



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO
CURSO 2017/18

VIOLENCIA DE GÉNERO
VIOLENCIA DE XÉNERO
GENDER VIOLENCE

GRADO EN DERECHO

ALUMNA: *Paula Loureda García*

TITOR: *Dr. José Antonio Ramos Vázquez*

PROF. JOSÉ A. RAMOS VÁZQUEZ

Índice

ABREVIATURAS	1
ANTECEDENTES DE HECHO	2
CAPÍTULO I: CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y SANCIONES A IMPONER	4
I.1 El contexto de la violencia de género	4
I.2 Consideraciones sobre el nuevo delito de <i>stalking</i>	5
I.2.1 Hechos	5
I.2.2 Consideraciones sobre el nuevo delito de acoso ilegítimo o <i>stalking</i>	6
I.2.3 Requisitos del delito de <i>stalking</i>	8
I.2.3.1 <i>De forma “insistente y reiterada”</i>	8
I.2.3.2 <i>“Sin estar legítimamente autorizado”</i>	9
I.2.3.3 <i>“Altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”</i>	9
I.2.4 Bien jurídico protegido	10
I.2.5 Calificación jurídica del delito de <i>stalking</i>	11
I.3 Delimitación entre tentativa y desistimiento voluntario	12
I.4 Fundamentación jurídica del desistimiento voluntario	12
I.5 Desistimiento en el supuesto de tentativa acabada	13
I.6 Consideraciones sobre el delito de lesiones	14
I.6.1 Hechos	14
I.6.2 Configuración jurídica y concepto de «lesión»	15
I.6.3 Requisitos de delitos de lesiones	15
I.6.3.1 <i>Elemento subjetivo</i>	15
I.6.3.2 <i>Elemento objetivo</i>	15
I.6.4 Bien jurídico protegido	17
I.6.5 Concurrencia de agravantes	17
I.6.5.1 <i>Agravantes genéricas</i>	17
I.6.5.1.1 <i>Alevosía</i>	17
I.6.5.1.2 <i>Circunstancia mixta de parentesco</i>	18
I.6.5.2 <i>Agravantes específicas y posible vulneración del principio de non bis in idem</i>	19
I.6.6 Concurrencia de atenuantes	21
I.6.6.1 <i>Atenuante de confesión</i>	21
I.6.6.2 <i>Atenuante de reparación</i>	21
I.7 Calificación final	22
I.7.1 Penas accesorias	22
I.7.2 Responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	23
CAPÍTULO II: RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO	25
II.1 Antecedentes de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado	25
II.2 Tratamiento actual del Código Penal a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado	26
II.2.1 Regulación específica sobre tenencia de armas reglamentarias	27

II.3 Determinación de la existencia de responsabilidad civil subsidiaria del Estado	28
CAPÍTULO III: GRADO DE TRATAMIENTO Y CENTRO DE DESTINO	31
III.1 Sistema de individualización científica	31
III.2 La Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario	33
III.2.1 Régimen cerrado	34
III.2.2 Régimen abierto	35
III.2.3 Régimen ordinario y relación con el supuesto	36
III.3 Los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES)	38
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	44

Índice de tablas

Tabla 1. Población reclusa penada según grado de tratamiento (junio 2017).....	37
Tabla 2. Población reclusa penada según grado de tratamiento (abril 2018)	38

ABREVIATURAS

CE - Constitución española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

CP - Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

I - Instrucción.

LOFCS - Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986.

LOGP - Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

LOPIVG - Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

LORDDMGC - Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2007.

RA - Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1993.

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

SGIIPP - Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

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.

CAPÍTULO I: CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y SANCIONES A IMPONER

I.1 El contexto de la violencia de género

En un principio, el sistema penal consideró que la violencia ejercida sobre la mujer, en el ámbito de las relaciones de pareja, estaba justificada o simplemente no merecía la intervención penalística por no ser de su incumbencia.

Así, en vez de atender a colectivos sociales que, como el de las mujeres, presentaban mayores rasgos de vulnerabilidad, se centró en proteger determinados bienes jurídicos (propiedad, entre otros) con el fin de crear el modelo social burgués-capitalista que tanto ha marcado a nuestra sociedad.

La desigualdad existente hacia la mujer derivó en violencia porque las violencias machistas, en el ámbito de la pareja, no son lesiones sin más y se alejan de lo que en el ámbito penal conocemos como tales. Debemos y tenemos que entender que la violencia machista ejercida sobre la mujer es una manifestación de la desigual y opresiva estructura social en la que vivimos, donde las mujeres somos víctimas de una discriminación social. Porque, a pesar de que la violencia de género sea un único fenómeno, son muchas las aristas de la pirámide y demasiadas las manifestaciones que ésta puede tener¹.

En el año 2017 las cifras situaban en 29.008 el número de mujeres víctimas en el ámbito de violencia de género, con un total de 27.202 hombres condenados y sólo 6.181 absueltos², una realidad que confirma la gravedad de este tipo de violencia.

Pero la violencia contra las mujeres no sólo existe en el ámbito de la pareja y expareja, sino también en el ámbito familiar, en el laboral, social o comunitario, la violencia contra los Derechos Sexuales y Reproductivos de las mujeres y la violencia derivada de conflictos armados³, entre otras.

El fin buscado, que no es otro más que equilibrar la balanza existente entre hombres y mujeres, es una carrera de fondo que parte de la reeducación de toda la sociedad sobre la base de valores que no impliquen un desequilibrio estructural entre hombre y mujer, y apoyado en iniciativas parlamentarias para solventar el problema que representa la violencia de género.

Hace ya 29 años del informe sobre malos tratos que emitía la Comisión de Derechos Humanos del Senado⁴. Éste atendía por primera vez al componente estructural que caracteriza a este tipo de violencia y que, indudablemente, está ligada a una sociedad creada sobre «*estereotipos sexuales que condenan a las mujeres a la subordinación económica, personal y afectiva de sus parejas masculinas*». A día de hoy, transcurrida

¹ BODELÓN GONZÁLEZ, E.: *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Ediciones Didot, Ávila, 2012, pp. 15-17.

² Instituto Nacional de Estadística. Disponible en:

http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176866&menu=ultiD atos&idp=1254735573206 [última consulta: 11 de mayo de 2018].

³ FIGUERUELO BURRIEZA, A., DEL POZO PÉREZ, M., LEÓN ALONSO, M., GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos*, Comares, 2013, pp. 2-3.

⁴ BOE núm. 313, de 12 de mayo de 1989.

casi una treintena de años, los resultados sobre el reconocimiento social y la visibilización de la violencia de género son satisfactorios, pero no suficientes, siendo necesarias más iniciativas públicas que protejan a las mujeres víctimas de maltrato, pero que sobre todo eviten que lleguen a serlo⁵.

Entre otros mandatos, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁶ busca «*luchar en positivo*» contra la discriminación por razón de género que las mujeres han sufrido a lo largo de la historia y, desgraciadamente, sufren a día de hoy.

Así la LOPIVG, protagoniza una reforma de gran alcance que afecta a una pluralidad de órdenes, como son, el procesal (creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer), laboral (mayores prestaciones para las mujeres víctimas), educativo (impregnar a la sociedad de valores de igualdad a través de enseñanzas regladas), sanitario (detección de la violencia precoz), de la publicidad y el orden penal (sexualización de la respuesta punitiva)⁷.

Además, pensando en el ámbito de la violencia de género, se introducen nuevos tipos penales como puede ser el delito de *stalking*, que comentaremos en el presente caso, y que, a día de hoy, opera en más ámbitos pues no exige ningún tipo de características específicas del sujeto activo y pasivo, e incluye tanto a hombres como mujeres sin que la relación entre ellos sea relevante⁸.

I.2 Consideraciones sobre el nuevo delito de *stalking*

I.2.1 Hechos

En relación al supuesto, son varias las conductas que D. Adriano lleva a cabo y dejan entrever que estamos ante el subtipo agravado del delito de acoso persecutorio del artículo 172.ter.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁹. A continuación analizaremos los hechos.

En primer lugar, observamos, desde la separación entre D. Adriano y D^a Agripina, un ansia de control de toda la actividad diaria de ella por parte de nuestro acusado y la necesidad de saber con quién comparte su día a día en todo momento. Esta conducta alcanza tal extremo que D. Adriano fuerza encuentros con D^a Agripina, llegando al punto de perseguirla. Concretamente estos actos intrusivos, los ponemos en relación con el apartado primero del artículo 173.ter CP: «*la vigile, la persiga o busque su cercanía física*», que más adelante analizaremos.

⁵ LAURENZO COPELLO, P.: *La violencia de Género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 15-17.

⁶ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, en adelante LOPIVG.

⁷ a SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, p. 11.

⁸ LORENZO BARCENILLA, S.: *El nuevo delito de acoso del art. 172 ter del Código Penal. Aproximación al cyberstalking*, Máster Universitario en Abogacía, Universitat Oberta de Catalunya, 2015, p.24. Disponible en:

<http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/44681/6/slorenzobaTFM0615memoria.pdf>

[última consulta: 19 de mayo de 2018].

⁹ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, en adelante CP.

En segundo lugar, ante la imposibilidad de conseguir un contacto físico constante con D^a Agripina, D. Adriano recurre a las redes sociales como medio para continuar su conducta acosadora. Así, el envío de numerosos mensajes a través de *Whatsapp* y *Facebook* se convierte en la tónica habitual del día a día de D^a Agripina, quien pese a sus reiteradas negativas e intentos de poner fin a tal conducta, no lo consigue.

Este comportamiento, que más adelante comentaremos, aparece recogido en el apartado segundo del artículo 173.ter CP, cuando dispone que el contacto se busque por el sujeto activo a través de «*cualquier medio de comunicación*».

1.2.2 Consideraciones sobre el nuevo delito de acoso ilegítimo o *stalking*

Las nuevas circunstancias sociales hicieron que nuestro ordenamiento jurídico penal se viese obligado a experimentar un proceso de adaptación. Reflejo de esto es la reforma del CP, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹⁰.

En este sentido, el CP incorpora nuevos delitos como pueden ser: el referido a la divulgación de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la aprobación de la persona afectada y sin su autorización, la tipificación del matrimonio forzado y, en relación al objeto de estudio de este trabajo, el delito de acoso, hostigamiento o acecho o predatorio recogido en el artículo 172.ter del Capítulo III, del Título VI, del Libro Segundo del CP.

Comúnmente conocemos este delito gracias a la acepción anglosajona *stalking* que, literalmente significa «acecho». El *stalking*, consiste en un acoso apremiante, manifestado a través de un conjunto de conductas llevadas a cabo por una persona denominada *stalker*, y consistentes en persecuciones, acechos y acoso de forma compulsiva hacia una víctima, sin que las negativas de ésta última cambien la actitud obsesiva de la primera.

Esta conducta tipificada penalmente, como regla general pero no de manera exclusiva, se desarrolla en el ámbito de las relaciones afectivas. Nos referimos, sobre todo, a supuestos en los que alguna de las partes no acepta bien la ruptura y se dedica a «buscar la atención» del otro a través de, entre otras, llamadas constantes por teléfono, mensajes por medio de cualquier tipo de red social, rondándole, protagonizando persecuciones por la calle, intentando contactar a través de terceras personas, buscando la cercanía física...etc. y todas aquellas que puedan surgir de la imaginación del *stalker*¹¹.

La incorporación de esta figura delictiva a nuestro ordenamiento jurídico penal responde a la propuesta de criminalización del acoso recogida en el artículo 34 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica¹², redactado en Estambul a fecha de 11 de mayo de 2011.

¹⁰ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

¹¹ JIMÉNEZ SEGADO, C.: *Stalking o «stalkeo»: el delito de acoso persecutorio*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 925/2016, p. 1. Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I795fb770da0011e68c8f01000000000&sruid=i0ad82d9b0000016418de93842b29c7ea&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=> [última consulta: 19 de mayo de 2018].

¹² BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

El mencionado artículo, bajo el título de «Acoso», dispone lo siguiente: «*las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad*».

Este nuevo delito cubre la laguna existente de un tipo penal específico para luchar contra comportamientos de acoso persecutorio. Hablamos de conductas que menoscaban la libertad, la dignidad y el sentimiento de seguridad de la víctima; y que, en numerosas ocasiones, el juzgador no podía calificar como coacciones o amenazas¹³.

En primer lugar, el delito de coacciones exige como medio comisivo la violencia, aunque una extensa interpretación jurisprudencial de este tipo delictivo, concretamente del término «*violencia*», permitió que este delito sirviese como una «cláusula de cierre del sistema» ofreciendo la posibilidad de que muchos supuestos de *stalking* pudiesen subsumirse en él¹⁴.

En segundo lugar, el delito de amenazas tampoco era adecuado para la subsunción, pues exige la finalidad de intimidar¹⁵.

En tercer lugar, el delito de trato degradante tampoco se mostraba adecuado a efectos de incriminar tales supuestos de acciones intrusivas.

En cuarto y último lugar, tampoco resultaba óptimo aplicar el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del artículo 173.2 CP, pese a que su introducción fue fundamentalmente motivada por la relación que guardaba con supuestos de violencia de género. Esto sucedía, fundamentalmente, por dos razones:

Por un lado, no era adecuado porque el tipo requiere una relación que medie entre autor y víctima. Esto implicaría dejar de lado los casos de *stalking* entre compañeros de trabajo, conocidos, amigos o parientes no recogidos en el artículo.

Por otro lado, porque la interpretación más generalizada del término «*violencia psíquica*» es aquella que la identifica con manifestaciones de la violencia psicológica que tengan entidad comparable a la violencia física a efectos valorativos¹⁶. Por lo que no podríamos equiparar las conductas típicas propias del delito de *stalking*.

Por tanto, el delito de acoso persecutorio no es una modalidad del delito de coacción sino una figura intermedia entre las amenazas y las coacciones¹⁷.

Los orígenes de la tipificación del delito de *stalking* surgen en California, Estados Unidos en 1990 a raíz del asesinato de Rebecca Schaeffer en 1989, una prometidora actriz de 21

¹³ TORRAS COLL, J.: *El delito de stalking, Breves consideraciones*, El derecho.com, 2018, p. 1. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delito-stalking-acoso-reforma-codigo-penal_11_1092805002.html [última consulta: 21 de mayo de 2018].

¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Delito de acecho/stalking: art. 172 ter, Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blach, Valencia, 2013, p. 599.

¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Delito de acecho/stalking: art. 172 ter, op. cit.* p. 599.

¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Delito de acecho/stalking: art. 172 ter, op. cit.* p. 599.

¹⁷ TORRAS COLL, J.: *El delito de stalking. Breves consideraciones, op. cit.* p. 2.

años, a manos de John Bardo, un fan que llevaba 3 años acosándola sin que se tomase medida alguna. Hasta el momento el acoso era considerado un delito menor, pero la muerte de Rebecca Schaeffer supuso un antes y un después y la necesidad de tomar medidas sobre la materia. Así, la legislación *antistalking* se iría extendiendo por el resto de Estados confederados hasta el año 1996.

Con la introducción del artículo 172.ter CP, nuestro país se incorpora a la lista de aquellos que ya cuentan con un delito de características similares, entre los que podemos destacar: Alemania (*Nachstellung*), Austria (*behrrliche Verfolgung*) e Italia (*atti persecutori*)¹⁸.

Como decíamos, la carencia de la tipificación específica del delito de acoso persecutorio daba lugar a que la respuesta punitiva frente a conductas que pudiesen subsumirse en esta calificación jurídica, oscilase entre los delitos y las antiguas faltas (actualmente delitos leves) de coacciones, amenazas y vejaciones, así como el delito de trato degradante.

El propio Preámbulo de la norma que incluye el artículo 172.ter CP establece que: «*Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima (...)*». Así, el legislador establece un *numerus clausus* de actos intrusivos, respetando el principio de intervención mínima y evitando crear una tipología desmesurada¹⁹.

1.2.3 Requisitos del delito de *stalking*

1.2.3.1 De forma “insistente y reiterada”

El propio artículo exige, en su apartado primero, que las conductas intrusivas se ejecuten «*de forma insistente y reiterada*». La Real Academia de la Lengua Española (RAE) indica que «*insistente*» implica un matiz de intensidad emocional, mientras que por «*reiterada*» entendemos volver a hacer algo.

La Ley no aclara el número de veces que debe repetirse una conducta para considerarse «*insistente y reiterada*»²⁰. Aunque, como es lógico, es necesario que se produzca más de una vez, pues, si no, no podríamos integrarlo en este tipo penal. Es por eso que debemos estar atentos a lo que establece la jurisprudencia sobre la materia.

Sobre esto, conviene mencionar la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2017²¹. En ella la Sala Segunda desestima el recurso de una mujer que buscaba la aplicación del artículo 172.ter.2 CP a su expareja sentimental.

¹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La introducción del delito de *atti persecutori* en el Código penal italiano”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, pp. 6-7. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3018522> [última consulta: 22 de mayo de 2018].

¹⁹ TORRAS COLL, J.: *El delito de stalking. Breves consideraciones*, El derecho.com, p. 3.

²⁰ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Bosch, 2016, pp. 145-146.

²¹ STS de 8 de mayo de 2017 [RJ 2017/2385].

Los hechos probados describían cuatro actos de hostigamiento en el plazo de una semana. El Supremo rechaza que los éstos encajen en el delito de *stalking* y considera que la aplicación del delito de coacciones en el ámbito familiar son la opción más acertada.

Esto es porque, en palabras del Tribunal Supremo recogidas en el fundamento jurídico cuarto, los hechos probados: *«suponen algo más que la suma de cuatro incidencias, pero que no alcanzan el relieve suficiente, especialmente por no haberse dilatado en el tiempo, para considerarlos idóneos o con capacidad para, alterar gravemente la vida ordinaria de la víctima»*. Es decir, se exige explícitamente una cierta prolongación en el tiempo o, al menos, que quede constancia de esa voluntad de perseverar en las conductas intrusivas.

Esto se completa con lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero cuando se indica que: *«se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, (...) sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana»*.

Volvemos, nuevamente, a la cuestión de cuántos actos intrusivos son necesarios y a lo largo de qué período de tiempo. La respuesta de la Sala del Tribunal Supremo establece, por un lado, en el último párrafo del fundamento jurídico tercero que: *«no estamos en condiciones (...) de especificar (...) cuando se cubren las exigencias con que el legislador nacional ha querido definir la conducta punible (...), pero sí de decir cuándo no se cubren esas exigencias»*.

Concluyendo, el fundamento jurídico cuarto acaba diciendo que: *«no es sensato ni pertinente establecer un mínimo de número de actos intrusivos (...), ni fijar un mínimo lapso temporal»*. Esto avisa de que tendremos que estar a las circunstancias de cada supuesto y apreciar esa vocación de persistencia a lo largo del tiempo para valorar si el número de actos intrusivos es suficiente como para subsumir el hecho en este tipo penal o no.

Las conductas de D. Adriano no presentan ese carácter de episódicas o puntuales, sino que se aprecia una clara y sistemática reiteración e insistencia de las mismas durante un período largo de tiempo que alcanza desde el día 3 de diciembre de 2016 hasta el 15 de junio del siguiente año, sin que cupiese duda de la vocación de permanencia de las mismas en el tiempo.

I.2.3.2 “Sin estar legítimamente autorizado”

El artículo 172.ter.1 CP también exige que las conductas se realicen por sujetos no autorizados legítimamente. Esta cláusula fue muy criticada, por entender que carecía de sentido aceptar un acoso como *«legítimo»²²*, pero este requisito debe interpretarse como una delimitación del tipo penal en vez de una redacción al contrario de la causa de justificación recogida en el artículo 20.7 CP: *«El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»*.

I.2.3.3 “Altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”

El delito de acoso de acecho o predatorio es un delito de resultado que exige que *«se altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana»*. Cuando hablamos de vida cotidiana nos referimos al *«conjunto de actos o actividades que se realizan en el*

²² TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 148-149.

transcurso ordinario de los días, relacionados con las obligaciones laborales, domésticas y con los tiempos de ocio»²³, es decir, una rutina.

El criterio que determina si el acto intrusivo es o no grave es el de persona común, pero teniendo en cuenta las modificaciones que el sujeto pasivo vaya a realizar en su rutina, porque sólo en la medida en que el desarrollo normal de su vida diaria se altere podrá colmarse el tipo penal²⁴.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2017²⁵ en su fundamento de derecho cuarto hace referencia a este requisito: «(...) se está ante un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido».

1.2.4 Bien jurídico protegido

A pesar de que este nuevo delito de acoso, de acecho o predatorio, se encuentre recogido en un capítulo dedicado a las coacciones, donde se regulan en líneas generales los delitos contra la libertad, es necesario llevar a cabo un análisis profundo para dilucidar cuál es el bien jurídico protegido realmente. Existen dos posiciones al respecto.

En primer lugar, aquellos que defienden que el bien jurídico protegido es la integridad moral. Esta primera posición no encuentra consenso en lo que se refiere al fundamento y se divide, a su vez, en dos subgrupos²⁶:

- Un primer sector doctrinal (DEL ROSAL BLASCO, GARCÍA ARÁN, MUÑOZ CONDE, entre otros) fundamenta su postura en que la integridad moral es la contraparte de la integridad física, deduciendo esto de lo que se desprende del artículo 15 de la Constitución española²⁷.
- Un segundo sector doctrinal (PÉREZ MACHÍO, DE LA MATA BARRANCO, DÍAZ PITA, entre otros), que resulta más convincente, entiende que debe vincularse al artículo 10 CE, que proclama la dignidad de la persona como uno de los fundamentos «*del orden político y la paz social*».

En segundo lugar, aquellos que consideran que es la libertad de obrar respecto de conductas llevadas a cabo por terceras personas que pretenden condicionarla o limitarla.

El delito afecta a la libertad de obrar y a la sensación de seguridad de la propia víctima, creando una situación de presión e incertidumbre a su alrededor que busca obtener su derrumbe. En definitiva, la doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido es la libertad de ejecución, algo que se deduce del propio precepto cuando indica que se «*altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana*»²⁸.

Analizando jurisprudencia relativa a la materia, podemos mencionar la Sentencia del Juzgado de Instrucción de Tudela de 23 de marzo de 2016²⁹, que establece que el bien

²³ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 156.

²⁴ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 157.

²⁵ STS de 12 de julio de 2017 [RJ 2017\4136].

²⁶ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 134-139.

²⁷ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, en adelante CE.

²⁸ Artículo 172.ter.1 CP.

²⁹ SJI de Tudela de 23 de marzo de 2016 [ARP 260/2016].

jurídico protegido por el artículo 172.ter CP: *«es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente»*, añade también que *«las conductas de stalking afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso lugar de residencia y trabajo»*.

También hace referencia a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica que introduce este nuevo delito penal diciendo que: *«se protege asimismo el bien jurídico de la seguridad»*, es decir, *«el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal»*.

Finalmente, en el fundamento jurídico primero advierte que pueden verse afectados otros bienes jurídicos como son *«el honor, la integridad moral o la intimidad, en función de los actos en que se concrete el acoso»*.

1.2.5 Calificación jurídica del delito de *stalking*

En el presente caso D. Adriano protagoniza el acoso, reiterado e insistente, sobre la víctima a través de las conductas primera y segunda recogidas en el artículo 172.ter.1 CP³⁰:

1. Vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física: esta conducta exige que se vulnere la integridad moral de la víctima sujeto pasivo a través del control de toda su actividad y la búsqueda de la cercanía física. Hay que tener en cuenta que *«búsqueda de la cercanía física»* y *«vigilancia»* no son lo mismo, pues la primera es un paso previo a la segunda³¹.

D. Adriano llevó a cabo conductas de persecución e incluso simulación de encuentros espontáneos por la calle con D^a Agripina. Además de querer controlar toda su actividad, movimientos y relaciones.

2. Contacto o intento de contacto a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas: a pesar de que la doctrina señale que, para considerar típica la conducta, es necesario que se lleve a cabo, al menos, en tres ocasiones; nuevamente tendrán que ser los Tribunales los que elaboren criterios para adaptar los términos *«insistente y reiterada»* a las circunstancias concretas del caso³².

Con todo, D. Adriano contacta, de manera reiterada, a través de redes sociales con D^a Agripina hasta que, finalmente, consigue a través de la madre de D^a Agripina coincidir con la misma en su domicilio.

Es así como D. Adriano incurre en el subtipo agravado del delito de acoso, acecho o predatorio manifestado en el apartado 2 del artículo 173.ter CP, por ser D^a Agripina *«(...) alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173»*, concretamente su cónyuge.

En relación al grado de autoría o participación, el artículo 27 CP dispone que: *«son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices»*, esto en relación con el artículo 28 CP, que matiza que: *«son autores quienes realizan el hecho por sí solos»*

³⁰ Artículo 172.ter CP.

³¹ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 160.

³² TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 162.

(...)». D. Adriano, sin la ayuda de nadie, dispara dos tiros a su esposa D^a Agripina, por tanto, su grado de participación es el de autor directo de la acción típica.

Finalmente, la pena que le correspondería, según el artículo 172.ter.2 CP será: «(...) *pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días (...)*».

En virtud del artículo 66.6 CP, y en aplicación de la pena, teniendo en cuenta que no concurre ninguna circunstancia atenuante o agravante de las recogidas en los artículos 21 y 22 CP, respectivamente; los jueces o tribunales observarán la *«extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho»*.

I.3 Delimitación entre tentativa y desistimiento voluntario

A primera vista, la calificación jurídica de los hechos podría llevarnos a pensar que estamos ante una tentativa de asesinato con alevosía del artículo 139 CP. Pero a continuación analizaremos todos los puntos para ver que, realmente, es un delito de lesiones en su modalidad agravada del artículo 148.1 CP en el que concurre con dos agravantes genéricas.

Empezando este análisis, acudimos al artículo 16.2 CP: *«quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito»*.

Este precepto recoge el supuesto en que el sujeto activo una vez iniciada la ejecución del delito, *«evita o intenta evitar la consumación»*³³. El sujeto activo debe llevar a cabo una conducta positiva tendente a evitar la efectiva producción del resultado (sin que baste el mero abandono), en el supuesto de que se hubiesen realizado todos los actos ejecutivos necesarios. Hablamos de lo que en nuestro ordenamiento jurídico conocemos como *«desistimiento voluntario»*.

Por tanto, en los casos de ejecución acabada, podemos responder únicamente de los delitos ya acabados si impedimos la producción del resultado y si la actuación del sujeto activo, hasta el momento, constituye de por sí una infracción independiente de la que se evita.

I.4 Fundamentación jurídica del desistimiento voluntario

Son muchas las teorías que sustentan el fundamento de la impunidad de desistimiento voluntario. Durante las últimas décadas han destacado aquellas que giran en torno a la voluntad o energía criminal, valorando si es suficientemente intensa como para justificar una pena, y aquellas centradas en la ausencia de necesidad de pena. Me centraré, en primer lugar, en la *«Teoría de la menor intensidad de la voluntad criminal»* y, en segundo lugar, en la *«Teoría del fin de la pena»*.

La primera de ellas, fundamentada en numerosas resoluciones por el *«Bundesgerichtshof»*³⁴, se centra en la idea de que existe una voluntad criminal de menor

³³ PÉREZ FERRER, F.: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 107.

³⁴ Tribunal Supremo Federal Alemán.

intensidad y adquiere mayor relevancia la «*personalidad del autor, su menor culpabilidad o peligrosidad*» en vez del hecho delictivo en sí³⁵.

La jurisprudencia alemana entiende que el sujeto activo que desistió no tenía una voluntad criminal tan fuerte. En nuestro derecho PÉREZ FERRER, siguiendo a MARTÍNEZ ESCAMILLA, entiende que «*el desistimiento demostraría la reducida intensidad de la voluntad delictiva, lo que constituiría razón de la impunidad*»³⁶.

En segundo lugar, nos encontramos con la «*Teoría del fin de la pena*». Ésta es la dominante en el panorama actual y se resume en que: «*la conducta de quien desiste voluntariamente de la tentativa no necesita la pena que correspondería a la misma, porque ya no existen razones de prevención que justifiquen su imposición*»³⁷.

El legislador entiende que no es necesario imponer tal pena pues la conducta delictiva del autor en el futuro será inexistente. Habrá que atenerse a las circunstancias de cada caso, sin que eso desplace la fundamentación de esta teoría, que no es otra más que la ausencia de la necesidad de la pena desde dos puntos de vista: preventivo-general y preventivo-especial³⁸.

I.5 Desistimiento en el supuesto de tentativa acabada

D. Adriano realiza dos disparos por la espalda a su cónyuge D^a Agripina. Mientras que el primero impacta en su omóplato derecho, el segundo le provoca una lesión broncopulmonar de carácter grave. Es en este momento cuando nuestro acusado procede a llamar a urgencias (conducta activa) a fin de evitar el resultado inminente de muerte de D^a Agripina.

Como adelantábamos, «*el desistimiento solamente excluye la punibilidad de la tentativa, pero no así de los delitos que se hubieran consumado para realizar aquélla*»³⁹. En relación al caso, esto aparece recogido en el apartado segundo del artículo 16 CP: «*(...) sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito*». En este caso, al referirnos a un supuesto de tentativa acabada, estamos ante la modalidad de desistimiento del apartado segundo del artículo 16 CP.

El desistimiento en la tentativa acabada requiere, a diferencia de la inacabada, una conducta positiva por parte del sujeto activo, algo que permita «*desandar lo andado*»⁴⁰. La acción lesiva ya ha tenido lugar, por lo que para evitar el resultado es necesario una acción que evite la «*efectiva producción del resultado lesivo mediante su propia actividad*

³⁵ BUSTOS RUBIO, M.: “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, núm. 19-08, pp. 25-26. Disponible en:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-08.pdf> [última consulta: 1 de junio de 2018].

³⁶ PÉREZ FERRER, F.: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español, op. cit.*, pp. 183-185.

³⁷ PÉREZ FERRER, F.: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español, op. cit.*, p. 188.

³⁸ ROXIN, C.: “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 2001, p.1. Disponible en:

http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html [última consulta: 1 de junio de 2018].

³⁹ PÉREZ FERRER, F.: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español, op. cit.*, p. 108.

⁴⁰ PÉREZ FERRER, F.: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español, op. cit.*, p. 230.

e incluso con ayuda de terceros»⁴¹, que en este caso sería la llamada a urgencias por parte de D. Adriano.

En relación con esto, podemos mencionar jurisprudencia como la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2012⁴² que se centra en un supuesto en que el acusado, tras apuñalar e intentar asfixiar a la víctima, la envuelve en una manta y la traslada a un servicio de urgencias para evitar su fallecimiento. Dentro de lo expuesto por la Sala del Alto Tribunal, el fundamento jurídico cuarto recoge: *«El Código distingue (...) entre el desistimiento “pasivo” (...) y el desistimiento “activo” cuando el agente agota todos los actos de ejecución, pero posteriormente desarrolla una actividad contraria, tendente a evitar o neutralizar el efecto delictivo de la acción ejecutada»*. Por tanto, mientras que el desistimiento pasivo sería simplemente el abandono en la ejecución de los actos, el desistimiento activo exige una conducta postdelictiva.

También, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2011⁴³, aprecia un desistimiento activo resultado de llamar al 112 solicitando ayuda después de propinar reiterados martillazos en el cuerpo y cabeza de su pareja. En el fundamento jurídico cuarto se exige: *«(...) un “actus contrarius” que neutralice e impida el resultado delictivo de la acción ejecutada»*. Así, añade, al final del mencionado fundamento jurídico, que la razón que justifica la regulación actual del artículo 16.2 CP *«es de índole político criminal por estimar que la aplicación de la pena del delito impedido por el propio agente sería contraria a los principios que informan el sistema de justicia penal tales como los de mínima intervención, necesidad de pena y proporcionalidad de la respuesta»*. También enumera, en el mismo fundamento jurídico, los elementos esenciales del desistimiento en la tentativa acabada: a) acto contrario que evite la producción del delito (novación del dolo inicial por un dolo de salvación), b) el dolo de salvación debe ser eficaz y c) el acto contrario debe ser anterior al descubrimiento y a que el agente lo conozca (voluntariedad).

I.6 Consideraciones sobre el delito de lesiones

Tras argumentar porqué no nos encontramos ante una tentativa de asesinato con alevosía del artículo 139 CP, entraremos a analizar el delito de lesiones en su modalidad agravada del artículo 148.1 CP en el que concurre con dos agravantes genéricas.

I.6.1 Hechos

D. Adriano, el día 7 de septiembre por la mañana, contacta con su suegra para que le comunique a D^a Agripina que estaba arrepentido de su comportamiento durante los últimos meses. A mayores, le pide concertar un encuentro con D^a Agripina en el domicilio conyugal con la finalidad de recoger algunas pertenencias y llevar un regalo a la hija de ambos. Después de que su madre se lo comunicase, D^a Agripina accedió.

Es el día 7 de septiembre de 2017, cuando sobre las 18:00h, D. Adriano acude al domicilio conyugal y tras recoger sus pertenencias, se dirige al salón, donde se encontraban D^a Agripina y su hija viendo la televisión. En ese momento, aprovechando que D^a Agripina estaba de espaldas, y sin previo aviso, le disparó dos tiros con su arma reglamentaria. Uno

⁴¹ PÉREZ FERRER, F.: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español, op. cit., p. 230.*

⁴² STS de 30 de mayo de 2012 [RJ 2012\6569].

⁴³ STS de 22 de febrero de 2011 [RJ 2011\1972].

de los disparos impactó en el omóplato derecho de D^a Agripina, mientras que el segundo le provocó una lesión bronco-pulmonar de carácter grave.

Tras lo sucedido, D. Adriano realizó dos llamadas: la primera de ellas a los servicios de urgencias informando del estado de su mujer, y la segunda llamada la dirigió al Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo, comunicándole lo sucedido.

I.6.2 Configuración jurídica y concepto de «lesión»

El delito de lesiones aparece regulado en el Libro II Título III artículos 147 a 156 CP, y a lo largo de los años experimentó importantes reformas debido a los problemas interpretativos que generaba⁴⁴.

Se trata de un delito de especial relevancia dirigido contra las personas que, ya a partir de la década de los años setenta, ocupaba el segundo o tercer lugar en estadísticas internacionales⁴⁵ que comparaban la frecuencia y número de diferentes clases de delitos, y actualmente está siempre presente Juzgados y Tribunales⁴⁶.

Así el artículo 147.1 CP, que recoge el tipo básico de lesiones, castiga con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses al que, por cualquier medio, cause a otro una lesión que: «(...) *menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental (...)*», siempre que concurren el resto de requisitos que más adelante analizaremos.

Atendiendo a la literalidad del precepto podemos entender por «lesión» «*el menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental*»⁴⁷, por lo que podríamos entender por lesiones no sólo las dolencias físicas, sino que también las psicológicas que pudiesen derivarse de una agresión física⁴⁸ y las psíquicas.

I.6.3 Requisitos de delitos de lesiones

Son varios los requisitos para la aplicación del artículo 147 CP.

I.6.3.1 Elemento subjetivo

El elemento que diferencia estos delitos de los de homicidio no es otro más que el ánimo del sujeto activo. Así, el tipo penal que ahora estamos analizando requiere un *animus laedendi* o dolo genérico de lesionar⁴⁹.

I.6.3.2 Elemento objetivo

Es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos objetivos.

⁴⁴ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Ramón Areces, 2006, p. 17.

⁴⁵ MORALES PAYÁN, M. A.: *La configuración legislativa del delito de lesiones en el Derecho Histórico español*, Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, 1997, p. 16.

⁴⁶ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷ MORETÓN TOQUERO, M. A.: *Los delitos de lesiones*, Bosch, 2000, p. 8.

⁴⁸ CORCOY BIDASOLO, M., BOLEA BARDÓN, C., CARDENAL MONTRAVETA, S., GALLEGU SOLER, J. I., GÓMEZ MARTÍN, V., SANTANA VEGA, D., FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., CARPIO BRIZ, D., DÍAZ MORGADO, C., VERA SÁNCHEZ, J. S., VALIENTE IVAÑEZ, V., CASTELLVÍ MONSERRAT, C.: *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados (Tomo I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 97.

⁴⁹ MORETÓN TOQUERO, M. A.: *Los delitos de lesiones*, *op. cit.*, p. 8.

- Daño o menoscabo en la integridad corporal o en la salud mental o física

Este tipo penal exige que el resultado lesivo suponga un menoscabo en la integridad corporal o la salud física o mental. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1992⁵⁰ establece en su fundamento de derecho cuarto: «(...) *el propósito de menoscabar la integridad o la salud ha de ir acompañado de un “algo físico”, ha de ir acompañado de una lesión mínima que requiera la asistencia o el tratamiento*». De esta manera se excluyen, de la conducta típica, los supuestos en que la acción lesiva vaya dirigida a conseguir un beneficio para la salud⁵¹.

- Primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico

En primer lugar, cuando el artículo exige una «*primera asistencia facultativa*», no se refiere a una «*primera o inmediata asistencia*», sino a un acto médico inicial de primera asistencia sobre la víctima⁵². La finalidad de este primer contacto con persona graduada en Medicina es una «*exploración inicial con finalidad preventiva*» tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003⁵³ en su fundamento de derecho cuarto.

En segundo lugar, por «*tratamiento médico*» entendemos un «*(...) sistema planificado de curación que claramente excede de la primera asistencia curativa o de la simple vigilancia*», así lo recoge el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007⁵⁴.

En tercer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003 también define «*tratamiento quirúrgico*» en su fundamento de derecho cuarto como: «*(...) la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o cirugía menor), que sea objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones*».

En definitiva, la regla general es que la primera asistencia facultativa sea una sola actuación médica mientras que el tratamiento médico o quirúrgico es un conjunto de ellas⁵⁵.

Tanto el elemento subjetivo como el objetivo son requisitos que se cumplen en el presente supuesto. El primero porque existe una clara intención de lesionar por parte de D. Adriano que tras realizar el segundo disparo llama inmediatamente a urgencias para evitar la muerte de su esposa D^a Agripina, y el segundo porque, como resultado de los dos impactos de bala, D^a Agripina sufre un menoscabo físico en su omóplato derecho y una lesión bronco-pulmonar de carácter grave, algo que necesariamente requerirá una primera asistencia facultativa y tratamiento quirúrgico.

⁵⁰ STS de 3 de noviembre de 1992 [RJ 1992\8875].

⁵¹ VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, M. L., BORJA JIMÉNEZ, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 105.

⁵² GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 17.

⁵³ STS de 7 de julio de 2003 [RJ 2003\6218].

⁵⁴ STS de 20 de diciembre de 2007 [RJ 2007\9125].

⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, M., BOLEA BARDÓN, C., CARDENAL MONTRAVETA, S., GALLEGO SOLER, J. I., GÓMEZ MARTÍN, V., SANTANA VEGA, D., FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., CARPIO BRIZ, D., DÍAZ MORGADO, C., VERA SÁNCHEZ, J. S., VALIENTE IVÁÑEZ, V., CASTELLVÍ MONSERRAT, C.: *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados (Tomo I)*, op. cit., p. 99.

I.6.4 Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido del delito de lesiones es la integridad corporal, en su dimensión de «*salud física u orgánica, como en la mental o psíquica*»⁵⁶.

En primer lugar, MORETÓN TOQUERO siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS entiende por «*integridad corporal*», como «*el estado del cuerpo en su concreta plenitud anatómica funcional externa e interna*»⁵⁷.

En segundo lugar, también MORETÓN TOQUERO siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS entiende que salud responde a «*ausencia de enfermedad*», (siendo «*enfermedad*» un concepto relativo que dependerá de las circunstancias del sujeto pasivo con anterioridad a la agresión)⁵⁸.

A pesar de la existencia de tesis dualistas que defienden que la salud física o mental y la integridad corporal son bienes jurídicos distintos, la opción más convincente es entender que el bien jurídico protegido en el delito de lesiones es, de manera global, la salud individual.

I.6.5 Concurrencia de agravantes

En el curso del acto delictivo podemos apreciar dos agravantes genéricas (alevosía y la circunstancia mixta de parentesco) y una específica (empleo de arma).

I.6.5.1 Agravantes genéricas

I.6.5.1.1 Alevosía

Efectivamente, en primer lugar podemos apreciar la agravante recogida en el artículo 22.1 CP, ejecución del hecho con alevosía. Su existencia implica que el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin que quepa defensa por parte del ofendido.

En función de las peculiaridades del caso concreto, existen varias modalidades dentro de la alevosía. En este supuesto, el atacar por la espalda se corresponde con la alevosía súbita o inopinada, también denominada «*sorpresiva*». Ésta se caracteriza porque, generalmente el agresor no se oculta físicamente, pero no avisa de sus intenciones hasta el momento en que arremete contra la víctima⁵⁹, impidiendo que la víctima pueda evitar o reaccionar ante el golpe.

En este sentido, según reiterada jurisprudencia podemos mencionar la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2017⁶⁰. En ella se establece lo siguiente: «*así, el acometimiento por la espalda (...) se calificará de asesinato alevoso*

⁵⁶ GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 47.

⁵⁷ MORETÓN TOQUERO, M. A.: *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.8.

⁵⁸ MORETÓN TOQUERO, M. A.: *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 8.

⁵⁹ ARIAS EIBE, M. J.: “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 15. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf> [última consulta: 3 de junio de 2018].

⁶⁰ STS de 10 de febrero de 2017 [RJ 2017/473].

(...) (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1ª (por ser la víctima un menor)».

También, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017⁶¹ que gira entorno a un degollamiento por la espalda. En relación con esto el fundamento de derecho tercero: *«(...) hemos considerado que la alevosía concurre cuando el sujeto activo aprovecha conscientemente una material desatención de la víctima y aborda su ataque por la espalda, buscando con ello no desencadenar ninguna reacción de evitación o de defensa proveniente de su objetivo (...)».*

Mencionar la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015⁶², que establece en su fundamento de derecho segundo: *«(...) En efecto, dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, (...) casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso (...)».*

Por último, otro ejemplo sería el Auto del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2014⁶³, en la que se refiere a unos hechos subsumibles en un delito de asesinato *«con alevosía»* pues: *«el acusado se acercó por detrás sin que el perjudicado notara su presencia, y desde esa posición, de forma sorpresiva, le clavó el cuchillo (...)»*, continúa diciendo que *«(...) el perjudicado no tuvo en ningún momento posibilidad de reaccionar o defenderse del ataque».*

1.6.5.1.2 Circunstancia mixta de parentesco

En segundo lugar, concurre como agravante la circunstancia mixta de parentesco recogida en el artículo 23 CP, y que fue modificada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁶⁴.

El mencionado artículo dispone lo siguiente: *«es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge (...)».* La nueva redacción permitió que las relaciones recogidas en el artículo 23 tuviesen un sentido jurídico *«amplio y flexible»*, y poder extenderse al cónyuge o pareja de hecho ya separados⁶⁵. D. Adriano y D^a Agripina, a pesar de haber decidido tomarse un tiempo de separación, seguían manteniendo el vínculo conyugal, por eso podemos apreciar esta agravante.

Inicialmente la jurisprudencia exigía, además de la relación de parentesco o análoga, la *«relación de afecto personal que ordinariamente lo acompaña y que evidentemente constituye el verdadero fundamento de la atenuación o agravación»*, como así dispone el fundamento de derecho quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1991⁶⁶, actualmente la nueva regulación del artículo 23 CP supone *«el abandono definitivo de la afectividad entre agresor y víctima como fundamento de la circunstancia*

⁶¹ STS de 21 de febrero de 2017 [RJ 2017\518].

⁶² STS de 28 de septiembre de 2015 [RJ 2015\4218].

⁶³ ATS de 13 de marzo de 2014 [JUR 2014\103165].

⁶⁴ BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

⁶⁵ BIELSA CORELLA, M.C.: *La circunstancia mixta de parentesco en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.71.

⁶⁶ STS de 27 de diciembre de 1991 [RJ 1991\9644].

mixta de parentesco». En consecuencia, la desaparición de la *affectio maritalis* no supone la inaplicación de la circunstancia mixta de parentesco como agravante⁶⁷.

En este último sentido, destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005⁶⁸, la cual recoge en su fundamento jurídico sexto: «*la circunstancia mixta de parentesco (...) su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, (...), sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales*».

I.6.5.2 Agravantes específicas y posible vulneración del principio de non bis in idem

La agravación recogida en el artículo 148 CP no se ha configurado por el legislador como imperativa, sino que de su redacción puede deducirse su condición potestativa. Así lo confirma reiterada jurisprudencia como puede ser la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2017⁶⁹, que en su fundamento de derecho primero establece: «*la agravación penológica recogida en el artículo 148 del Código Penal, no se ha configurado por el legislador como imperativa, sino potestativa (...)*».

El artículo 148 CP recoge 5 agravaciones específicas, de las cuales D. Adriano protagoniza la primera (empleo de arma), la segunda (ejecución del hecho mediando alevosía) y la cuarta (D^a Agripina era su esposa). Ante esto, podemos entender que se trata de un concurso aparente de normas entre el artículo 148 CP y las agravantes genéricas de los artículos 22.1 CP (ejecución del hecho mediando alevosía) y 23 CP (circunstancia mixta de parentesco), entendiendo que se aplicaría solo el artículo 148 CP pues ganaría en virtud del principio de especialidad recogido en el artículo 8.1 CP.

Mi opinión difiere de lo recogido en el anterior párrafo, pues el artículo 148 CP constituye un tipo penal mixto alternativo, es decir, se describen varias acciones y se aplica al sujeto por la ejecución de cualquiera de ellas, sin necesidad de que se lleven a cabo todas. Con esto, la diferencia entre realizar una o varias de las conductas descritas en el artículo 148 CP se pone de manifiesto a través de una pena mayor o menor dentro de los dos a cinco años, pero sin poder salir de ese marco penal.

El hecho de que D. Adriano cometiese el delito concurriendo las agravantes específicas de los apartados primero (empleo de arma), segundo (alevosía) y cuarto (unión conyugal), implica un plus de culpabilidad que excede del marco penal del artículo 148 CP y exige que apliquemos las dos agravantes genéricas de los artículos 22.1 CP (ejecución del hecho mediando alevosía) y 23 CP (circunstancia mixta de parentesco).

Es por eso que entiendo que estamos ante un delito de lesiones del 147 CP en su modalidad agravada del artículo 148.1 CP, que castiga con pena de prisión de dos a cinco años las agresiones en que se hubieren utilizado «*(...) armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o*

⁶⁷ BIELSA CORELLA, M.C.: *La circunstancia mixta de parentesco en el código penal español, op. cit.*, p.138-139.

⁶⁸ STS de 30 de noviembre de 2005 [RJ 1421/2005].

⁶⁹ STS de 12 de septiembre de 2017 [RJ 2017\3907].

psíquica, del lesionado» (D. Adriano emplea su arma reglamentaria) en concurrencia con las agravantes genéricas de los artículos 22.1 y 23 CP.

El debate surge en torno a si la aplicación del artículo 148 CP junto con la agravantes genéricas de los artículos 22.1 CP (ejecución del hecho mediando alevosía) y 23 CP (circunstancia mixta de parentesco) supondría una vulneración del principio de prohibición de incurrir en *bis in idem*. Por eso, deberemos valorar si concurre el presupuesto de la triple identidad⁷⁰ establecido para apreciar una vulneración del principio de *non bis in idem*:

- Identidad de hechos, refiriéndonos no al hecho natural sino al supuesto de hecho de cada uno de los tipos penales.
- Identidad de fundamento, el interés que se pretende proteger en ambos tipos penales es el mismo.
- Identidad de sujetos, misma identidad de sujeto activo y pasivo.

En el presente caso, no estaríamos incurriendo en un supuesto de vulneración del principio de *non bis in idem*, pues no se cumple el requisito identidad de fundamento, porque precisamente las agravantes genéricas de alevosía y la circunstancia mixta de parentesco pretenden dejar constancia de ese plus de antijuridicidad, esa mayor culpabilidad por parte de D. Adriano consecuencia de disparar con su arma reglamentaria por la espalda a su mujer D^a Agripina, y que desborda el marco penal establecido en el artículo 148 CP.

Respaldo mi opinión con numerosa jurisprudencia del Alto Tribunal que pone de manifiesto la posible aplicación del artículo 148.1 CP en concurrencia con las agravantes genéricas de los artículos 22.1 y 23 CP. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2012⁷¹ en su fundamento de derecho sexto establece que: «(...) *la especificidad del art. 148 del Código Penal determina que cuando concurre la circunstancia agravatoria de alevosía, pero resulta inoperante por la concurrencia del subtipo del núm. 1º (empleo de armas o medios peligrosos) dicha circunstancia debe funcionar, para alcanzar toda la eficacia punitiva que el Legislador le atribuye en el Código, como agravante genérica*».

También la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2006⁷² que confirma la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba que condena por «(...) *un delito de lesiones con empleo de arma de fuego y con producción de deformidad, previsto y penado en los artículos 147 y 148.1 del Código Penal, concurriendo la agravante de alevosía del artículo 22.1 del Código Penal (...)*».

Por último, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017⁷³ que, nuevamente, confirma un delito de lesiones «(...) *contemplado en los arts.*

⁷⁰ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Thomson Civitas, 2007, pp. 109-114.

⁷¹ STS de 30 de mayo de 2012 [RJ 2012\6569].

⁷² STS de 13 de febrero de 2006 [JUR 2006\109930].

⁷³ STS de 23 de marzo de 2017 [JUR 2017\101878].

147.1 ° y 148.1° CP , en el que concurren las circunstancias agravantes de alevosía, ensañamiento y parentesco, y la circunstancia atenuante de confesión (...)».

I.6.6 Concurrencia de atenuantes

Cuestión debatida es si podríamos apreciar las atenuantes de confesión y de reparación recogidas en los apartados cuarto y quinto, respectivamente del artículo 21 CP.

I.6.6.1 Atenuante de confesión

El apartado cuarto del artículo 21 CP establece que es circunstancia atenuante: *«la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades»*. Esta atenuante tiene como base un fundamento utilitarista y de economía procesal, pues la confesión puede ser un instrumento esencial en la *«rápida aclaración de los hechos y en la correspondiente imputación de responsabilidad al culpable»*⁷⁴.

La confesión en sí no equivale a una menor culpabilidad, sino que su fundamento es una colaboración activa con la Administración de Justicia, suponiendo una descarga de trabajo para las autoridades competentes a la hora de indagar sobre el caso ante el que se encuentren⁷⁵.

La confesión deberá ser *«veraz y completa en lo sustancial»*, es decir, el sujeto activo tendrá que informar de todos los detalles que conozca en torno a la conducta delictiva que cometió. A esto añadimos la exigencia de que deberá realizarse antes de que el sujeto activo tenga conocimiento de que existe un procedimiento incoado contra él (*«espontaneidad de la autoinculpación»*)⁷⁶.

En este caso no aprecio la concurrencia de la atenuante por confesión. A la vista de los hechos no podemos deducir que, efectivamente, haya confesado lo sucedido en su llamada al Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo.

En mi opinión, más que una intención de confesar ante las autoridades los hechos acaecidos momentos antes en su domicilio, la finalidad era la de poder contar lo sucedido dentro de una *«relación de confianza»*, a la espera de poder recibir consejo, ayuda o cualquier otro tipo de apoyo sobre cómo lidiar con la situación en la que se veía inmerso.

I.6.6.2 Atenuante de reparación

El apartado quinto del artículo 21 CP recoge la atenuante de reparación: *«haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral»*. El fundamento de esta atenuante es el realizar una conducta que suponga una *«satisfacción del interés de la víctima»*⁷⁷. En definitiva, reparar el daño causado a la

⁷⁴ GARRO CARRERA, E., ASUA BATARRITA, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 84.

⁷⁵ GARRO CARRERA, E., ASUA BATARRITA, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, op. cit., p. 85.

⁷⁶ GARRO CARRERA, E., ASUA BATARRITA, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, op. cit., p. 85.

⁷⁷ GARRO CARRERA, E., ASUA BATARRITA, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, op. cit., p. 23.

víctima, algo que exige que la prestación reparadora haya disminuido efectivamente el daño material y, en consecuencia, le haya favorecido⁷⁸.

No considero que concurra la atenuante de reparación en el presente caso, pues a pesar de que D. Adriano procediese, de manera inmediata, a llamar a urgencias tras haber disparado a su cónyuge D^a Agripina; la realidad es que el haber apreciado un desistimiento voluntario hace incoherente apreciar, nuevamente, esta atenuante. Si lo hiciésemos, estaríamos valorando doblemente la conducta llevada a cabo por D. Adriano y consistente en llamar a urgencias con la finalidad de evitar la muerte de su cónyuge.

I.7 Calificación final

A la hora de concretar la calificación jurídica final, recordamos el tratamiento dado a cada delito.

En primer lugar, el delito de *stalking* del artículo 172.ter.2 CP: «*se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días (...)*».

En segundo lugar, el delito de lesiones del 147 CP en su modalidad agravada del artículo 148.1 CP, en concurrencia con las agravantes genéricas de alevosía y la circunstancia mixta de parentesco de los artículos 22.1 CP y 23 CP, respectivamente. Así el artículo 148 CP dispone: «*las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido*».

Esto, en relación con el apartado tercero del artículo 66 CP, situado en la Sección 1^a: «*Reglas generales para la aplicación de las penas*», dentro del Capítulo II: «*Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito*».

Finalmente, se le impondría a D. Adriano una pena de prisión de 4 años, 6 meses y 1 día a 7 años.

I.7.1 Penas accesorias

Las penas privativas de derechos pueden ser principales o accesorias. La principal diferencia entre ambas es que, mientras las primeras se aplican según lo dispuesto en la parte especial, las segundas según los artículos 55 a 57 Código Penal⁷⁹.

A esta diferencia podemos añadir otras como: la relativa a los plazos de prescripción entre ambas (a pesar de que la accesoria tenga la misma duración que la principal) y el modo de aplicación de ellas, pues el juez o tribunal goza de un cierto nivel de discrecionalidad a la hora de aplicar las principales, mientras que respecto de las accesorias o se aplican automáticamente o el juez o tribunal tendrá se puede elegir entre varias que se ofrezcan⁸⁰.

⁷⁸ GARRO CARRERA, E., ASUA BATARRITA, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, op. cit., p. 22-25.

⁷⁹ FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M^a.: *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 19-21.

⁸⁰ FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M^a.: *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, op. cit., p. 23.

A pesar de que las penas accesorias busquen mantener el orden social evitando que el sujeto vuelva a delinquir, la realidad es que pueden constituir un obstáculo para alcanzar la resocialización del reo impidiendo su «*normal reintegración*»⁸¹.

En relación al caso y considerando las penas impuestas por el delito de *stalking* y el delito de lesiones en su modalidad agravada, de los artículos 172.ter CP y 148 CP, respectivamente, de manera individual, sería de aplicación en relación con las penas accesorias el artículo 56 CP.

Este artículo dispone que en las penas de prisión inferiores a diez años, atendiendo a la gravedad del delito, se puede imponer penas accesorias tales como: la suspensión de empleo o cargo público y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, entre otras. El juez o tribunal, junto con las penas principales podrá optar por alguna de las penas accesorias enumeradas en el precepto anterior. En mi opinión, sería de aplicación la inhabilitación especial para el empleo o cargo público recogida en el apartado tercero.

La inhabilitación especial se centra en un concreto empleo, cargo u honor público que guarda relación con el delito cometido, es decir, existe un nexo entre el cargo público y la ejecución del hecho delictivo⁸². En el presente caso esa conexión resulta obvia, pues D. Adriano emplea su arma reglamentaria cuando dispara a D^a Agripina.

Las penas accesorias tendrán la misma duración que la principal (salvo lo que puedan disponer otros preceptos del CP)⁸³. Teniendo en cuenta que «*el comienzo de este efecto de la sanción ha de tener lugar con la firmeza de la sentencia, no en el momento de inicio del tiempo de prisión provisional*»⁸⁴. Por ejemplo, en caso de aplicarla al delito de lesiones en su modalidad agravada del artículo 148.1 CP (concurriendo con dos agravantes), la duración de la pena accesoria sería de 3 años 6 meses y 1 día a 5 años.

1.7.2 Responsabilidad civil *ex delicto*

Por último conviene hablar de la responsabilidad civil *ex delicto* que pudiese llevar aparejada la conducta delictiva de D. Adriano.

Cierto es que, la responsabilidad civil persigue satisfacer un interés particular, a diferencia de la pena que tiene por objeto un interés público; pero la presencia de normas de naturaleza civil en el CP nos inclina a apreciar que esas normas, de alguna manera, participan de la «*función propia de las leyes penales*»⁸⁵.

La responsabilidad civil derivada de los delitos aparece regulada en los artículos 109 CP y siguientes. Dentro del ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto* tres son los pilares

⁸¹ FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M^a.: *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, op. cit., p. 32.

⁸² FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M^a.: *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, op. cit., p. 75.

⁸³ Artículo 33.6 CP.

⁸⁴ FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M^a.: *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, op. cit., p. 79.

⁸⁵ QUINTERO OLIVARES, G.: *La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea*, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 16-17.

fundamentales: restitución, reparación e indemnización de perjuicios materiales y morales.

En el presente caso, D. Adriano estaría obligado a indemnizar los daños morales y corporales causados a D^a Agripina. La característica de los primeros, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1992⁸⁶, indica que los daños morales no han de probarse cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos, así se deduce del fundamento de derecho tercero: *«la indemnización comprende los perjuicios materiales y morales ocasionados por la infracción penal pero, así como los perjuicios materiales han de probarse, los morales no necesitan, en principio, de probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos»*.

Los daños corporales, por su parte, abarcan: a) los días transcurridos hasta la curación de la lesión, así como la imposibilidad de desempeñar su trabajo u ocupación por parte de D^a Agripina, b) los gastos hospitalarios, quirúrgicos o médico-farmacéuticos, c) la *pecunia doloris*, y d) las secuelas restantes⁸⁷.

⁸⁶ STS de 7 de julio de 1992 [RJ 1992\6137].

⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: *La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea*, op. cit., pp. 177-178.

CAPÍTULO II: RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO

II.1 Antecedentes de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado

La Administración del Estado lleva a cabo numerosas funciones y no sólo un control judicial y extrajudicial de la actividad estatal. Dentro de estas analizaremos, la regulación *«de las consecuencias indemnizatorias que tiene cualquier actuación administrativa que produzca daños y perjuicios en los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos»*. Este sistema es un régimen de responsabilidad de la Administración de naturaleza pública⁸⁸.

Anteriormente lo más cercano a esta figura del Estado como responsable civil subsidiario se recogía en los artículos 21 y 22 del Decreto 3096, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal de 1973, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre⁸⁹. Estos artículos se encontraban situados en el Capítulo II *«De las personas responsables civilmente de los delitos y faltas»*, y centraba la responsabilidad civil, en defecto de la criminal, en los posaderos, taberneros y personas o empresas, de los delitos cometidos en sus establecimientos, siempre que hubiese por su parte o la de sus dependientes infracción de los reglamentos generales o especiales de policía.

El artículo 22, por su parte, extendía esta responsabilidad subsidiaria a aquellas *«personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio»*.

Este antiguo régimen de responsabilidad subsidiaria presentaba una vasta complejidad a la hora de aplicarse a delitos cometidos por funcionarios públicos y es que el Tribunal Supremo incluyó la responsabilidad subsidiaria del Estado en el artículo 22 del Código Penal de 1973 sin establecer los límites de la enumeración de las personas a quienes esa responsabilidad alcanzaba, es decir, no era una enumeración exhaustiva⁹⁰. Ante esto, los Proyectos y Propuestas de CP siguientes buscaban satisfacer las exigencias ciudadanas⁹¹:

1. Mayor celeridad en la indemnización en los casos cometidos por funcionarios públicos.
2. La no exigencia de la condena del responsable criminal para poder exigir y garantizar una indemnización al Estado por el mal funcionamiento de sus servicios públicos.
3. La revisión y delimitación del concepto de delito cometido *«con ocasión del servicio»*, sobre todo en supuestos de funcionarios armados como es el presente caso.

⁸⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 945.

⁸⁹ BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973.

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Código Penal (Tomo I)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p.

1.

⁹¹ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Código Penal (Tomo I)*, op. cit., p. 1.

II.2 Tratamiento actual del Código Penal a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado

El fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado es el principio de que quien obtiene beneficios de un servicio o actividad debe asumir los daños que pueda producir, y sólo rige cuando el condenado, en este caso D. Adriano, fuese declarado insolvente⁹² y no pudiese afrontar, de forma ordinaria y en el correspondiente plazo, las indemnizaciones debidas a D^a Agripina.

En relación con el caso, el artículo 30 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil⁹³, recoge en su artículo 30.2 la obligación de la administración de concertar un seguro de responsabilidad civil para cubrir cualquier exigencias de responsabilidad a los Guardias Civiles.

Actualmente, el artículo 121 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/ 1995, de 23 de noviembre, del CP regula la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Analizando el precepto, son tres los requisitos exigidos para que exista responsabilidad civil subsidiaria del Estado:

- Elemento subjetivo: vínculo personal del autor, penalmente responsable del delito doloso, con la Administración (autoridades, agentes, contratados, funcionarios).
- Elemento objetivo: actuación derivada del ejercicio de sus cargos o funciones, es decir, de su competencia funcional.
- La lesión o daño provocado debe ser consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que tuviese confiados el autor.

El problema surge cuando intentamos delimitar el significado de que el autor cometa el hecho «*con ocasión del servicio público*». En un primer momento, se entendió que la responsabilidad subsidiaria no era exigible cuando el hecho se hubiera producido «fuera de servicio», lo que generó importantes críticas. Más adelante, adquirió fuerza y se asentó la doctrina de que la Administración Pública debía responder de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad siempre, por razones estrictamente objetivas. Esta obligación nacía con el solo acto de autorizarles al porte y uso de armas, depositando una confianza en ellos que les obliga a responder frente a los ciudadanos que puedan salir perjudicados de su actuación⁹⁴.

Inicialmente la jurisprudencia entendía que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se refería a supuestos que tenían lugar fuera del domicilio. En este sentido, podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 31 de octubre del 2000⁹⁵, trata el supuesto de un agente de policía que, empleando su arma reglamentaria, asesina a su esposa en el domicilio conyugal. La sentencia establece en su fundamento de derecho noveno que la responsabilidad civil subsidiaria se refiere: «(...) a sucesos que hayan tenido lugar “fuera del domicilio”» y la excluye por concurrir el daño en: «(...) el ámbito íntimo y privado del domicilio familiar, como consecuencia de disputas

⁹² MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J. L.: “Cuadernos de la Guardia Civil”, *Revista de Seguridad Pública*, núm. 53-2016, p.71-72. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5678217> [última consulta: 20 de mayo de 2018].

⁹³ BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2007, en adelante LORDDMGC.

⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Código Penal (Tomo I)*, op. cit. p. 2.

⁹⁵ STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2000 [JUR 2005\190123].

conyugales». Estableciendo que surgirá cuando se trate de: «(...) *funcionarios públicos en “el ejercicio de sus funciones” y “siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les tuvieren confiados”*». La jurisprudencia dejaba claro que no existiría la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (artículo 121 CP) en caso de que el agente o autoridad cometiese el hecho delictivo en su propio domicilio y con empleo su arma reglamentaria.

Pero esta dirección cambia en la reunión del 17 de julio de 2002, donde el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó un Acuerdo⁹⁶ que se resume en lo siguiente: la Sala General, inicialmente, excluiría la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en aquellos supuestos de agresiones que no fuesen «*una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del Servicio de Seguridad*», quedando dentro de este supuesto el empleo del arma reglamentaria en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él. Hasta este punto se mantenía la línea jurisprudencial anterior.

Pero, la novedad, es que esta exclusión quedaba condicionada a que no existiesen datos acreditados de que el arma debería habersele retirado al funcionario por no estar en posesión de las condiciones adecuadas para su uso. En caso de que existiesen, sí habría responsabilidad civil subsidiaria del Estado⁹⁷.

II.2.1 Regulación específica sobre tenencia de armas reglamentarias

Existe un amplio abanico de normas que regulan los requisitos exigidos para la tenencia de armas reglamentarias por parte de los miembros del Cuerpo de Seguridad Pública de la Guardia Civil, entre ellas destacamos las siguientes.

El Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas⁹⁸ regula lo referido a las «*Aptitudes físicas y psíquicas*» de aquellos sujetos que vayan a poseer y usar dichas armas reglamentarias. Efectivamente, el apartado primero del artículo 147 RA establece que los usuarios de las mismas deben estar «*en condiciones de controlarlas*», actuar con la debida diligencia y evitar causar peligro o daños a terceras personas o a sus bienes *En la presencia o proximidad de otras personas, deberán actuar con la diligencia y precauciones necesarias y comportarse de forma que no puedan causar peligro, daños, perjuicios o molestias a terceras personas o a sus bienes*».

Su artículo 98 impide ser titular de licencias o autorizaciones a aquellas personas que presenten «*condiciones psíquicas o físicas que les impidan su utilización*», así como a aquéllas que presenten un riesgo propio o ajeno. El apartado segundo completa lo dispuesto añadiendo que la posesión de las aptitudes psíquicas y físicas, así como los conocimientos relativos a la tenencia de las armas que sean necesarios, deberá acreditarse.

La LORDDMGC, dispone en su artículo 23 recogido en el Título III, «*De los deberes de los miembros de la Guardia Civil*» lo siguiente: «*los Guardias Civiles tienen la obligación de someterse a los reconocimientos psicofísicos necesarios para determinar*

⁹⁶ Acuerdo de 17 de julio de 2002 [JUR 2002\195351].

⁹⁷ 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”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº 4, 2002, p. 3. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j12.pdf> [última consulta: 5 de junio de 2018].

⁹⁸ BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1993; en adelante RA.

su aptitud para el servicio)».

El artículo 57 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil⁹⁹ regula el expediente de aptitud psicofísica en el que *«figurarán los resultados de los reconocimientos médicos y de las pruebas psicológicas y físicas que se realicen (...)»*, y añade que se podrá realizar *«en cualquier momento a iniciativa fundamentada del propio interesado o del jefe de su unidad, centro u organismo (...)»*.

El Capítulo III, *«Evaluaciones»* de la misma Ley indica en su artículo 59 que *«los guardias civiles serán evaluados para determinar (...) la insuficiencia de condiciones psicofísicas»*, y en su artículo 60 dispone que *«en cada evaluación se analizarán las circunstancias de los interesados en los aspectos de su personalidad, aptitudes, condiciones psicofísicas (...)»*.

A su vez, la Guardia Civil cuenta con un Cuerpo de Sanidad en la misma, que se encarga, dentro de otras muchas competencias, de *«emitir dictámenes (...) detallando en ellos el diagnóstico de la enfermedad o proceso patológico y el grado de discapacidad que corresponda para determinar la aptitud para el servicio de los interesados»*, así lo dispone el artículo 103 de la Ley de Régimen del Personal de la Guardia Civil.

Por último, la Orden de 2 de junio de 1999 por la que se establecen las normas para la evaluación y clasificación del personal de la Guardia Civil¹⁰⁰ también indica en su articulado que las condiciones psicofísicas y aptitudes son requisito fundamental de la evaluación y clasificación de los miembros de la Guardia Civil.

Con esto, llegamos a la conclusión de que el Estado tiene presente la necesidad de probar que los funcionarios de la Guardia Civil se encuentran en las condiciones idóneas como para portar y utilizar un arma reglamentaria. El arma reglamentaria, al fin y al cabo, es un instrumento peligroso y la tarea de otorgar el «poder» de utilizarla a un individuo pasa por analizar de manera minuciosa y detallada si cumple con las exigencias establecidas.

II.3 Determinación de la existencia de responsabilidad civil subsidiaria del Estado

En el presente caso, D. Adriano E había estado de baja laboral durante los meses de diciembre de 2016 y julio de 2017, a consecuencia de un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y por presentar un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa.

Es por eso que le fue retirada su arma reglamentaria durante el período de baja laboral. Tras recibir el alta médica, en julio de 2017, Adriano se reincorpora a su puesto de trabajo y se le repone el arma reglamentaria. Es en este contexto cuando el correspondiente facultativo dispone que D. Adriano cumple los requisitos y aptitudes exigidas para portar un arma reglamentaria y indica la no necesidad de que se efectúe seguimiento médico alguno sobre su estado psíquico.

Aquí nos planteamos la duda de si el Estado incurre en responsabilidad civil subsidiaria, pues el delito de lesiones cometido sobre la víctima de D^a Agripina tuvo lugar con un arma reglamentaria, que las Administraciones Públicas pusieron en manos del susodicho, y en el domicilio conyugal.

⁹⁹ BOE núm. 289, de 29 de noviembre de 2014.

¹⁰⁰ BOE núm. 136, de 8 de junio de 1999.

En el presente caso, en mi opinión, el Estado no incurre en la responsabilidad civil subsidiaria recogida en el artículo 121 del CP, pues como establece el Acuerdo de 12 de julio de 2002, adoptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la responsabilidad civil del Estado queda: *«excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del Servicio de Seguridad. Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente (...), contra sus familiares o personas que convivan con él. Si bien, (...), habrá responsabilidad civil subsidiaria del Estado, si existen datos, debidamente acreditados, de que el arma debió habersele retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión»*. Por datos debidamente acreditados entiendo aquellos emitidos por el facultativo correspondiente, y en el presente caso no existía ninguno que recomendase la retirada del arma reglamentaria de D. Adriano.

Los motivos de la baja laboral de D. Adriano en ningún momento estuvieron relacionados con su cónyuge o el entorno de ella, sino por estrés laboral. Además, en julio de 2017 el correspondiente médico facultativo dio el alta médica a D. Adriano, quien se reincorporó en su puesto de trabajo, reponiéndosele el arma reglamentaria, y dictaminó que no era necesario realizar ningún tipo de seguimiento médico de su estado psíquico.

Además según el artículo 3.2 de la Orden de 18 de septiembre de 2007, por la que se regulan las Bajas para el Servicio por motivos de salud, dispone que los partes de alta suscritos por el médico competente que asista al enfermo deberán *«ser refrendados en el plazo máximo de 72 horas, por el Servicio de Asistencia Sanitaria de la Unidad de destino a la que pertenece el interesado (...)»*. Es decir, la orden de no realizar un seguimiento de D. Adriano emitida por el facultativo que le atendió contaba con el respaldo del Servicio de Asistencia Sanitaria.

La misma Orden en su artículo 6.5 establece que en caso de que el Jefe de Unidad de D. Adriano hubiese apreciado razones fundadas podría haber solicitado *«el reconocimiento extraordinario de cualquiera de sus subordinados»*, algo que no se realizó porque, efectivamente, no se existían motivos.

Llegamos a la conclusión de que no existen datos que objetivamente acrediten que D. Adriano no estaba en situación de ostentar el arma reglamentaria, sino todo lo contrario, los informes acreditaban que D. Adriano reunía todas condiciones psicofísicas necesarias como para volver a la normalidad de su vida laboral diaria.

En este sentido tenemos, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de noviembre de 2012¹⁰¹, en la que un Guardia Civil dispara, con su arma reglamentaria y de manera repetida, a su esposa en el domicilio conyugal. La sentencia dispone, en su fundamento de derecho cuarto, recurre al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y establece la inexistencia de responsabilidad civil subsidiaria del Estado por no concurrir en el acusado: *«la influencia de trastorno mental alguno que hubiese podido y debido ser detectado por sus superiores o por la Administración»*.

¹⁰¹ SAP de Valencia de 26 de noviembre de 2012 [ARP 2014\97].

También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2013¹⁰², recoge un supuesto similar de disparo con arma reglamentaria en el domicilio conyugal por parte de un Guardia Civil.

La misma excluye la responsabilidad civil subsidiaria del Estado pues como argumenta en su fundamento de derecho séptimo: *«(...) no puede afirmarse que el individuo se encontrara en algún tipo de estado permanente que le inhabilitara para usar un arma. Sino que tal como declaran los doctores que le atendieron, (...), dicha baja estuvo motivada por un problema de ansiedad derivado de un tema estrictamente laboral»*.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2015¹⁰³. En ella, el acusado, que tenía la condición de Guardia Civil, y aprovechando que su cónyuge estaba dormida en el domicilio de ambos, colocó su arma reglamentaria en la sien derecha de la misma y disparó.

En esta sentencia se deniega la responsabilidad civil subsidiaria del Estado recogida en el artículo 121 CP y que derivaría del comportamiento delictivo del acusado. Esto es porque y cito textualmente: *«no consta acreditado que concurra alguna causa que hubiera determinado que el arma hubiera debido ser retirada al acusado antes de su utilización para causar la muerte de su esposa (...)»*. Esto se afirma sobre la base de dos informes del médico facultativo correspondiente, que calificaban *«como apto sin ninguna patología»* más que una sintomatología compatible con un trastorno adaptativo en evolución pero que no alcanzaba a ser una patología grave que obligase a apartarle del servicio.

En definitiva, el Estado no incurre en responsabilidad civil subsidiaria pues insta el examen que da lugar al informe correspondiente, el cual declara la aptitud del acusado D. Adriano para el servicio, sin observar patologías de ningún tipo que obligasen a la retirada de su arma reglamentaria.

¹⁰² STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2013 [JUR 2013\283391].

¹⁰³ STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2015 [REC 105/2015].

CAPÍTULO III: GRADO DE TRATAMIENTO Y CENTRO DE DESTINO

III.1 Sistema de individualización científica

No sólo a nivel internacional se busca la reinserción social de los presos¹⁰⁴, sino que la CE, en su artículo 25, asigna a la pena de prisión una finalidad de reeducación y reinserción social de aquellas personas condenadas.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria¹⁰⁵, nos recuerda, en su artículo primero que las instituciones penitenciarias «(...) tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad (...)». Este objetivo último no debe ser olvidado, pues todo el sistema de individualización científica, que trataremos a continuación, está encaminado a la consecución de este fin.

El penado, desde el momento en que incurre en la comisión de un tipo delictivo, experimenta una separación y se desvincula de la sociedad. Es por eso necesario disponer de medidas que permitan que éste se adapte al nuevo entorno penitenciario, y que el ingreso en prisión no suponga el «fin». La reinserción implica que la acción social requiere, no sólo un cambio de mentalidad, sino también comprender que «*los resultados positivos de un adecuado proceso de reinserción social constituyen un paradigma indiscutible de la labor de prevención delictiva (...)*»¹⁰⁶.

Para alcanzar este objetivo se planifican un conjunto de actividades terapéuticas, educativas y deportivas (tratamiento penitenciario) y se asigna a cada preso una situación penitenciaria (grado) que lleva aparejada un determinado régimen de vida en prisión, posibilitando un tratamiento penitenciario. Es lo que conocemos como «clasificación¹⁰⁷».

La LOGP establece en su artículo 72.1 que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional según el CP.

Este sistema no sólo permite una mayor adaptación de la pena a las circunstancias y condiciones que rodean al reo, sino que, se caracteriza por una gran flexibilidad, frente a la rigidez del sistema anterior, manifestada en la clasificación *ab initio*¹⁰⁸ del penado en cualquier grado, salvo el de libertad condicional, y en la posible progresión o regresión individual según su evolución durante el período de tiempo en que transcurra la

¹⁰⁴ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Los derechos humanos y las prisiones. Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones*, Capítulo XXI, Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training11sp.pdf> [última consulta: 3 de junio de 2018].

¹⁰⁵ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979, en adelante LOGP.

¹⁰⁶ RAMÍREZ BEJERANO, E. E.: *La reinserción comunitaria desde las ciencias jurídicas*, El Cid Editor, 2009, p. 6.

¹⁰⁷ RÍOS, J., ETXEBARRÍA, X., PASCUAL, E.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Universidad Pontificia ICAI ICADE Comillas, Madrid, 2016, p. 136.

¹⁰⁸ Ministerio de Interior. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/clasificacion/sistemaGrados.html> [última consulta: 3 de junio de 2018].

condena¹⁰⁹. Este principio de flexibilidad unido a otros como son: el principio de separación, el principio de oportunidad o, los mencionados anteriormente, grados regimentales, perfilan una visión general del Sistema Penitenciario en España¹¹⁰. Los criterios legales que se tendrán en cuenta a la hora de clasificar al penado son¹¹¹:

- Penales y prácticos: recogidos en el artículo 63 LOGP, se refieren a la duración de las penas y medidas, al medio al que retorne, recursos, facilidades y dificultades existentes.
- Científicos: recogidos en los artículos 62 y 62 LOGP y en el artículo 102.2 RP, se refieren a criterios psicológicos, sociológicos y criminológicos del penado (historial individual, familiar, social y delictivo del interno o interna).
- Conceptos jurídicos indeterminados: en el artículo 43.2 LOGP cuando dice: *«estimar que, bien inicialmente o por evolución favorable en segundo grado, pueden recibir tratamiento en régimen de semilibertad»*.

La actividad administrativa de la clasificación en grados se inicia con la llegada del testimonio de sentencia a la cárcel. En ese momento, un órgano colegiado y multidisciplinar (Junta de Tratamiento) deberá elaborar una propuesta escrita de clasificación al Centro Directivo (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias)¹¹² y de destino a una cárcel concreta¹¹³. La propuesta será escrita y en el plazo de dos meses (con posibilidad de ampliarse hasta un máximo de cuatro meses) desde la recepción, la SGIIPP deberá confirmarla, determinar la aplicación de distintas normas regimentales y la ejecución de específicos programas de tratamiento (individualización)¹¹⁴. Finalmente, la resolución adoptada se notificará a la persona presa para que pueda interponer recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Conviene realizar una aproximación sobre la Junta de Tratamiento, un órgano colegiado regulado en los artículos 272 y 273 RP. Respecto de sus competencias, tiene como finalidad *«establecer los programas de tratamiento y modelos individualizados de ejecución para cada interno»*¹¹⁵, es decir, recoger toda la información necesaria para elaborar informes sobre la personalidad y entorno del reo, así como la formación y custodia del protocolo que le corresponde a cada recluso.

¹⁰⁹ Ministerio de Interior. [consulta: 26 de mayo de 2018] Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/clasificacion/sistemaGrados.html> [última consulta: 4 de junio de 2018].

¹¹⁰ CASADO CALLEJA, J.: "Visión del sistema penitenciario español", *Revista de Intervención Psicosocioeducativa en la desadaptación social*, v.6, 2013, pp. 47-48. Disponible en: https://acceda.ulpgc.es/bitstream/10553/10838/1/0555289_00006_0003.pdf [última consulta: 4 de junio de 2018].

¹¹¹ RÍOS, J., ETXEBARRÍA, X., PASCUAL, E.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, op. cit. p.p. 144.

¹¹² Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en adelante SGIIPP.

¹¹³ RÍOS, J., ETXEBARRÍA, X., PASCUAL, E.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, op. cit. p.p. 145-146.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 353.

¹¹⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., SAPENA GRAU, F.: *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 126.

En cuanto a su composición, la Junta de Tratamiento está presidida por el Director del Centro penitenciario y compuesta por: el Subdirector de Tratamiento o Subdirector Jefe de Equipo de Tratamiento de Inserción Social independientes, el Subdirector Médico o Jefe de los Servicios médicos, el Subdirector del Centro de Inserción Social, en los Centros de Inserción Social dependientes, los Técnicos de Instituciones Penitenciarias que hayan intervenido, un trabajador social, un educador o coordinador del Centro de Inserción Social que haya intervenido en las propuestas, un Jefe de Servicios. Por último, como Secretario actuará, con voz pero sin voto, un funcionario del Centro designado por el Subdirector de Tratamiento¹¹⁶.

La tarea de clasificación deberá realizarse bajo el control expreso del Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien es garante del cumplimiento legal de la pena, de la corrección de desviaciones que pudiesen darse en la Administración penitenciaria¹¹⁷ y, así como establece la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹¹⁸ del: «(...) *control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley*».

Para poder asignar un determinado grado de clasificación y, por un tanto, un régimen de vida, es necesario un período de tiempo dedicado a la observación del penado. En este se recogen datos documentales y de entrevistas, complementados con un estudio científico de la personalidad del penado. Para que así, el Equipo de Tratamiento se encargue de determinar el tipo criminológico, el diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y formule la consiguiente propuesta de grado de tratamiento¹¹⁹. No existe un mínimo de tiempo de observación, pero será el necesario para que la clasificación sea adecuada, una vez que el testimonio de la sentencia haya llegado a la cárcel.

III.2 La Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario

Para resolver la cuestión que se nos plantea deberemos acudir a la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General penitenciaria¹²⁰, así como al Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario¹²¹, encargado del desarrollo y ejecución de la LOGP. Existen tres grados, aunque la doctrina otorga a la libertad condicional la denominación de «cuarto grado de tratamiento»¹²²:

El primer grado, en régimen cerrado, se aplicará a los penados clasificados «(...) *por su peligrosidad extrema o manifiesta inadaptación a los regímenes comunes anteriores y a*

¹¹⁶ Artículo 272 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1996, en adelante RP.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A.: *El ordenamiento jurídico penitenciario español vigente: carencias y disfunciones*, Tesis doctoral, 2013, Universidad de Granada. Disponible en: <http://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/30844/22574682.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [última consulta: 5 de junio de 2018].

¹¹⁸ BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985.

¹¹⁹ RÍOS, J., ETXEBARRÍA, X., PASCUAL, E.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel, op. cit.*, p.p. 142-143.

¹²⁰ BOE núm. 239, de 5 de noviembre de 1979.

¹²¹ BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1996.

¹²² RÍOS, J., ETXEBARRÍA, X., PASCUAL, E.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel, op. cit.*, p. 136.

los preventivos en quienes concurran idénticas circunstancias», así lo dispone el artículo 74.3 RP.

El segundo grado, en régimen ordinario, se aplicará a los «(...) *penados sin clasificar y a los detenidos y presos*», así está recogido en el artículo 74.1 RP.

Por último, el tercer grado, en régimen abierto, se aplicará a los penados «(...) *que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad*», en virtud del artículo 74.2 RP. Este régimen abierto se aplicará en cualquiera de sus modalidades: secciones abiertas, centros de inserción social (art. 163 RP), unidades dependientes (art. 165 RP), unidades de madres (art. 178 RP) y unidades extrapenitenciarias privadas o públicas para la atención a drogodependientes (art. 182 RP).

Para entender las consecuencias de ser clasificado en uno u otro grado, a continuación analizaremos los distintos regímenes, que aparecen regulados en el Título III: «*Del Régimen de los Establecimientos Penitenciarios*», del propio RP.

III.2.1 Régimen cerrado

En primer lugar el régimen cerrado, correspondiente a aquellos penados clasificados en primer grado, aparece regulado en el Capítulo IV. Su característica principal, según el artículo 90 RP, es que se cumplirá en Centros o módulos de régimen cerrado o en departamentos especiales ubicados en Centros de regímenes comunes, «(...) *con absoluta separación del resto de la población reclusa*».

Existe en este régimen, según el apartado segundo del artículo 90 RP, una «*limitación de las actividades en común de los internos*», así como un mayor «*control y vigilancia sobre los mismos*», exigiendo «*de manera especial, el acatamiento de cuantas medidas de seguridad, orden y disciplina elabore el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento (...)*».

El propio Preámbulo de la LOGP establece «*la potenciación del régimen abierto y reducción del régimen cerrado a los supuestos extraordinarios*», y deja ver su carácter de excepcionalidad al situar en un artículo distinto (el décimo) la existencia de centros de cumplimiento de régimen cerrado, a diferencia de los de régimen ordinario o abierto que se recogen, de manera conjunta, en el artículo noveno de la misma Ley¹²³.

Conviene mencionar la I- 9/2007¹²⁴ de Clasificación y destino de los Penados, que a pesar de no innovar el ordenamiento jurídico son una manifestación de la jerarquía administrativa¹²⁵ y contienen órdenes generales por parte de un órgano a los dependientes del mismo. Éstas aparecen reguladas en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre,

¹²³ CAROU GARCÍA, S.: *El régimen penitenciario cerrado: análisis de la regulación del régimen penitenciario cerrado en el ordenamiento jurídico español a la luz de los principios básicos que deben informar el Derecho Penitenciario, recogidos en la Constitución y en la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tesis doctoral, 2015, pp. 97-98, Universidad da Coruña. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=47422> [última consulta: 6 de junio de 2018].

¹²⁴ Instrucción 9/2007 sobre clasificación y destino de los Penados, en adelante I-9/2007.

¹²⁵ MORENO REBATO, M.: “Circulares, Instrucciones y Órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico”, *Revista de Administración Pública*, nº 147, p.160. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17416> [última consulta: 6 de junio de 2018].

de Régimen Jurídico del Sector Público¹²⁶, el cual dispone que: *«los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio»*.

La I- 9/2007, recoge en su página tercera, los principios generales para llevar a cabo la clasificación en primer grado y, por tanto, en régimen cerrado. Estos son:

1. Carácter excepcional: es un régimen de vida que intensifica la desocialización, y dificulta la reinserción del interno, por tanto debe utilizarse como última solución.
2. Transitoriedad: *«el penado debe estar en régimen cerrado el tiempo imprescindible para reconducir sus conductas y actitudes hacia el régimen ordinario (...)»*.
3. Subsidiariedad: *«su aplicación exige descartar las patologías psiquiátricas graves descompensadas que hayan de ser abordadas de forma especializada (...)»*.

A su vez, las páginas tercera y cuarta, recogen tres factores principales a la hora de tomar la decisión de aplicar el régimen cerrado al penado:

1. Deberán valorarse objetivamente los hechos acaecidos, en virtud del artículo 102.5 RP.
2. Apreciar factores relativos a la personalidad del interno (potencial peligrosidad, capacidad de liderazgo, edad, nivel de agresividad desarrollada, antecedentes psiquiátricos...etc.).
3. Valorar circunstancias que rodean a los hechos tipificados penalmente (realización en grupo o de manera solitaria).

III.2.2 Régimen abierto

El régimen abierto y, por tanto, la modalidad de cumplimiento en tercer grado se regula en el Capítulo III RP.

Respecto de la LOGP, y en función de lo dispuesto en su Preámbulo, ésta busca una potenciación de esta modalidad de régimen y de la clasificación en tercer grado. Así, el artículo 72.3 de la misma Ley establece que, siempre que se reúnan los requisitos para ello, el penado *«tras la observación y clasificación correspondiente»* podrá situarse inicialmente en un grado superior, menos el de libertad condicional. Es decir, podría ingresar directamente en régimen abierto, sin la obligación de haber pasado por los grados anteriores primero y segundo.

Esto se completa con el apartado quinto del mismo artículo, que establece una serie de requisitos para la clasificación *ab initio* o progresión al tercer grado, como son que: *«(...) el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, (...) restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable (...) presente y futura para*

¹²⁶ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y (...) el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición».

De la misma manera que el primer grado no es una sanción, el tercer grado no es un beneficio, y así lo dispone la I-9/2007 en su página séptima y octava. Es un modo de cumplimiento de la condena hecho a medida para aquellos penados que *«(...) presenten una capacidad de inserción social positiva»*. Continúa estableciendo seis criterios de clasificación, en su página octava, de los que mencionaré cuatro por considerarlos de importancia relevante:

1. El tercer grado *«se crea poco a poco»*, el compromiso del penado a la hora de cumplir la pena facilita actuaciones posteriores, como es la progresión al tercer grado.
2. Con antelación se dará asesoramiento al penado sobre las exigencias legales de responsabilidad civil que exige el artículo 72.5 y que mencionamos anteriormente.
3. Gran peso de la labor de profesionales dirigida a favorecer la reinserción social.
4. Valorar la importancia de la necesidad de cumplimiento de la pena en un medio comunitario.

III.2.3 Régimen ordinario y relación con el supuesto

Por último, tenemos el segundo grado, que en virtud del artículo 102.2 RP se aplicará a aquellos penados *«(...) en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento en semilibertad»*. Los establecimientos de régimen ordinario se caracterizan por los principios de seguridad, orden y disciplina buscando una convivencia ordenada de todos los internos¹²⁷.

En relación con el caso y desde mi opinión, D. Adriano no debe ingresar en primer grado en un Centro de régimen cerrado. Esto es así porque apreciando el carácter excepcional que se le atribuye a esta modalidad de cumplimiento de la pena, no considero que el penado en cuestión cumpla los requisitos exigidos de peligrosidad extrema o inadaptación al resto de regímenes posibles, como para justificar su ingreso en el mismo.

Antepongo, por tanto, la necesidad de que prevalezca la finalidad de reinserción y reeducación de D. Adriano, por considerar que el régimen cerrado limita y condiciona en gran medida el fin perseguido por el conjunto del Sistema Penitenciario español, que no es otro más que evitar que la cárcel suponga la imposibilidad de volver a llevar una vida social normal.

¹²⁷ Ministerio de Interior [consulta: 26 de mayo de 2018] Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/regimenes/ordinario.html> [última consulta: 4 de junio de 2018].

Es por eso que, desde mi punto de vista, el grado de tratamiento que la Junta de Tratamiento, valga la redundancia, debería asignar al penado, tras la pertinente evaluación, así como de las circunstancias que le rodean, no es otro más que el segundo.

Acudiendo, nuevamente, a la I- 9/2007, vemos que la página décima de la misma habla sobre requisitos o factores a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo la progresión de D. Adriano del segundo al tercer grado. Entre otros destacamos:

1. Obtener una valoración normal o superior en las evaluaciones llevadas a cabo por el PIT¹²⁸.
2. Inclusión del penado en un programa de tratamiento que pueda tener continuidad en medio comunitario.
3. No haber incurrido en incidencias a la hora de disfrutar de permisos ordinarios o extraordinarios.

D. Adriano podría ingresar en el centro penitenciario de régimen ordinario en segundo grado y, en función de su adaptación y evolución de su comportamiento, barajar la posibilidad de progresión al tercer grado. Posibilidad que depende, según el artículo 75.2 LOGP *«de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades (...) que implicarán una mayor libertad»*.

Respaldando esta opción, vemos que el régimen de tratamiento en segundo grado es el más seguido en la mayoría de penados, lo que muestra la efectividad del mismo y permite valorar tanto una mejoría como un empeoramiento del comportamiento o adaptación del reo a la vida en el Centro penitenciario.

Grados	Hombres	Mujeres	Total
Primer Grado	953	63	1.016
Segundo Grado	35.333	2.449	37.782
Tercer Grado	6.843	989	7.832
Sin Clasificar	3.913	337	4.250
Totales	47.042	3.838	50.880

Tabla 1. Población reclusa penada según grado de tratamiento (Junio 2017)¹²⁹

¹²⁸ Programa de Individualización de Tratamiento, facilitado por la Administración Penitenciaria.

¹²⁹ Ministerio de Interior. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2017&mm=6&tm=GRAD&tm2=GENE> [última consulta: 26 de mayo de 2018].

Grados	Hombres	Mujeres	Total
Primer Grado	947	68	1.015
Segundo Grado	34.486	2.341	36.827
Tercer Grado	6.536	915	7.451
Sin Clasificar	3.846	327	4.173
Totales	45.815	3.651	49.466

Tabla 2. Población reclusa penada según grado de tratamiento (Abril 2018)¹³⁰

Además, a diferencia del primer grado, el segundo y el tercero permitirían a D. Adriano la posibilidad de disfrutar de permisos de salida ordinarios, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, y de una duración de hasta 7 días, como se recoge en el artículo 154 RP. Esto, no sólo acerca más al penado a la comunidad sino que permite que sea más factible una progresión del mismo del segundo grado al tercero.

Esto unido a medidas con finalidad de reinserción social, recogidas en el artículo 117.1 RP, permitirían a nuestro penado que, en mi opinión, no presenta un perfil dotado de una peligrosidad extrema y, por ello, no considero que exista peligro de quebrantamiento de condena; acudir de manera regular a una institución exterior para realizar un *«programa concreto de atención especializada»*.

Añade el apartado segundo del artículo 117 RP, que esta medida será planificada y coordinada con el interno por la Junta de Tratamiento, exigiéndose que el penado preste su consentimiento y se comprometa formalmente a cumplir los requisitos del régimen de vida propio de la institución y las medidas de seguimiento y control recogidas en el programa.

III.3 Los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES)

Para garantizar una mayor vigilancia y control de D. Adriano, podemos acudir al Fichero de Internos de Especial Seguimiento. Éste es una base de datos creada con la finalidad de obtener información sobre determinados grupos de internos. En definitiva, se trata de un instrumento de la Administración Penitenciaria destinado a *«contribuir a la seguridad y al cumplimiento de otras funciones legalmente asignadas y con el objetivo inmediato de recibir, almacenar y tratar información relevante»*¹³¹.

Los FIES o Ficheros Internos de especial seguimiento, son un instrumento utilizado por la Administración penitenciaria con objetivos de control y medidas de seguridad destinados a cinco grupos a los que, en función de los delitos cometidos, la repercusión

¹³⁰ Ministerio de Interior [consulta: 26 de mayo de 2018] Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2018&mm=4&tm=GRAD&tm2=GENE> [última consulta: 26 de mayo de 2018].

¹³¹ Instrucción 12/2011 sobre internos de especial seguimiento/medidas de seguridad, en adelante I-12/2011.

social de los mismos, peligrosidad u otros factores; aconsejan este seguimiento administrativo. Actualmente aparecen recogidos en la página segunda de la I-12/2011.

Nos interesa el cuarto grupo o FIES-4 (FS), destinado al colectivo de las Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de Instituciones Penitenciarias. En él se integran aquellos internos que pertenecen o han pertenecido a estos colectivos profesionales, buscando proteger su integridad física y seguridad según el artículo 8 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹³². En este caso D. Adriano encajaría perfectamente por haber sido Guardia Civil, pudiendo abrirse un Fichero, por decisión del Centro Directivo, que permita almacenar datos referidos a su situación penal, procesal y penitenciaria contando con elementos tales como: fotografías, comunicaciones con el exterior, incidencias protagonizadas, actividad delictiva, datos procedentes de otras fuentes...etc., entre otras.

Una vez obtenidos los datos deberán remitirse a la Subdirección General de Gestión Penitenciaria¹³³. Para conseguir estos datos son necesarios mecanismos y prácticas controladoras que no se precisan en la I-12/2011. La no indicación de las prácticas, junto a que se pueda llegar a considerar un instrumento discriminatorio¹³⁴ (por ejemplo, FIES-4, por razón de la profesión) provocan, actualmente, críticas en torno a la posible vulneración de derechos de los penados. Hasta el punto de que el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico único de su Sentencia de 15 de septiembre de 1994¹³⁵, llegó a acordar la suspensión de las medidas derivadas de la adopción de ese fichero porque las consideraba «(...) restrictivas de bienes individuales» y dictadas «al margen de las exigencias del principio de legalidad», por incidir «directamente en las posibilidades de movimiento y de comunicación de individuos sometidos a penas privativas de libertad». Así se recoge en el fundamento jurídico único de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional.

En este sentido, buscaremos que D. Agripino ingrese en un centro penitenciario lo más próximo a donde tenga su arraigo familiar y social, en función del artículo 12.1 LOGP, para facilitar la tarea de reinserción y el desplazamiento de sus familiares al centro penitenciario; y que pueda someterse al sistema informativo de FIES-4 (FS).

Entiendo que, a pesar de haber vivido los últimos años en Arévalo (Ávila) por estar destinado ahí, el hecho de volver al municipio de El Espinar (Segovia) una vez que se separa de D^a Agripina indica que su círculo social y familiar se encuentra en el mismo.

Teniendo en cuenta que, el cumplimiento de las penas privativas de libertad, será con separación del resto de detenidos o presos por ser D. Adriano miembro de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad, según dispone el apartado segundo del artículo 8 LOFCS.

¹³² BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986, en adelante LOFCS.

¹³³ RÍOS, J., ETXEBARRÍA, X., PASCUAL, E.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel, op. cit.*, pp. 651-669.

¹³⁴ RÍOS MARTÍN, J. C.: *Los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES). Análisis de la normativa reguladora, fundamentos de su ilegalidad y exclusión del ordenamiento jurídico*, Cuadernos de derecho penitenciario, 1998, pp. 2-17.

¹³⁵ STC de 15 de septiembre de 1994 [ECLI:ES:TC:1994:241A].

Además, actualmente existe un programa específico de tratamiento para agresores de género¹³⁶, de carácter grupal e implantado en la mayoría de los establecimientos penitenciarios, con duración aproximada de un año. Su finalidad es eliminar la posibilidad de reincidencia del penado, modificar actitudes sexistas y adoptar comportamientos de respeto a la igualdad de género.

En caso de cumplir estos requisitos la mejor opción sería el centro penitenciario de Torredondo, Segovia, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

¹³⁶ Ministerio de Interior. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/maltratadores.html> [última consulta: 8 de junio de 2018].

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

I.

La violencia de género es un problema real que se encuentra a la orden del día y tiene sus raíces en una estructura opresiva y desigual de nuestra sociedad, concebida y construida en torno a la figura masculina, y discriminatoria de las mujeres.

II.

En el presente caso, D. Adriano, Guardia Civil de profesión, una vez separado de su cónyuge D^a Agripina, la acosa durante un plazo de 6 meses y medio para acabar disparándole con su arma reglamentaria en el domicilio conyugal.

III.

La calificación jurídica de los hechos gira en torno a dos delitos.

IV.

En primer lugar, el novedoso delito de *stalking* o delito de acoso, hostigamiento o acecho o predatorio del artículo 172.ter CP, que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico penal pensando en el ámbito de la violencia de género y para cubrir la laguna existente en la lucha contra conductas de acoso persecutorio.

Este delito exige que el sujeto activo, no autorizado legítimamente, altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, su rutina, mediante actos intrusivos de carácter insistente y reiterado. Dentro de estas conductas, D Adriano protagoniza una vigilancia y persecución constante, buscando la cercanía física respecto de D^a Agripina, así como, un contacto diario a través de cualquier medio de comunicación (*Facebook* o *Whatsapp*) o por medio de terceras personas (concertando un encuentro con D^a Agripina a través de su suegra).

V.

En segundo lugar, a pesar de que podamos pensar que estamos ante una tentativa de asesinato con alevosía del artículo 139 CP, la realidad es que la no producción de muerte de D^a Agripina, en este delito de resultado, no se produce por una causa externa o ajena sino por la propia voluntad de D. Adriano, es decir, se trata de un desistimiento voluntario del apartado segundo del artículo 16 CP.

Esto nos indica que estamos ante un delito de lesiones del artículo 147 CP en su modalidad agravada del artículo 148 CP en concurrencia con las agravantes genéricas de los artículos 22.1 CP (ejecución del hecho mediando alevosía) y 23 CP (circunstancia mixta de parentesco).

VI.

Ante esto, surge el debate de una posible vulneración del principio de *non bis in idem*. En mi opinión tal vulneración no llega a producirse pues no se cumple el requisito de la triple identidad referido al fundamento.

El artículo 148 CP un tipo penal mixto alternativo, es decir, basta con realizar una de las conductas enumeradas como para incurrir en mencionado tipo penal. El hecho de que D. Adriano protagonice varias, y no sólo una, de las conductas recogidas en el mismo, le otorga un plus de culpabilidad que desborda el marco penal (pena de prisión de 2 a 5 años) recogido en el mismo artículo y exige que apliquemos las agravantes genéricas de ejecución mediando alevosía y la circunstancia mixta de parentesco de los artículos 22.1 y 23 CP, respectivamente, para así salvar esa mayor antijuridicidad.

VII.

Junto con la correspondiente pena accesoria de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, D. Adriano deberá satisfacer a D^a Agripina la responsabilidad civil *ex delicto*, derivada de los daños morales y corporales que le ha causado. Finalmente, y tras realizar el cálculo de la pena conforme al artículo 66 CP, se le impondrá a D. Adriano una pena de prisión de 4 años, 6 meses y 1 día a 7 años.

VIII.

D. Adriano dispara a su mujer en el domicilio conyugal con su arma reglamentaria, por eso, el segundo tema que abordamos en el presente trabajo es la posible responsabilidad civil subsidiaria del Estado en caso de ser D. Adriano insolvente.

IX.

El Acuerdo de 12 de julio de 2002 del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo estableció que el Estado no incurriría en responsabilidad civil subsidiaria en aquellos casos en que el daño no fuese una concreción del riesgo creado por el sistema de organización del Servicio de Seguridad, incluyendo en este supuesto las agresiones efectuadas con arma reglamentaria en el domicilio del agente. Salvo que existiesen datos, debidamente acreditados, de que el arma debería habersele retirado al funcionario por no poseer las aptitudes y condiciones pertinentes para su tenencia.

X.

En mi opinión, el Estado no incurre en responsabilidad civil subsidiaria pues no existen tales datos acreditados y el facultativo correspondiente, que le dio a D. Adriano el alta médica y le repuso el arma reglamentaria, no apreció indicios suficientes que justificasen un seguimiento médico del mismo una vez que se reincorporase al trabajo. Además, esta opinión fue refrendada y respaldada por el Servicio de Asistencia Sanitaria de destino a la que pertenecía D. Adriano, lo que le otorga, si cabe, mayor fuerza.

La tercera y última pregunta que abordamos es el grado de tratamiento que deberá recibir D. Adriano y el centro de destino en que deberá ingresar.

XI.

Partiendo de la idea de reeducar y conseguir la reinserción social de D. Adriano y, tras realizar un estudio a fondo del sistema de clasificación científica y de los tres grados penitenciarios existentes, así como el régimen de vida que llevan aparejado; considero que el grado de tratamiento en que debería ingresar D. Adriano sería el segundo, en régimen ordinario.

Esto es así, por no concurrir en él una peligrosidad extrema o inadaptación que pudiesen justificar un ingreso en régimen cerrado. El segundo grado de tratamiento, además de ser el más utilizado actualmente por su efectividad, está pensado para aquellos reos que presentan circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad. Además, en la medida en que D. Adriano se adaptase y evolucionase favorablemente podría progresar al tercer grado en régimen abierto.

XII.

Todo esto complementado con el correspondiente programa de atención especializada que podrá realizar en una institución exterior, siempre que sea necesario y adecuado para alcanzar la reinserción del penado.

XIII.

Finalmente, D. Adriano deberá ingresar en el centro penitenciario más próximo a donde tenga su arraigo familiar y social, El Espinar (Segovia), a fin de facilitar su reinserción y el desplazamiento de sus familiares al centro penitenciario en el que ingrese.

XIV.

Además, conviene que se le habilite el sistema FIES (Ficheros de Internos de Especial Seguimiento) por pertenecer D. Adriano al grupo cuarto del mismo, destinado al colectivo de las Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de las Instituciones Penitenciarias, garantizando así una mayor vigilancia y seguimiento del penado atendiendo a sus circunstancias personales y penitenciarias.

XV.

Esto junto al correspondiente programa específico de tratamiento para agresores de género, que está activado en la mayor parte de centros penitenciarios del territorio nacional, justificarían el ingreso de D. Adriano en el centro penitenciario de Brieva, Ávila, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León por ser el más favorable ante las circunstancias que se nos presentan.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.

ARIAS EIBE, M. J.: “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 1-36. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf> [última consulta: 3 de junio de 2018].

BIELSA CORELLA, M.C.: *La circunstancia mixta de parentesco en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BUSTOS RUBIO, M.: “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, núm. 19-08, pp. 1-32. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-08.pdf> [última consulta: 1 de junio de 2018].

BODELÓN GONZÁLEZ, E.: *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Ediciones Didot, Ávila, 2012.

CAROU GARCÍA, S.: *El régimen penitenciario cerrado: análisis de la regulación del régimen penitenciario cerrado en el ordenamiento jurídico español a la luz de los principios básicos que deben informar el Derecho Penitenciario, recogidos en la Constitución y en la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tesis doctoral, 2015, pp. 97-98, Universidade da Coruña. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=47422> [última consulta: 6 de junio de 2018].

CASADO CALLEJA, J.: “Visión del sistema penitenciario español”, *Revista de Intervención Psicosocioeducativa en la desadaptación social*, v.6, 2013, pp. 41-53, Disponible en: https://acceda.ulpgc.es/bitstream/10553/10838/1/0555289_00006_0003.pdf [última consulta: 4 de junio de 2018].

CORCOY BIDASOLO, M., BOLEA BARDÓN, C., CARDENAL MONTRAVETA, S., GALLEGU SOLER, J. I., GÓMEZ MARTÍN, V., SANTANA VEGA, D., FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., CARPIO BRIZ, D., DÍAZ MORGADO, C., VERA SÁNCHEZ, J. S., VALIENTE IVAÑEZ, V., CASTELLVÍ MONSERRAT, C.: *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados (Tomo I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 97, p. 99.

FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L. M^a: “Concepto y funciones” en *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 19-21, p. 23, p. 32.

PUENTE ABA, L.M.: “La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público”, en *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 pp. 75-79.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016. (

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J.: “Régimen penitenciario. La asignación de los modelos regimentales: separación interior. El sistema de individualización científica. Clasificación, grados, regímenes. Procedimiento de clasificación y revisión de grados”, de *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 353.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., DEL POZO PÉREZ, M., LEÓN ALONSO, M., GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2013, pp. 2-3.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Ramón Areces, Madrid, 2006.

GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 47.

GARRO CARRERA, E., ASUA BATARRITA, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 22, p. 23, p. 25, p. 84, p. 85.

Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: <http://ine.es/> [última consulta: 11 de mayo de 2018].

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”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº 4, 2002, p. 1-4. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j12.pdf> [última consulta: 5 de junio de 2018].

JIMÉNEZ SEGADO, C.: *Stalking o «stalkeo»: el delito de acoso persecutorio*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 925/2016, p. 1. Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=1795fb770da0011e68c8f01000000000&srguid=i0ad82d9b0000016418de93842b29c7ea&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numero-publicacion=> [última consulta: 19 de mayo de 2018].

LAURENZO COPELLO, P.: *La violencia de Género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010.

LORENZO BARCENILLA, S.: *El nuevo delito de acoso del art. 172 ter del Código Penal. Aproximación al cyberstalking*, Máster Universitario en Abogacía, Universitat Oberta de Catalunya, 2015. Disponible en: <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/44681/6/slorenzobaTFM0615memoria.pdf> [última consulta: 19 de mayo de 2018].

MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J. L.: “Cuadernos de la Guardia Civil”, *Revista de Seguridad Pública*, núm. 53-2016, pp.68-77. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5678217> [última consulta: 20 de mayo de 2018].

Ministerio de Interior (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias). Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/> [última consulta: 8 de junio de 2018].

MORALES PAYÁN, M. A.: *La configuración legislativa del delito de lesiones en el Derecho Histórico español*, Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, 1997.

MORENO REBATO, M.: “Circulares, Instrucciones y Órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico”, *Revista de Administración Pública*, nº 147, p. 159-200. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17416> [última consulta: 6 de junio de 2018].

MORETÓN TOQUERO, M. A.: *Los delitos de lesiones*, Bosch, Barcelona, 2000.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.

PÉREZ FERRER, F.: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 2008.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Código Penal (Tomo I)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

QUINTERO OLIVARES, G.: *La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

RAMÍREZ BEJERANO, E. E.: *La reinserción comunitaria desde las ciencias jurídicas*, El Cid Editor, 2009.

RÍOS, J., ETXEBARRÍA, X., PASCUAL, E.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Universidad Pontificia ICAI ICADE Comillas, Madrid, 2016, p. 136, pp. 142-146.

RÍOS MARTÍN, J. C.: *Los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES). Análisis de la normativa reguladora, fundamentos de su ilegalidad y exclusión del ordenamiento jurídico*, Cuadernos de derecho penitenciario, 1998.

RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A.: *El ordenamiento jurídico penitenciario español vigente: carencias y disfunciones*, Tesis doctoral, 2013, Universidad de Granada. Disponible en: <http://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/30844/22574682.pdf?sequence=1&isAlloved=y> [última consulta: 5 de junio de 2018].

ROXIN, C.: “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 2001, p.1. Disponible en:

http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html [última consulta: 1 de junio de 2018].

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2017.

TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., SAPENA GRAU, F.: *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 126.

TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Bosch, 2016.

TORRAS COLL, J.: *El delito de stalking*, El derecho.com, 2018, p. 1-3. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delito-stalking-acoso-reforma-codigo-penal_11_1092805002.html [última consulta: 21 de mayo de 2018].

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Delito de acecho/stalking: art. 172 ter, Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La introducción del delito de *atti persecutori* en el Código penal italiano”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, pp. 6-7. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3018522> [última consulta: 22 de mayo de 2018].

VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, M. L., BORJA JIMÉNEZ, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 105.

Repertorio jurisprudencial y resoluciones:

Tribunal Constitucional

STC de 15 de septiembre de 1994 [ECLI:ES:TC:1994:241A].

Tribunal Supremo

STS de 27 de diciembre de 1991 [RJ 1991\9644]

STS de 7 de julio de 1992 [RJ 1992\6137]

STS de 3 de noviembre de 1992 [RJ 1992\8875]

STS de 7 de julio de 2003 [RJ 2003\6218]

STS de 30 de noviembre de 2005 [RJ 1421/2005]

STS de 13 de febrero de 2006 [JUR 2006\109930]

STS de 20 de diciembre de 2007 [RJ 2007\9125]

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

STS de 30 de mayo de 2012 [RJ 2012\6569]

STS de 28 de septiembre de 2015 [RJ 2015\4218]

SJI de 23 de marzo de 2016 [ARP 260/2016]

STS de 10 de febrero de 2017 [RJ 2017/473]

STS de 21 de febrero de 2017 [RJ 2017\518]

STS de 23 de marzo de 2017 [JUR 2017\101878]

STS de 8 de mayo de 2017 [RJ 2017/2385]

STS de 12 de julio de 2017 [RJ 2017\4136]

STS de 12 de septiembre de 2017 [RJ 2017\3907].

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2002 [JUR 2002\195351].

ATS de 13 de marzo de 2014 [JUR 2014\103165].

Tribunal Superior de Justicia

STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2000 [JUR 2005\190123].

STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2013 [JUR 2013\283391].

STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2015 [REC 105/2015].

Audiencia Provincial

SAP de Valencia de 26 de noviembre de 2012 [ARP 2014\97].

Informe sobre malos tratos de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, BOE núm. 313, de 12 de mayo de 1989.

Legislación:

Normativa internacional

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

Normativa nacional

Constitución española BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General penitenciaria, BOE núm. 239, de 5 de noviembre de 1979.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2007.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, BOE núm. 289, de 29 de noviembre de 2014.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

Decreto 3096, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal de 1973, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre¹³⁷. BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973.

Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1993; en adelante RA.

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

Instrucción 9/2007 sobre clasificación y destino de los Penados.

Instrucción 12/2011 sobre internos de especial seguimiento/medidas de seguridad.

Orden de 2 de junio de 1999 por la que se establecen las normas para la evaluación y clasificación del personal de la Guardia Civil.

Orden de 18 de septiembre de 2007 por la que se regulan las Bajas para el Servicio por motivos de salud.