recogen los FIES. Es decir, se habilita a las Administraciones penitenciarias a regular estos ficheros, para garantizar la seguridad y buen orden del establecimiento, además de la integridad de los internos. En la práctica, no se produce ningún cambio, debido a que la Administración penitenciaria ya regulaba este régimen mediante circulares e instrucciones. Actualmente, se regula en la Orden INT/1202/2011¹¹⁰, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior, y se complementa con la Instrucción SGIP 12/2011, de 29 de julio, sobre internos de especial seguimiento.

La Secretaría de Estado de Instituciones Penitenciarias, una vez clasificado el interno como FIES, le notifica dicha clasificación en el centro penitenciario donde se encuentre, haciéndole saber que tiene la posibilidad de recurrir en queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria.¹¹¹

¹⁰⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V.: "Revisión de la legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES" en *La ley penal*, nº72, Las Rozas, 2010, p.14.

¹⁰⁷ ARRIBAS LÓPEZ, E.: "Fichero de internos de especial seguimiento (FIES) y régimen cerrado" en *La Ley penal*, nº72, Las Rozas, 2010, p.4.

¹⁰⁸ STS de 17 marzo de 2009. [RJ 2009\3085]

¹⁰⁹ «BOE» núm. 73, de 26 de marzo de 2011.

¹¹⁰ «BOE» núm. 114, de 13 de mayo de 2011

¹¹¹ SERRANO PATIÑO, J.V.: "La prisión de los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado", *op.cit.*, p. 322.

Existen cinco colectivos de reclusos FIES, que son:

- FIES-1: Control Directo. Reclusos especialmente conflictivos o peligrosos, que hayan protagonizado o inducido alteraciones regimentales muy graves que pudiesen en peligro la vida o la integridad física de los funcionarios, autoridades, otros internos o personal ajeno a la institución penitenciaria. Este colectivo coincide, en su ámbito subjetivo, con el régimen de cumplimiento en departamentos especiales.
- FIES-2: Delincuencia organizada.
- FIES-3: Bandas armadas.
- FIES-4: Fuerzas de seguridad y funcionarios de instituciones penitenciarias. Reclusos que pertenecen o pertenecieron a estos cuerpos de funcionarios.
- FIES-5: Características especiales. Se incluyen los vinculados a la delincuencia común de carácter internacional, delitos contra la libertad sexual extraordinariamente violentos, entre otros.

En este caso, el penado, es Cabo primero de la Guardia Civil, por lo que se encuadraría dentro del FIES-4, relativo a las Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de instituciones penitenciarias, en el que se incluyen los que pertenecen o han pertenecido a este colectivo profesional, cuya integridad física y seguridad es preciso proteger conforme a lo previsto en el art.8 LOFCS. Se les aplica este régimen para darles una mayor protección y evitar peleas o agresiones.

iv. Centro de destino

En el sistema de ejecución de las penas español, será lugar de inicio de cumplimiento un establecimiento penitenciario, sin que competa a los órganos judiciales acordar el cumplimiento de las penas de prisión en otro tipo de establecimientos. Corresponde la facultad de derivación ulterior a comunidades terapéuticas a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, una vez iniciado el cumplimiento de la pena.¹¹²

Para que se produzca la entrada en prisión, es condición necesaria, la existencia de un título judicial que disponga la privación de libertad, mediante auto o sentencia firme. Como norma general, en el momento de la clasificación inicial, la Junta de Tratamiento propone a la SGIP un grado de clasificación, así como el lugar de cumplimiento más adecuado para la persona, que debería ser el más cercano posible del domicilio habitual de la persona presa a fin de evitar su desarraigo social. Es por tanto, la Secretaria General quien lo decide¹¹³. Los establecimientos penitenciarios españoles están diseminados por todo el territorio nacional, lo que permite que los internos e internas puedan cumplir su condena en la institución más próxima a su lugar de origen y evitar que se pierda el arraigo familiar y social.

El Establecimiento Penitenciario aparece definido en el art.10 RP, como una entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia. Estará formado por unidades, módulos y departamentos que faciliten la distribución y separación de los internos.

Parece normal que tanto los componentes de las Fuerzas Armadas como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se encuentren en el respeto absoluto a las leyes y a los derechos

¹¹² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, op.cit.,p.115.

¹¹³ RÍOS MARTIN, J.C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. y PASCUAL RODRIGUEZ, E.: *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, op.cit., p.85.

de los ciudadanos, pero en ocasiones alguno de sus miembros traspasa el umbral de la legalidad convirtiéndose en reo del delito. Como indica SERRANO PATIÑO, las razones pueden ser muy variadas, pero en la mayoría de ocasiones podemos encontrarnos con dos situaciones desequilibrantes: los desencuentros con el superior y las desestabilizaciones familiares, como es el caso en que nos encontramos, en el que Adriano dispara a su mujer Agripina.

Cuando los miembros de las Fuerzas Armadas cometen un delito en España cuya pena es la privación de libertad, deben ingresar en un establecimiento penitenciario militar mientras no pierdan la condición de militar (en España, existe una única prisión militar, en Alcalá de Henares, Madrid). Sin embargo, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, deben ingresar en un Centro Penitenciario ordinario separados del resto de reclusos. Es decir, nos encontramos con dos situaciones distintas, según los que cometieran delito fueran militares o miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, lo que implica el ingreso en distintos centros. Como vemos, el actual sistema penitenciario en España distingue entre el Establecimiento Penal Militar, competencia del Ministerio de Defensa, y los centros penitenciarios, dependientes del Ministerio de Interior.

La CE regula expresamente las FFAA en su art.8, y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el art.104. El Cuerpo de la Guardia Civil nació en 1844 como una fuerza civil con fuero militar, y como fuerza especial de protección del orden y seguridad pública desligada del Ejército. A la hora de regular la Guardia Civil, el legislador ha optado por no incluirla entre las Fuerzas Armadas, sino entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como indica el art.9 LOFCS. Se trata de un Instituto Armado de naturaleza militar, en el que sus miembros tienen la condición de militares de carrera, por lo que las funciones del Cuerpo son duales: policiales y militares, y va a ser dependiente del Ministro del Interior en el desempeño de las funciones civiles, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar.

El nuevo Código Penal Militar, aprobado por la LO 14/2015, de 14 de octubre y en vigor desde el 15 de enero de 2016¹¹⁴, establece en su art.1, que se aplicará a los miembros de la Guardia Civil en determinados supuestos (en tiempo de conflicto armado, estado de sitio, cumplimiento de misiones de carácter militar encomendadas, y cuando se integren en Unidades de las Fuerzas Armadas), cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar, previstas en el Libro Segundo, Tit. II del CPM y cuando cometan delitos tipificados en los Títulos I, III y IV del Libro Segundo. Es decir, sólo en esos casos, bien por la naturaleza de las situaciones extraordinarias, o bien por la proximidad a los miembros de las FFAA, procede aplicarles a los miembros de la Guardia Civil el CPM.

Por su parte, el artículo 12 del CPM dispone que las penas de privación de libertad impuestas a militares se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar designado por el Ministerio de Defensa, salvo que se trate de pena privativa de libertad impuesta por delito común que lleve consigo la baja en la Guardia Civil, en cuyo caso se extinguirá en establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de los penados. De acuerdo con lo contemplado en el artículo 95 de la Ley 29/2014¹¹⁵, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, la condición de guardia civil se perderá con la pena principal o accesoria de pérdida de empleo, de inhabilitación absoluta o de inhabilitación especial para empleo o cargo público cuando

¹¹⁴ «BOE» núm. 247, de 15 de octubre de 2015; en adelante: CPM

¹¹⁵ «BOE» núm. 289, de 29/11/2014

hubiere adquirido firmeza. Esto determinará que deje de estar sujeto al régimen general de los derechos y deberes y a las normas disciplinarias de los miembros de la Guardia Civil, y llevará consigo, además, la pérdida de la condición de militar de carrera.

Según reiterada jurisprudencia del TS, la condición militar se mantiene tanto en acto de servicio como fuera de él, y dentro del primero, bien se trate de un servicio propio de funciones policiales o bien netamente castrenses. Una de las consecuencias más relevantes de la condición militar es la sujeción al CPM.¹¹⁶ Es decir, la condición militar del guardia civil es el elemento básico para considerarlo sujeto activo de los delitos recogidos en el CPM. Como indica la STS de 16 de junio de 2009¹¹⁷, el CPM se aplica a los guardias civiles “cuando los miembros de dicho Cuerpo desde su condición de militares realicen hechos que afecten a bienes jurídicos propios del orden castrense radicados sobre todo en la disciplina, la relación jerárquica, la unidad y cohesión interna, la protección de los medios y recursos puestos a su disposición, o al desempeño de funciones y cumplimiento de deberes esenciales no encuadrables en los servicios policiales”. Fuera de esos supuestos señalados, las disposiciones del CPM no se aplican a los guardias civiles.

Como indica el art.15 LOFCS, la Guardia Civil, debido a su condición de instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se va a regir por su normativa específica, y cuando actúe en el cumplimiento de misiones de carácter militar o se integre en unidades militares, se le aplicará el régimen disciplinario de las FFAA.

Como vemos, la jurisdicción militar va a tener competencia en aquellas causas en las que un militar cometa un delito en el ámbito castrense, por ejemplo, una falta a un superior. Por lo que en este caso, Adriano, al no actuar en el ámbito castrense, va a ser tratado como miembro de las Fuerzas y cuerpos de seguridad, y juzgado por tanto, por la jurisdicción ordinaria por los delitos cometidos, como indica el art.8 LOFCS. Además, en su apartado segundo, establece que cumplirán las penas privativas de libertad en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de detenidos o presos, como veremos en el apartado siguiente.

v. Separación penitenciaria

Al cometer un delito, todas las personas, sean guardia civil o no, deben responder del mismo, de acuerdo con el principio de que la ley es igual para todos los españoles. Esto no es incompatible con el principio de seguridad, ya que no es discriminatorio el hecho de que el legislador pueda arbitrar medidas distintas de internamiento en estos supuestos. Parece razonable que los miembros de las FFAA y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando deban ingresar en prisión, por las funciones que han desempeñado y sus perfiles criminológicos, no tengan que permanecer en el mismo espacio físico que el resto de población reclusa.¹¹⁸

La separación es la decisión de asignación de un interno a una unidad, departamento o módulo y dentro del mismo a una celda dentro de un Centro Penitenciario. La LOGP regula la separación en el art. 16, y se trata de una actividad penitenciaria dentro del régimen. El Título IV, Cap.1º del RP desarrolla lo dispuesto en la LOGP.¹¹⁹ Las

¹¹⁶ SEDANO LORENZO, A.: “La Guardia Civil ante la Ley Penal Militar”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.34, 2014, p.9.

¹¹⁷ STS de 16 de junio de 2009 [RJ\2010\1580]

¹¹⁸ SERRANO PATIÑO, J.V.: “La prisión de los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado”, *op.cit.*, p. 327.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, *op.cit.*, pp.452-454.

decisiones de separación interior vienen formalmente atribuidas al Director del Centro, según indica el art.280.2.9º RP.

Cuando se produce el ingreso a prisión, serán entrevistados por el Trabajador Social y por el Educador, a fin de detectar las áreas carenciales y necesidades del interno, y si el Médico no dispusiese otra cosa, pasarán al departamento que les corresponda. Dichos profesionales emitirán informe sobre la propuesta de separación interior, conforme a lo dispuesto en el artículo 99, o de traslado a otro centro (art. 20.1 RP). La separación de la población se ajustará a las necesidades del tratamiento, a los programas de intervención y a las condiciones generales del Establecimiento¹²⁰.

Es decir, para distribuir a las personas presas entre los diferentes módulos de la cárcel se utilizan una serie de criterios, como por ejemplo que se prevea cierta conflictividad como ocurre con las personas pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, que pudieran ser objeto de agresión.

El art.99.2 RP contempla el supuesto de la separación de internos que en libertad fuesen miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y militares, estableciendo que deberá observarse lo dispuesto en la legislación correspondiente. Nos está remitiendo al art.8.2 LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad, que establece que el cumplimiento de las penas privativas de libertad por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se realizará en Establecimientos Penitenciarios ordinarios, pero con la separación del resto de detenidos o presos. Por su parte, el art.222 LO 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar, señala que si no es posible la permanencia del preso en establecimiento militar, la prisión preventiva tendrá lugar en establecimiento común, con absoluta separación de los demás detenidos o presos.

vi. Aplicación al caso

En caso de que se produzca el ingreso en prisión, tras una previa observación por la Junta de Tratamiento, se realizará su clasificación destinándole al Establecimiento cuyo régimen sea el más adecuado para la ejecución del programa específico de tratamiento. En la actualidad, las penas privativas de libertad se ejecutan según el sistema de individualización científica separado en grados, por lo que Adriano podría ser clasificado inicialmente en cualquier grado, excepto libertad condicional. No parece que se cumpla ningún de los requisitos para ser calificado en 1º grado (reclusos calificados de peligrosidad extrema o reclusos inadaptados a los regímenes ordinario o abierto), por lo que será clasificado en 2º grado, que se corresponde con el régimen ordinario. La inclusión en el FIES no debe prejuzgar la clasificación del penado ni suponer la fijación de un sistema de vida distinto a aquel que reglamentariamente se determine. Con el principio de flexibilidad (art.100.2 RP), el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que se combinen aspectos de varios grados, con la finalidad de que el tratamiento sea lo más individualizado posible.

Como indica el art.8 LOFCS, será trasladado a un centro penitenciario ordinario, pero separado de los reclusos comunes. Además, como veíamos anteriormente, el guardia civil será clasificado como FIES-4, conforme con la instrucción 12/11, de 28 de julio de 2011, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre internos de especial seguimiento y medidas de seguridad. Actualmente, existen en España los siguientes Centros Penitenciarios que cuentan con módulos para FIES-4: Estremera (Madrid),

¹²⁰ MESA GARCÍA, J.: “Clasificación y tratamiento de los internos. Régimen penitenciario”, op.cit., p.3

Mairena del Alcor (Sevilla), Albocasser (Castellón), La Roca del Vallés (Barcelona), Logroño y Monterroso (Lugo)¹²¹.

Adriano reside en Arévalo, municipio de la provincia de Ávila, en Castilla y León, por lo que, para evitar su desarraigo social, el centro penitenciario más próximo sería el de Estremera, en Madrid.

En caso de que se pruebe que padece una enfermedad o trastorno mental, se van a llevar a cabo unas medidas concretas y diferentes al régimen general, ingresando en un hospital psiquiátrico penitenciario (art. 188.2 RP). Actualmente solo hay dos centros psiquiátricos, en Alicante y en Sevilla, que garantizan una atención e intervención especializada para las personas con patologías psiquiátricas.

¹²¹ SERRANO PATIÑO, J.V.: “La prisión de los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado”, *op. cit.*, pag. 322

III. CONCLUSIONES FINALES O RESUMEN EJECUTIVO

En este trabajo, se ha tratado de dar respuesta a las tres cuestiones planteadas en base a un análisis de la jurisprudencia, la doctrina y la legislación adecuada en cada caso.

En primer lugar, nos encontramos con unos hechos tipificados como delito de coacciones leves del art.172.2 CP, ya que a pesar de que parecen encajar en el nuevo delito de *stalking*, no consta acreditada la alteración de la vida habitual de Agripina, requisito imprescindible para los tribunales españoles a la hora de condenar por este tipo penal, a diferencia de lo establecido por el Convenio de Estambul, que sólo requiere que surja un temor por parte de la víctima. Se trata de una conducta reiterada, encaminada a convencer a la víctima para retomar la relación matrimonial, y en la que se ejerce una *vis psíquica* sobre ella, con una entidad suficiente para constreñir su libertad.

Los hechos ocurridos el 7 de septiembre de 2017 se van a tipificar como delito de lesiones, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por un claro "*animus necandi*". Adriano dispara en dos ocasiones, poniendo en peligro la vida de Agripina, por lo que realiza una tentativa acabada de delito de asesinato, al existir alevosía. Sin embargo, realiza un desistimiento activo, al llamar a los servicios de emergencias, hecho que impide que la consumación del delito. Esto hace que quede exento de responsabilidad por la tentativa, pero debiendo responder por las lesiones producidas, que son constitutivas de un delito del art.148.4º CP, introducido por la LO 1/2004 para agravar el tipo básico de lesiones (art.147 CP) por violencia de género.

En segundo lugar, en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, regulada en el art. 121 CP, no tiene lugar en el supuesto analizado, ya que Adriano, Cabo primero de la Guardia Civil, es responsable penalmente por un delito cometido cuando estaba fuera de servicio en el más estricto ámbito familiar, ya que la víctima es su mujer, y los hechos tienen lugar en el domicilio de ella, por lo que, según la reiterada jurisprudencia del TS y el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de Sala de lo Penal del TS de 17 de julio de 2002, no hay una conexión con el funcionamiento del servicio público de seguridad. Además, no existen datos debidamente acreditados de que el arma debió ser retirada a Adriano por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión, ya que el médico dispone que no se efectúe ningún seguimiento de su estado psíquico.

Por último, relativo a las cuestiones penitenciarias, Adriano será observado por la Junta de Tratamiento, pudiendo ser calificado en cualquiera de los grados (excepto libertad provisional), ya que actualmente las penas privativas de libertad se ejecutan según el sistema de individualización científica. Todo parece indicar que será clasificado en 2º grado, ya que en él concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad. Adriano será incluido en el FIES-4, pero esto no debe prejuzgar su clasificación ni suponer la fijación de un sistema de vida distinto al que le correspondería, que en este caso, será el régimen ordinario. Como indica el art.8 LOFCS, será trasladado a un centro penitenciario ordinario, pero separado de los reclusos comunes, por motivos de seguridad. En España existen 5 módulos para FIES-4, por lo que, para evitar su desarraigo social, será destinado al más próximo a su residencia habitual.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, C.: “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 3º época, nº5, Madrid, 2011, pp. 13-53.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “El delito de Stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades” en *La Ley penal* nº105, Editorial Wolters Kluwer, Las Rozas, 2013.
- ARRIBAS LÓPEZ, E.: “Fichero de internos de especial seguimiento (FIES) y régimen cerrado” en *La Ley penal*, nº72, Las Rozas, 2010.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: *Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: Departamentos especiales y F.I.E.S.* Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXIII, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2002, pp. 8-58.
- BUSTO LAGO, J.M.: “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- CÁMARA ARROYO, S.: “Las primeras condenas en España por *stalking*: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio” en *La Ley penal*, nº121, Editorial Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016.
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Revisión de la legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES” en *La ley penal*, nº72, Las Rozas, 2010, pp.1-23.
- DOVAL PAIS, A y MOYA GUILLEM, C.: *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Penal*, núm. 17, Enero 2006, pp.72-94.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- GALLARDO GARCÍA, R.M.: “Los programas y actividades del tratamiento penitenciario: la necesaria adaptación de la norma”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol.20, A Coruña, Universidade da Coruña, Servicio de Publicacións, DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2016.20.0.1918>, pp. 139-160.
- GARRIDO GENOVÉS, V.: “*Amores que matan acoso y violencia contra las mujeres*”, Alzira, Algar, 2001, pp.19-34
- JAÉN VALLEJO, M.: “1. Responsabilidad civil subsidiaria del estado (art. 121 CP). Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, núm. 4, pp. 1-4.
- LAGUNA PONTANILLA, G.: *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.
- MAGRO SERVET, V.: “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género” *La Ley Penal*, nº 114, 2015.
- MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de acciones penales”, en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (ORTIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCIA P., COORD.),

Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, pp. 199-244. ISBN: 978-84-613-5416-0.

MESA GARCÍA, J.: “*Clasificación y tratamiento de los internos. Régimen penitenciario*”, V Curso de Derecho Penitenciario, Ilustre Colegio de Abogados de Jaén, 2010 (Ponencia). Disponible en: <http://www.icajaen.es/contenido/documentos/2006/cursos/16-1-juanmesa.pdf> Acceso el 10 de mayo de 2018.

RAMÓN RIBAS, E.: *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.26-122.

RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, Universidad de Santiago de Compostela, 2013, pp. 401-464.

RIOS MARTIN, J.C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. y PASCUAL RODRIGUEZ, E.: *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel (actualizado a la última reforma del Código penal LO 1-2015)*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. y COLINA OQUENDO, P.: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias* (RODRÍGUEZ RAMOS, L. Dir.), 5º Ed., La Ley, Madrid, 2015.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/index.html> Acceso el 27 de abril de 2018.

SEDANO LORENZO, A.: “La Guardia Civil ante la Ley Penal Militar”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.34, 2014, pp. 1-33.

SERRANO PATIÑO, J.V.: “La prisión de los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado” en *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, Madrid, 2016, pp.311-229

SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”. *Revista catalana de dret públic*, nº 52, 2016, pp. 129-147, DOI: 10.2436/20.8030.01.70.

SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. I, pp.99-151.

TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat, 2016.

VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “Cap.IX: Los delitos de violencia contra la mujer y su persecución penal” en *La violencia contra la mujer: abordaje asistencial, médico-legal y jurídico* (RODRÍGUEZ CALVO, M.S., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., Dir. y Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- **Tribunal Constitucional**

STC de 18 marzo de 1992. [RTC 1992\33]

STC de 22 de julio de 2010 [RTC 2010\41]

- **Tribunal Supremo**

STS de 21 de diciembre de 1993 [RJ 1993\9589]

STS de 28 de junio de 2000 [RJ 2000/5649]

STS de 17 de septiembre de 2001 [RJ 2001\7729]

STS de 5 de julio de 2002 [RJ 2002/7936]

STS de 27 de octubre de 2003 [RJ 2003\7323]

STS de 17 marzo de 2009 [RJ 2009\3085]

STS de 16 de junio de 2009 [RJ\2010\1580]

STS de 24 de noviembre de 2009 [RJ 2010\124]

STS de 22 de febrero de 2011 [RJ\2011\1972]

STS de 2 de diciembre de 2013 [RJ 2013\8155]

STS de 2 de julio de 2014 [RJ 2014\4252]

STS de 25 de febrero de 2015 [RJ 2015\2672]

STS de 30 de septiembre de 2015 [RJ 2015\4381]

STS de 27 noviembre de 2015 [RJ 2015\5552]

STS de 13 de junio de 2016 [RJ 2016/2736]

STS de 23 de febrero de 2017 [RJ 2017\820]

STS de 1 de febrero de 2018 [RJ\2018\514]

- **Audiencia Nacional**

SAN de 11 enero de 2017 [JUR 2017\25349]

- **Audiencias Provinciales**

SAP de Madrid de 30 de junio de 2015 [ARP\2015\765]

SAP Girona de 29 de septiembre de 2015 [JUR\2015\278664]

SAP de Madrid, de 10 de Diciembre de 2015 [JUR\2016\16280]

SAP de Madrid de 22 de marzo de 2016 [JUR 2016\95031]

SAP de Lleida de 7 de abril de 2016 [JUR\2016\133164]

SAP de Barcelona de 7 de junio de 2017 [ARP\2017\1375]

- **Otros órganos jurisdiccionales**

SJPII de Tudela, de 23 de marzo de 2016 [ARP\2016\215]

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander, de 9 septiembre de 2016 [JUR\2016\231966]

NORMATIVA

Constitución Española.

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

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

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León.

Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil.

Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.