



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

VIOLENCIA DE GÉNERO
VIOLENCIA DE XÉNERO
GENDER VIOLENCE

Trabajo de fin de grado

Grado en Derecho

Curso 2017-2018

Autora: Paula Manrique Velayos

Tutor: Prof. José Antonio Ramos Vázquez

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
SUPUESTO DE HECHO.....	4
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	6
II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.....	9
II.1. Acoso o <i>stalking</i>	9
II.1. a) Análisis de la conducta típica	9
II.1. b) Culpabilidad del sujeto activo	13
II.1.c) Posible pena a imponer.....	14
II.2. Tentativa de asesinato en el marco de la violencia de género	16
II.2.a) Tentativa de asesinato o delito consumado de lesiones.....	17
II.2.b) Posible pena a imponer	20
III. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO.....	23
III.1. Breve apunte histórico.....	23
III.2. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012, sobre el artículo 121 del Código Penal y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.....	23
III.2.a) Aplicación jurisprudencial del Acuerdo.....	24
III.2.b) Consecuencias para el caso de Adriano y Agripina	26
IV. CUESTIONES PENITENCIARIAS	27
IV.1. Grado de ingreso en prisión	27
IV. 2. Fichero de internos de especial seguimiento.....	29
IV.3. Centro de destino	30
V. REFLEXIONES CRÍTICAS	32
VI. CONCLUSIONES FINALES	35
VII. BIBLIOGRAFÍA	38
VIII. JURISPRUDENCIA	40

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
FIES	Fichero de internos de especial seguimiento
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

SUPUESTO 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.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El objetivo de este trabajo es resolver las cuestiones relativas a la calificación jurídica de los delitos cometidos por Adriano, estimar si existe o no responsabilidad civil subsidiaria del Estado por el uso abusivo del arma reglamentaria y determinar las cuestiones penitenciarias relativas al grado de tratamiento y centro de destino de Adriano en caso de que se establezca para él una pena de prisión.

A lo largo de estos folios se estudiará la nueva figura del delito de acoso o *stalking*, introducida por la reforma del Código Penal del año 2015. Este nuevo tipo penal criminaliza una conducta que *a priori*, observada de manera aislada, no constituye ningún delito. Sin embargo, la necesidad de su tipificación se plasma en el hecho de que la jurisprudencia ya sancionaba la conducta si bien de manera errónea amparándose en el cada vez más amplio delito de coacciones.

El nacimiento de este tipo de acoso se encuentra íntimamente relacionado con la violencia de género, que también será un tema recurrente en este trabajo.

Es la violencia de género la que da título a este texto porque el supuesto de hecho es un caso prototípico de violencia ejercida sobre la mujer. Esta violencia parte de un comportamiento poco agresivo y prácticamente invisibilizado en la sociedad y termina en actos extremadamente violentos.

La violencia machista en las relaciones de pareja da lugar a la comisión de algunos de los delitos más graves recogidos en el Código Penal y su fenómeno es tan complejo que pese al endurecimiento de las penas y la creación de nuevos tipos penales su solución está todavía muy lejos de alcanzarse. El fin de este tipo de violencia pasa porque sea abordado desde diversos ámbitos entre los que destacaremos la educación, pues la desigualdad, la ideología patriarcal y la construcción de roles de género parecen difíciles de combatir únicamente desde el Derecho Penal.

Sin embargo, la gravedad de los delitos que se cometen en el círculo de la violencia de género hace que sea imposible que el legislador penal no se vea abocado a intentar responder a la demanda social de poner fin a este problema mediante el castigo del agresor.

Los números hablan solos. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2017 se publicaron 13.710 sentencias condenatorias por delitos de lesiones en el ámbito de la violencia de género y han fallecido 940 mujeres entre el año 2003 y el 19 de junio de 2018, última fecha de consulta de la estadística antes de presentar este trabajo, víctimas de esta clase de violencia. Es decir, más mujeres fallecidas que víctimas de la banda terrorista ETA en sus 58 años de existencia. Esto es, más de una mujer muerta a la semana durante quince años.

**Relación de víctimas mortales de la violencia de género entre los años 2003 y 2018
[actualizada a 19 de junio de 2018]**

Año	Número de víctimas mortales
Año 2003	71
Año 2004	72
Año 2005	57
Año 2006	69
Año 2007	71
Año 2008	76
Año 2009	56
Año 2010	73
Año 2011	62
Año 2012	52
Año 2013	54
Año 2014	55
Año 2015	60
Año 2016	45
Año 2017	51
Año 2018	16

El perfil del delincuente que ingresa en prisión por haber cometido un delito de violencia de género debe gozar de una especial atención en el ámbito penitenciario. La aplicación de programas de reeducación tiene que ser fundamental para esta clase de criminal que en un 76% de las ocasiones manifiesta que los actos violentos que han cometido no eran graves. La empatía con la víctima tiene que promocionarse en la cárcel desde el primer día, pues la mayoría de los encarcelados por violencia de género permanecen entre uno y dos años en prisión y para su reinserción en la sociedad y eliminación del riesgo de reincidencia es necesaria la deconstrucción de las actitudes que han dado lugar a las agresiones¹.

La pertenencia del interno al grupo de delincuentes de género influirá en las cuestiones penitenciarias que se tratarán en el epígrafe IV de este trabajo, pues la falta de presencia en el centro de programas de reeducación desaconsejaría el ingreso de Adriano, atendiendo al principio de la finalidad de fomentar la reinserción que tienen las penas privativas de libertad según el artículo 25 de nuestra Constitución.

En este trabajo se tratarán todos estos temas para recoger, al final, una serie de conclusiones extraídas de un estudio doctrinal y jurisprudencial del supuesto de hecho que nos atañe.

¹ Datos estadísticos extraídos del estudio realizado por el Ministerio de Interior, *El delincuente de género en prisión. Estudio de las características personales y criminológicas y la intervención en el medio penitenciario*. 2009, pp. 20 y ss.

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

II.1. Acoso o *stalking*

El caso objeto de estudio presenta, en primer lugar, un delito de acoso del artículo 172 ter del Código Penal². En adelante, nos referiremos a este ilícito penal con su denominación anglosajona (*stalking*) para diferenciarlo con más claridad de las demás figuras de acoso que recoge la normativa penal (arts. 173.1 párrafo 2º, 173.1 párrafo 3º, 183 ter y 184 del Código Penal).

El delito de *stalking* se introduce en el Código Penal español mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³. La incorporación de esta nueva figura criminal a la legislación española nace de la ratificación de España del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011 y de la aparición en distintas legislaciones de nuestro entorno de normas *antistalking*. Así, con el Estado de California como pionero, se recogió también como ilícito el *stalking* en Austria (año 2006), Alemania (año 2007), Italia (año 2009) y Portugal (año 2015). Se consolida así la tendencia a castigar penalmente el también llamado acoso de acecho o predatorio.

La incorporación en el año 2015 de esta figura al Código Penal no se corresponde con el nacimiento de una conducta novedosa. Existen múltiples ejemplos a lo largo de la historia en los que un sujeto persigue o se comunica de forma reiterada con otro sin el consentimiento de este último. Así, Villacampa Estiarre recupera casos documentados de acosadores o *stalkers* en los siglos XVIII y XIX⁴, muy alejados en el tiempo de la tendencia punitiva que nace en la década de los 80 en Estados Unidos tras casos que trascendieron las fronteras del país con grandes celebridades asesinadas a manos de sus *stalkers*⁵.

Tras el breve apunte histórico de la nueva figura delictiva analizaremos a continuación su conducta típica, la culpabilidad del sujeto que realiza la acción junto a la posible causa de inimputabilidad que se observa en el caso a estudiar y la posible pena derivada del delito junto a la existencia de un agravante en el caso.

II.1. a) Análisis de la conducta típica

El artículo 172 ter del Código Penal establece la ilegalidad de acosar a una persona de forma insistente y reiterada, sin autorización y llegando a alterar su vida cotidiana, mediante su vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física, el establecimiento o intento de contacto a través de medios de comunicación o terceras personas, el uso indebido de sus datos personales para adquirir productos o provocar que otras personas se pongan en contacto con ella o el atentado contra su libertad o patrimonio o el de alguien próximo a ella. La enumeración de las conductas típicas debe entenderse como un *numerus clausus* ya que el precepto no recoge ninguna cláusula de analogía y, además, la

² BOE núm. 281, de 24/11/1995.

³ BOE núm. 77, de 31/03/2015; en adelante LO 1/2015.

⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 25-28. ISBN 9788498900521.

⁵ Más información sobre estos casos en TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking* [en línea], Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2016. Disponible en: <https://dialnet-unirioja.es/accedys.udc.es/servlet/libro?codigo=662223> [consulta: 2 de mayo de 2018], pp. 33-35.

vaguedad de conceptos como “vigilar” ya es lo suficientemente amplia como para poner en peligro la seguridad jurídica a la hora de observar la conducta típica.

El artículo recoge también las tres características comunes a cualquiera de los citados comportamientos. Estas características se han de observar tanto en el caso en el que solo se lleve a cabo una de las conductas citadas o se cometa el delito de *stalking* mediante varias de ellas.

La conducta debe realizarse “de forma insistente y reiterada”⁶, “sin estar legítimamente autorizado” y de manera que “altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana [del sujeto pasivo]”.

A mi parecer, la nota común más importante de los comportamientos que se recogen en el artículo 172 ter es la insistencia. La existencia de una conducta sistemática es la clave fundamental para la aplicación de este tipo penal ya que los actos de vigilancia, comunicación, etc, realizados de manera aislada no siempre son relevantes penalmente. La grave alteración de la vida cotidiana de la víctima de *stalking* se deriva de un hostigamiento constante y duradero en el tiempo.

El problema fundamental del elemento de insistencia es la indeterminación del número de actos necesarios para considerar una conducta como insistente.

La Audiencia Provincial de León⁷ desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Ponferrada en un caso en el que, pese a observarse el envío de distintos mensajes de contenido ofensivo y la invitación (una vez) a terceras personas a ponerse en contacto con la víctima para requerirle servicios sexuales, no puede aplicarse el tipo penal del artículo 172 ter porque “el relato de los hechos que la propia denunciante ofrecía en [...] la propia denuncia, era calculadamente vaga o ambigua en cuanto al lapso de tiempo en que ocurrieron los hechos y sólo se refleja una conversación [...] en la que éste [el acusado] le hace presente su intención de publicar unas fotos comprometedoras, si no atiende la primera el requerimiento de restituírle de inmediato sus pertenencias personales. Así que es perfectamente verosímil la manifestación del denunciado [...] de que los hechos que parcialmente tiene reconocido en estas diligencias, se produjeron en un intervalo no superior a las veinticuatro horas”. La Audiencia Provincial observa la existencia de las conductas que se recogen en el artículo 172 ter pero desestima su tipicidad porque no se puede probar que se realizasen de manera insistente y reiterada.

En el caso a estudiar, Adriano E. envía numerosos mensajes de *Whatsapp* a diario a Agripina D. durante más de seis meses. El hecho de que los mensajes se enviasen a diario y durante un período que se prolonga considerablemente en el tiempo hace que se pueda observar con claridad la idea de insistencia. Además, cuando Agripina bloquea el número de teléfono de Adriano, este encuentra otros métodos de acoso por lo que se consolida la existencia de una actuación sistemática orientada a perturbar la vida de la víctima. Pese a que el *stalker* se ve obligado a cambiar de método de acoso, este no deja de ser constante desde diciembre del año 2016 hasta junio del año 2017. Existe, por lo tanto, una unidad en la actuación del sujeto activo que se individualiza en conductas de índole diversa, pero que de forma constante vierten sobre la víctima la sensación de persecución.

⁶ Sobre la distinción entre los términos “insistente y reiterada” véase TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., 2016, pp. 145-148.

⁷ AAP de León, de 19 diciembre de 2017, auto núm. 1399/2017 [ROJ: AAP LE 1474/2017] – la referencia entre corchetes pertenece a la base de datos CENDOJ.

Sin embargo, de acuerdo con la redacción de los hechos del caso, Adriano no comete delito de *stalking* cuando contacta con la madre de Agripina para que le traslade a su hija su arrepentimiento por su comportamiento.

Aunque el establecimiento de contacto con la víctima por medio de terceras personas es una de las conductas que se recogen en el artículo 172 ter en su apartado 1, esta tiene lugar el día 7 de septiembre de 2017. La última comunicación indeseada anterior a esta fecha de la que se tiene constancia entre Adriano y Agripina es del 15 de junio de 2017. Existe un lapso de tiempo de tres meses entre el envío de mensajes de *Whatsapp* y el establecimiento de contacto a través de la madre de Agripina. Es precisamente este lapso de tiempo el que rompe la nota de insistencia y reiteración y convierte este último acto en aislado y, por lo tanto, no subsumible en el tipo penal de *stalking*.

La segunda de las notas comunes que debe tener cualquier conducta constitutiva del delito de *stalking* es la de llevarse a cabo “sin estar legítimamente autorizado”.

Esta referencia a la falta de legitimidad se deriva de la conexión que encuentra el legislador entre las coacciones y el *stalking*. El inciso “sin estar legítimamente autorizado” también existe en la descripción de la acción típica de las coacciones y, si se entiende el *stalking* como una clase de coacción, parece natural su inclusión en el 172 ter. Sin embargo, es difícil de justificar.

Tal y como observa Tapia Ballesteros, las personas legítimamente autorizadas para ejercer la violencia para hacer lo que la ley no prohíbe (“coaccionar” en su sentido penal) como, por ejemplo, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no tienen cabida en el artículo 172 ter⁸. Parece imposible argumentar una situación en la que una conducta constitutiva del delito de *stalking* pudiese ser llevada a cabo por alguien que la ejerce de manera legítima.

La conducta típica del *stalking* es la vigilancia, persecución, etc con ánimo de acosar, de acechar a la víctima. Esta idea de un acecho capaz de afectar gravemente el desarrollo de la vida del sujeto pasivo parece imposible de ser llevada a cabo por una persona legitimada para ello.

Se puede intuir que la finalidad del legislador era considerar como atípicas las conductas llevadas a cabo por profesionales que no pueden alcanzar sus objetivos si esta persecución insistente. Profesionales tales como las empresas de gestión de cobro o los periodistas o detectives privados.

En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Zaragoza⁹ en el año 2011 condenando a una empresa de gestión de cobro por una falta (ahora delito leve) de coacciones leves tras realizar innumerables llamadas durante más de cinco meses para reclamar una deuda. En el año 2011 todavía no se encontraba la figura del *stalking* en el Código Penal español. Así, este tipo de conductas de vigilancia, persecución, etc que no constituían un delito de amenazas se recogían bajo el cada vez más amplio paraguas de las coacciones que consigue desdibujar la nota de violencia que se exige para observar este ilícito penal.

Con la tipificación del *stalking*, y su característica de actuación ilegítima, el legislador estaría tratando de excluir del tipo las conductas que alteran el desarrollo de la vida cotidiana de una persona pero cuya antijuridicidad cede frente a otro derecho. En el caso

⁸ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., 2016, pp. 148.

⁹ SAP de Zaragoza, de 20 de diciembre de 2011, sentencia núm. 229/2011 [ROJ: SAP Z 3235/2011].

de la empresa de gestión de cobro sería el derecho de cobro del acreedor y en los supuestos de reiterada persecución por parte de periodistas o detectives privados el derecho a la información.

Llegados a este punto es necesario apuntar que ciertos comportamientos (como el seguimiento de personajes públicos) que se han planteado tradicionalmente como vulneradores del derecho a la intimidad podrían encajar con mayor facilidad en el nuevo delito del artículo 172 ter cuando no prima el derecho a la información.

Respecto al caso a estudiar, la nota de ilegitimidad en la actuación se cumple con claridad puesto que Adriano no forma parte de ninguno de los grupos que el legislador pretende entender como legitimados. Más aún, Adriano se encuentra entre los sujetos activos a los que se le aplica el agravante del 172 ter apartado 2 (ex cónyuge).

Por último, es necesario atender a si la conducta altera o no gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Encontramos aquí el punto más ambiguo a la hora de aplicar el tipo penal. Las ideas de gravedad y vida cotidiana son peligrosamente inespecíficas.

“Alterar” lo define la Real Academia de la Lengua Española como cambiar la esencia o forma de algo y “esencia” como aquello que constituye la naturaleza de las cosas. Si atendemos a esta definición literal del precepto, el cambio que debe sufrir la vida cotidiana del sujeto debe ser clave para la misma y, por lo tanto, la nota de gravedad sería inherente a dicha alteración. Sin embargo, la decisión de alterar depende de la facilidad de la víctima para sentirse acosada o asustada. No todos optaríamos por alterar nuestra vida cotidiana bajo las mismas circunstancias. Así, la jurisprudencia deberá evaluar objetivamente en cada caso la gravedad de dicha alteración según un parámetro general de víctima.

En el relato de los hechos, Adriano envía mensajes de *Whatsapp* a Agripina de forma constante durante meses para proponerle una reconciliación. Agripina se niega continuamente y Adriano la sigue hasta lugares que ella suele frecuentar mientras ella continúa manifestando el rechazo a sus mensajes hasta bloquear el número de teléfono de Adriano. ¿Constituye esta situación una alteración grave de la vida cotidiana de Agripina? Dejando a un lado la nota de gravedad, que se comentará posteriormente, analicemos si la vida cotidiana de Agripina se ha visto alterada. Tapia Ballesteros apunta que la vida cotidiana está formada por las actividades realizadas por un sujeto en el transcurso ordinario de los días e implica rutina. *A contrario sensu*, las actividades realizadas en periodos vacacionales o en circunstancias excepcionales no forman parte de la vida cotidiana¹⁰.

Debido a la amplitud del período en el que tiene lugar el envío de mensajes de *Whatsapp* (más de seis meses) es obvio que la vida de Agripina pudo sufrir alguna circunstancia excepcional fruto de las vacaciones o una enfermedad, momentos en los cuales no paró de recibir mensajes. Sin embargo, es necesario observar todos los mensajes como una unidad, una actividad sistemática orientada a acosar a la víctima. El hecho de que algunos de esos mensajes pudieran recibirse cuando la víctima estaba de vacaciones lejos de Adriano y que, por lo tanto, no se sintiese acosada o perturbada no puede constituir un elemento que desmonte el ilícito penal.

¹⁰ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., 2016, pp. 155.

La vida de Agripina, en conjunto, sí se vio alterada por el comportamiento de Adriano a lo largo de seis meses puesto que era objeto de innumerables mensajes indeseados y conocedora de que su ex cónyuge la seguía.

Respecto a determinar la gravedad de la alteración, la jurisprudencia debe atender a los criterios de una persona común, de la vida de una persona media. Sin embargo, la resistencia de una persona común a alterar gravemente su vida cotidiana es del todo variable. Las modificaciones en la vida del sujeto dependerán de hasta qué punto no siente miedo ante su acosador, habrá personas que cambien su número de teléfono tras la quinta llamada y habrá personas que no cambien su lugar de trabajo pese a que su acosador las persiga hasta el mismo todos los días. Existe además la problemática de las víctimas que por distintas causas no pueden alterar objetivamente su rutina pero se ven gravemente afectadas por sufrir miedo o ansiedad constante.

Debido a la dificultad de aplicar de manera uniforme el 172 ter, por la variabilidad del resultado (alteración grave) dependiendo de la víctima y por las diversas formas que puede tomar dicho resultado (alteraciones de la vida exterior del sujeto o de su ámbito interno, anímico), a mi juicio será necesario atender a la situación de hostigamiento objetivamente. Es decir, una misma conducta de vigilancia, persecución, etc, capaz de crear una situación objetivamente hostil será constitutiva del ilícito de *stalking* independientemente de hasta qué grado sea capaz de resistirse la víctima.

De acuerdo con todo lo expuesto, la vida de Agripina se ve efectivamente afectada gravemente porque, pese a que no se exponen en el relato de los hechos cambios en su rutina diaria, el acoso llevado a cabo por Adriano genera una situación claramente hostil para Agripina.

Se puede concluir, por lo tanto, que el comportamiento de Adriano es constitutivo de un delito de acoso o *stalking* del artículo 172 ter del Código Penal ya que del relato de los hechos se entiende que establece reiteradamente contacto con la víctima (art. 172 ter apartado 1 inciso 2º CP) y la vigila y persigue (art. 172 ter apartado 1 inciso 1º CP), sin tener ninguna legitimación para ello y creado con su comportamiento una situación de hostigamiento capaz de alterar gravemente la vida de Adriana. Además, por haber sido ex cónyuge de Agripina, es de aplicación el agravante de género que se recoge en el 172 ter apartado 2 y el hecho no exige la denuncia de Agripina para ser perseguible.

II.1. b) Culpabilidad del sujeto activo

El caso objeto de estudio presenta a Adriano como afectado por un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y por un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa durante los meses de diciembre del año 2016 y de julio del año 2017. En este último mes había cesado el envío continuo de mensajes de *Whatsapp*, no así en diciembre del año 2016, fecha en la que se inician.

Debido a las circunstancias en las que nace el delito de *stalking* en Estados Unidos, el sujeto activo se asocia en el imaginario popular con el seguidor de una persona célebre que cree irracionalmente que esta persona siente amor por él y pretende entablar una relación con ella¹¹. Esta clase de sujeto activo padece un trastorno de los denominados erotomaníacos¹². De forma extensiva, entrarían en este ideal de sujeto activo quienes

¹¹ En España, SAP de Madrid, de 12 de julio de 2010, sentencia núm. 319/2010 [ROJ: SAP M 11373/2010].

¹² Erotomanía: enajenación mental causada por el amor y caracterizada por un delirio erótico, de acuerdo con REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2016. *Diccionario de la Lengua Española*. S.L.U. Espasa Libros. ISBN: 9788467047882.

actúen “movidos por estados afectivos desproporcionados en su manifestación externa, tales como el amor, los celos, el odio o la venganza”¹³.

Se extrae del relato de los hechos que la mezcla de amor, odio y venganza puede ser el punto de inicio del comportamiento de Adriano que además, en diciembre de 2016, está afectado por una psicopatía. Sin embargo, para poder observar la causa de inimputabilidad del artículo 20 inciso 1º del Código Penal es necesario tanto el padecimiento de la anomalía como la actuación sin comprensión de la ilicitud del hecho o la actuación conforme a esa comprensión. Debido a la dificultad de determinar este último requisito, la causa de inimputabilidad del artículo 20 inciso 1º suele calificarse como eximente incompleta (en el caso de las psicopatías, de acuerdo con el Tribunal Supremo, nunca podrán ser eximentes completas)¹⁴.

En el caso objeto de estudio, no se puede sino descartar la observación de la eximente. Sin que existan todavía manifestaciones jurisprudenciales respecto a la inimputabilidad del sujeto en los casos de *stalking*, el caso de Adriano se aleja del sujeto inimputable que protege el artículo 20 del Código Penal puesto que, superada la psicopatía (así se deduce del fin del periodo de baja laboral), su conducta antijurídica continúa durante varios meses en el tiempo.

Nada permite entender que Adriano es inimputable ni, a mi parecer, su psicopatía se puede observar como una eximente incompleta y, por tanto, atribuirle consecuencias atenuantes de la pena ya que, en el lapso temporal de enero a julio de 2017, Adriano era plenamente consciente de la ilicitud de su actuación y podía actuar conforme a este conocimiento.

II.1.c) Posible pena a imponer

El artículo 172 ter del Código Penal establece para el tipo básico una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses para el reo de *stalking*. La pena se agravaría y alcanzaría un mínimo de un año o se conmutaría por trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días para los casos en los que, como Adriano, el sujeto activo perteneciese al grupo de personas que se enumeran en el apartado 2 del artículo 173 (“[...] quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados [...]”)¹⁵.

Además, el apartado 3 del 172 ter establece una cláusula concursal. Las penas del delito de *stalking* se impondrán sin perjuicio de las que pudieran derivarse de los delitos en los que se hubieran concretado los actos de acoso individualmente. Entiendo que esta cláusula encontrará su aplicación más numerosa en los casos en los que las acciones

¹³ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., 2016, pp. 170.

¹⁴ Véase sobre el tratamiento de las psicopatías en la jurisprudencia del TS LORENZO GARCÍA, F. y AGUSTINA, J.: “Sobre el confuso concepto de psicopatía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: una revisión crítica ante los nuevos retos del Derecho penal de la peligrosidad”, en: *Política criminal*. Santiago de Chile, julio de 2016. Vol. 11 núm. 21, pp. 66-103. ISSN 0718-3399.

¹⁵ Art. 173.2 del CP tras la reforma operada por la LO 1/2015.

llevadas a cabo para acosar a la víctima constituyan por sí solas un delito de amenazas¹⁶. Sin embargo, pese a la vaguedad del concepto “leves” en el delito de amenazas leves en el marco de la violencia de género (art. 171.4 Código Penal), son inapreciables a mi juicio en el caso de Adriano.

Nos centramos ahora en la pena concreta que sería imponible a Adriano por cometer el delito de *stalking*. La pena será de entre uno y dos años de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

En mi opinión, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se debe descartar debido a la gravedad de los hechos que siguieron al delito de *stalking*. El agravante de género se justifica, en todos los tipos en los que se observa, porque son estas primeras conductas de hostigamiento, amenazas y menosprecio ejercidas sobre la mujer cónyuge o ex cónyuge las que alertan sobre la existencia de un futuro maltratador¹⁷. Así, mediante su aplicación, se pretende una mayor protección de la víctima de *stalking* en caso de pertenecer al grupo de sujetos del 173 apartado 2 porque la lesión que padece la víctima es de mayor calado y porque se presume que constituye una conducta previa a un mal mayor posterior.

Para concretar el número de meses de prisión a los que debe ser condenado Adriano por el delito de *stalking* no puedo sino acudir a casos similares en la jurisprudencia. Como punto de partida tomaremos una Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante¹⁸ y otra de la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁹.

El Tribunal de Alicante estima pertinente “imponer la pena de quince meses de prisión correspondiendo a la pena prevista en el artículo 172 ter del Código Penal en su mitad inferior, pena solicitada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, teniendo en cuenta el escaso periodo de tiempo durante el cual se ha acreditado el acoso al que el acusado ha sometido a la víctima”. El periodo de acoso en este caso es inferior a un mes. Periodo durante el cual constan 469 mensajes de *Whatsapp* con contenido similar al de los mensajes de Adriano (intento de control continuo de la víctima por parte del acusado que quiere conocer en todo momento el paradero de la víctima).

La Sentencia de la Audiencia de Barcelona impone una pena de prisión de un año y tres meses tras revisar la condena en instancia que observaba la continuidad delictiva respecto al delito de *stalking*. El mencionado Tribunal descarta acertadamente la continuidad ya que la reiteración, la continuidad en el tiempo, se exige a la conducta de *stalking* para que pueda apreciarse como delictiva.

Adriano acosó mediante mensajes de *Whatsapp* a Agripina durante más de seis meses sin que pueda apreciarse un delito continuado porque la continuidad es un elemento del tipo y su doble observancia supondría una vulneración del principio *ne bis in idem*. El contenido de los mensajes denota una intención de control por parte de Adriano, de sometimiento del actuar de Agripina a su voluntad. Así, atendiendo al amplio lapso de tiempo durante el que tuvo lugar el acoso y tomando como referencia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, a Adriano se le podría imponer una pena de veinte

¹⁶ En este sentido y a modo de ejemplo: SAP de Sevilla (Sección 4ª), de 5 de abril de 2016, sentencia núm. 177/2016 [ROJ: SAP SE 607/2016] y SAP de Alicante (Sección 1ª), de 16 de noviembre de 2017, sentencia núm. 721/2017 [ROJ: SAP A 2556/2017].

¹⁷ GORJÓN BARRANCO, M.: “¿Empodera a las mujeres la ley penal? Una difícil tarea”, en: FARALDO CABANA, P. et al. *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*. Editorial Comares, S.L., Granada, 2010, pp. 144-145. ISBN: 9788498367393.

¹⁸ SAP de Alicante, de 16 de noviembre de 2017, sentencia núm. 721/2017 [ROJ: SAP A 2556/2017].

¹⁹ SAP de Barcelona, de 21 julio de 2016, sentencia núm. 702/2016 [ROJ: SAP B 7967/2016].

meses de prisión por el delito de *stalking*. A mi juicio, la pena máxima para este delito debería reservarse para los casos en los que la alteración en la vida cotidiana de la víctima implica un cambio en la rutina más básica de una persona común (cambios de residencia, de lugar de trabajo o relacionados con el desarrollo de la vida de menores o personas dependientes a cargo de la víctima de *stalking*).

Se impone también, mediante la aplicación de lo dispuesto en los artículos 57.1 y 57.2, en relación con el artículo 48, del Código Penal la prohibición de acercarse a Agripina a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo u otro frecuentado por ella y a comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, por un periodo de cuatro años superior a la pena de prisión²⁰.

La alta duración de la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima se debe a que, pese a que el delito de *stalking* es un delito menos grave, en el caso de Adriano y Agripina es el prelude de la comisión de un ilícito grave. La extensión durante cuatro años de la prohibición se justifica en la pretensión de la mayor protección de la mujer víctima de violencia de género.

Por último, junto a la pena de prisión, se establecerá la inhabilitación especial de Adriano para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena (art. 44 del Código Penal).

II.2. Tentativa de asesinato en el marco de la violencia de género

Menos problemático, por el profundo estudio jurisprudencial de la figura debido al elevadísimo número de casos, es el segundo de los delitos cometidos por Adriano.

Adriano comete un delito de asesinato (art. 139.1 del Código Penal) en grado de tentativa cuando dispara dos tiros a Agripina mientras esta estaba de espaldas.

La conducta de Adriano se entiende constitutiva de un delito de asesinato en grado de tentativa y no de uno de homicidio porque se da la circunstancia de alevosía. De dicha circunstancia se predicen tres requisitos: el sujeto activo debe emplear medios o formas de ejecución que tiendan a asegurarla mediante la eliminación de cualquier posible defensa de la víctima, debe haber buscado la situación de indefensión o haberse aprovechado de ella conscientemente y debe producirse, efectivamente, la situación de indefensión.

Estos tres requisitos los reúne el intento de asesinato objeto de estudio puesto que la víctima es atacada por la espalda. Es muy numerosa²¹ la jurisprudencia que atribuye la circunstancia de alevosía a los ataques súbitos e inesperados por la espalda que impiden que el sujeto pasivo pueda oponer una resistencia mínima de la que pudiera provocarse algún riesgo en el atacante²².

A la circunstancia de ser atacada por la espalda, que ya por sí misma reduce, si no extingue, las posibilidades de defensa de Agripina, se suma el hecho de que sufriese dicho ataque en el domicilio conyugal, estando acompañada de su hija.

²⁰ En este mismo sentido: SAP de Barcelona, de 20 de junio de 2017, sentencia núm. 541/2017 [ROJ: SAP B 8003/2017].

²¹ Supuestos en los que el ataque por la espalda se considera ataque alevoso, a título ilustrativo: STS, de 10 de febrero de 2009, sentencia núm. 81/2009 [ROJ: STS 281/2009], STS, de 12 de marzo de 2015 [ROJ: STS: 824/2015], sentencia núm. 114/2015, o STS, de 27 de septiembre de 2016, sentencia núm. 719/2016 [ROJ: STS 4175/2016], entre otras muchas.

²² STS, de 12 de marzo de 2015, sentencia núm. 114/2015 [ROJ: STS: 824/2015].

La protección del domicilio se recoge en el artículo 18 apartado 2 de la Constitución Española. Su situación en el ordenamiento jurídico permite definir el derecho a la inviolabilidad del domicilio como un derecho fundamental de las personas²³. Supone el domicilio una proyección de la intimidad de la persona, un lugar en el que esperar la máxima libertad y seguridad frente a terceros y, por lo tanto, el último lugar en el que estar alerta frente a un posible ataque. En mi opinión, el hecho de que el intento de asesinato tenga lugar en el domicilio de la víctima también contribuye a estimar la existencia del comportamiento alevoso puesto que constituye el lugar de tranquilidad por excelencia del sujeto que sufre la agresión, el último lugar en el que esperarla. Agripina se encontraba junto a su hija, viendo la televisión en el salón de su casa, circunstancia que permite deducir una plena relajación del sujeto pasivo que permite la entrada de Adriano en el domicilio de manera voluntaria.

II.2.a) Tentativa de asesinato o delito consumado de lesiones

La distinción entre la comisión de un delito de homicidio o asesinato en grado de tentativa y de un delito consumado de lesiones es fruto de una importante discusión tanto doctrinal como jurisprudencial.

La existencia de un elemento subjetivo en la tentativa, la voluntad de llevar a cabo no sólo los actos de tentativa sino también la consumación del delito, implica la difícil tarea de probar y evaluar el ánimo de la actuación del sujeto activo. Esta valoración no puede acreditarse, por lo general, mediante prueba directa; será necesario acudir a un juicio deductivo para afirmar la presencia del ánimo de consumir el delito en el autor, un juicio basado en los datos fácticos de cada caso.

Adriano dispara dos tiros a Agripina. La idoneidad de un arma de fuego para provocar la muerte es indiscutible pero podrá variar de acuerdo con las características de quien dispara. Debido a la profesión de Adriano, Guardia Civil, se puede presumir su conocimiento y entrenamiento en el manejo de las armas. Así, pese a que el relato fáctico no especifica la distancia desde la que disparó a Agripina, es posible entender que Adriano tenía los conocimientos necesarios para provocar la muerte de su ex cónyuge haciendo uso de su arma reglamentaria.

Es precisamente este conocimiento de las armas el que puede amparar la existencia de un delito consumado de lesiones del artículo 147 del Código Penal agravado por el artículo 148 inciso 4^o²⁴. Si Adriano pudo haber provocado la muerte de Agripina debido a su alto conocimiento en el manejo de las armas y no lo hizo es posible defender que únicamente quería provocarle una lesión. Sin embargo, en este trabajo descartaremos esta tesis y optaremos por la existencia de un delito de asesinato en grado de tentativa por múltiples razones.

La primera de las razones se basa en las lesiones efectivamente provocadas, más concretamente en la gravedad de las mismas. Una lesión bronco-pulmonar de carácter grave pudo haber causado la muerte de Agripina horas o días después de haber sufrido la agresión. El hecho de que, finalmente, Agripina sobreviviese a dicha lesión se puede deber a innumerables factores pero es innegable, incluso para alguien sin ningún conocimiento sobre medicina, la peligrosidad de una lesión bronco-pulmonar que se categoriza como grave. Así, la posibilidad de que Agripina hubiese podido morir fruto de

²³ Sobre la protección legal del domicilio: *vid.* NAVAS SÁNCHEZ, M.: “¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?”, en: *Revista de derecho político*. 2011, núm. 81, pp. 155-198. ISSN 0211-979X.

²⁴ Por ser la víctima “esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad”.

las lesiones sufridas sostiene la tesis de la tentativa de asesinato pues puede incluso suponer un intento de alargar el sufrimiento de Agripina.

Para descartar el delito consumado de lesiones también podemos acudir al comportamiento de Adriano justo después de disparar. De acuerdo con el relato de los hechos, Adriano llamó a los servicios de urgencia y al Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo. La primera de las llamadas solicitando asistencia médica no puede entenderse como una evitación voluntaria de la consumación del delito de asesinato porque no impide necesariamente el resultado muerte que, como ya hemos dicho, hubiera podido ocurrir después de los disparos. Adriano reclama asistencia médica pero Agripina podría haber fallecido en el tiempo transcurrido entre la llamada y la llegada de los efectivos sanitarios o su propia hija, testigo de los hechos, podría haber solicitado el servicio de urgencias en caso de que no lo hubiese hecho Adriano. No puede entenderse esta llamada como un desistimiento de Adriano en el que existe la voluntad de salvar el bien jurídico pues él mismo podría haber intentado socorrer a la víctima y no lo hizo²⁵.

Por último, no es posible obviar la tendencia jurisprudencial de observar la tentativa de homicidio o asesinato en lugar del delito de lesiones en los casos de violencia de género. El hecho de que los tribunales opten por un castigo mayor cuando entran a valorar el ánimo con el que actuaba el agresor que ejerce violencia grave sobre la víctima que es, o ha sido, esposa o persona ligada al agresor por una relación análoga, se puede deber a que la conducta lesiona dos bienes jurídicos distintos. En primer lugar, el bien jurídico vinculado a la mujer que sufre la violencia (que dependiendo del delito cometido puede ser su integridad física, psicológica, etc) y, en segundo lugar, un bien jurídico de carácter colectivo, la dignidad de las mujeres en como conjunto²⁶. Es innegable el mayor desvalor que provoca en la víctima el hecho de ser agredida por su pareja o ex pareja. A mi parecer, esta es la clave para que los tribunales opten por estimar la tentativa de homicidio o asesinato cuando se inicia la conducta típica de estos ilícitos penales pero no se produce finalmente el resultado de fallecimiento. La tipicidad subjetiva, el ánimo de matar, parece que se deduce con más claridad en los casos de violencia de género debido a la peligrosidad de los sujetos activos que se sitúan en una posición de supremacía frente a sus víctimas, que desprecian su valía ya antes de cometer el delito de homicidio o asesinato (no es posible olvidar que Adriano ya había acosado durante meses a Agripina, intentando controlarla y forzar una reconciliación). Sin caer en la existencia de un juicio previo sobre este perfil de criminal, puesto que los tribunales deberán deducir el ánimo de matar y motivar su deducción según las circunstancias concretas de cada caso, el número de mujeres asesinadas por sus compañeros sentimentales ampara la tesis de la intención de matar en la actuación de los autores²⁷.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid cuando en un caso de apuñalamiento de un hombre a su ex pareja considera que concurrió en el sujeto activo

²⁵ Es posible presumir de Adriano unos conocimientos básicos en primeros auxilios puesto que el Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil, en su artículo 11 establece que la Administración pondrá a disposición de la Guardia Civil los medios necesarios para poner en práctica materias de primeros auxilios. Así, es normal que a lo largo del desempeño de su vida profesional Adriano hubiese recibido formación en materia de primeros auxilios y que, por lo tanto, hubiese podido socorrer a Agripina.

²⁶ MORENO CUERVA, L.: *La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación*. Universidad Autónoma de Barcelona, 2016, p. 142.

²⁷ 940 víctimas mortales por violencia de género desde el año 2003, de acuerdo con el Portal Estadístico de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género [consulta: 19 de junio de 2018] en <http://estadisticasviolenciagero.msssi.gob.es>. Vid. Tabla expuesta en el epígrafe “Consideraciones previas”.

“el propósito de matar a su víctima o, cuando menos, que contempló la alta probabilidad de que dicho desenlace se produjera como consecuencia de su actuación, pese a lo cual desplegó la misma”²⁸. Adriano dispara a Agripina en el omóplato en la zona pulmonar, es imposible no contemplar la muerte como una posible consecuencia de esta actuación.

La pertenencia al mundo de la conciencia del agresor del ánimo de matar obliga a deducirlo de varios parámetros ya establecidos por el Tribunal Supremo²⁹. Entre estos parámetros está la necesidad de atender a la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, la intensidad del mismo y su repetición o reiteración (no es posible olvidar que Adriano dispara en dos ocasiones a su víctima).

En este mismo sentido decide el Tribunal Supremo en un caso en el que un hombre provoca voluntariamente un incendio en la habitación en la que se encontraba su mujer ya que el autor “está en condiciones de conocer que puede causar no solamente la afectación de tal peligro [para todo el vecindario] sino que puede perder la propia vida su compañera sentimental, Milagros, quien no puede huir por la puerta, pues lo está haciendo ya el acusado, en su silla de ruedas motorizada, y se ve compelida a saltar por la ventana”³⁰. La víctima finalmente sobrevive al ataque debido a la colocación de colchones debajo de la ventana por la que se arroja. Sin embargo, el hecho de que la mujer se viese obligada a saltar, hecho que objetivamente podría haber provocado su muerte, es abarcado por el dolo del autor que sabía que las posibilidades de la víctima de sobrevivir al ataque eran prácticamente inexistentes y prosiguió pese a ello con su conducta.

La Audiencia Provincial de Valencia³¹ observa la tentativa de homicidio en un supuesto en que un hombre da puñetazos y patadas a su ex pareja para acabar agarrándola del cuello y oprimiendo con fuerza la nuez. El Tribunal deduce el ánimo de matar del común conocimiento de que oprimir el cuello puede causar la muerte (dato que también puede predicarse de disparar en dos ocasiones el pectoral de una persona, como hizo Adriano) y de las consecuencias advertidas en la víctima (que en el caso de Valencia supusieron la pérdida de conocimiento de la mujer). La suma de una conducta que a todas luces puede provocar la muerte y unas consecuencias graves en la salud de la víctima permite deducir el ánimo que presidía la acción de los agresores.

Estimada la comisión de un delito de asesinato en grado de tentativa, solo haremos un último apunte sobre la categorización de esta acción intentada en este epígrafe.

Pese a que la distinción entre la tentativa acaba y la inacabada no tiene relevancia en la concreción de la pena, considero importante explicar brevemente por qué la conducta llevada a cabo por Adriano supone una tentativa acabada ya que me parece otro pilar sobre el que fundamentar la tesis de la comisión del delito de asesinato y no el de lesiones.

La tentativa acabada se define como la conducta del sujeto activo en la que se realizan todos los actos ejecutivos para que pueda obtenerse el resultado lesivo al bien jurídico protegido por la norma penal (la vida, en el caso del delito de asesinato). En esta clase de tentativa, el agente “ha exteriorizado todos los actos que objetivamente le permitirían lesionar al bien jurídico”³². A mi parecer, un disparo contra la zona pectoral de una persona, zona en la que se albergan órganos principales para la vida como el corazón o

²⁸ SAP de Madrid, de 8 de febrero de 2016, sentencia núm. 75/2016 [ROJ: SAP M 3482/2016].

²⁹ STS, de 22 de enero de 2004, sentencia núm. 57/2004 [ROJ: STS 244/2004].

³⁰ STS, de 28 de diciembre de 2015, sentencia núm. 869/2015 [ROJ: STS 5756/2015].

³¹ SAP de Valencia, de 12 de enero de 2017, sentencia núm. 19/2017 [ROJ: SAP V 2/2017].

³² CASTRO MARADIAGA, J.: “Las etapas del *iter criminis* y su aplicación práctica en los tipos de injusto de homicidio y asesinato”, en: *Revista de Derecho*. 2009, núm. 12, pp. 97-132.

los pulmones, supone la realización de todos los actos ejecutivos tendentes a provocar la muerte de alguien.

II.2.b) Posible pena a imponer

Estimada la comisión de un delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 139, cualificado por la circunstancia de alevosía, nos centramos en este epígrafe en la concreción de la pena que podría imponerse a Adriano.

En primer lugar, es necesario analizar el grado de ejecución de la acción típica. De la tentativa, definida en el artículo 16 apartado 1 del Código Penal, se predicen cuatro características esenciales. El autor debe dar comienzo a la ejecución intentando llevar a cabo la acción (comenzando a ejecutarla mediante actos consumativos o realizando la conducta típica sin que se consuma el delito), debe actuar con la voluntad de consumar el delito³³ y el delito no debe consumarse por causas distintas a la voluntad del autor.

Obviamente la parte objetiva del tipo penal del homicidio o del asesinato, la causación de la muerte, queda imperfecta en el caso de Adriano y Agripina por la propia naturaleza de la tentativa. Es fácil realizar esta observación en los delitos de resultado. Sin embargo, puede suscitar alguna duda la posible existencia de desistimiento en el comportamiento de Adriano, y su consiguiente exención de responsabilidad penal, ya que no dispara más veces. A mi parecer, es necesario descartar de pleno esta idea ya que Adriano ni desiste de la ejecución ya iniciada ni impide la producción del resultado (acciones que definen lo que es “desistir” penalmente en el artículo 16.2 del Código Penal).

En este sentido, el caso se asemeja a la provocación del incendio ya citado anteriormente³⁴. Adriano dispara dos veces y después deja de disparar. No puede entenderse como un desistimiento de la ejecución ya iniciada porque un único disparo en la región bronco-pulmonar de Agripina ya podría objetivamente haber provocado su fallecimiento. Que la mujer víctima del incendio saltase por la ventana y sobreviviese o que la asistencia médica de Agripina o su complexión física le permitiesen superar la lesión no puede apuntar a un desistimiento por parte de sus agresores. Los dos disparos que recibió Agripina posiblemente llenaron su cuerpo de sangre, no es arriesgado asegurar que Adriano pudo darla por muerta y, por lo tanto, dejar de disparar por considerar como cumplido su objetivo. Con esta misma fundamentación se puede descartar la llamada a los servicios sanitarios como evitación de la producción del resultado.

Así, de acuerdo con el artículo 62 del Código Penal, podemos afirmar que la pena que se impondrá a Adriano por la comisión del delito de asesinato será uno o dos grados inferior a la señalada por la Ley puesto que se realizó en grado de tentativa.

Debido a la alta variabilidad de las condenas en la jurisprudencia de casos similares, este trabajo, en relación a la pena de prisión por la tentativa de asesinato, concretará únicamente la pena marco entre la que podría oscilar el Tribunal y no el número concreto de meses que debería pasar el sujeto en prisión.

La pena para el delito de asesinato oscila entre los quince y los veinticinco años. Por lo tanto, para castigar su tentativa, la pena inferior en un grado se concretaría en algún punto entre los siete años y seis meses y los quince años menos un día. En el caso de optar por

³³ Sobre este punto, y para evitar la repetición, nos remitimos al epígrafe “II.2.a) Tentativa de asesinato o delito consumado de lesiones” de este trabajo.

³⁴ STS, de 28 de diciembre de 2015, sentencia núm. 869/2015 [ROJ: STS 5756/2015].

reducir la pena en dos grados esta estaría entre los tres años y nueve meses y los siete años y seis meses menos un día.

El autor de los hechos había estado ligado a la víctima por matrimonio durante diez años. Como se deduce de todo lo dicho en este trabajo, las últimas modificaciones legislativas tienen entre sus objetivos la lucha contra la violencia de género mediante la creación de nuevos tipos penales y la agravación de otros. Entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se encuentra la circunstancia mixta de parentesco que, de acuerdo con una tendencia tanto doctrinal como jurisprudencial afianzada, funciona como circunstancia agravante de la responsabilidad penal en los delitos contra las personas, como el de asesinato. El agravante de parentesco existe en el artículo 23 de nuestro Código Penal desde su primera redacción y en el año 2003, de acuerdo con la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, vio ampliada su aplicación como medida de lucha contra la violencia en el ámbito familiar.

La aplicabilidad al caso del agravante de parentesco no suscita ninguna duda puesto que Adriano y Agripina estuvieron casados durante diez años, de acuerdo con el relato de los hechos del caso.

Tal y como recoge el artículo 66 apartado 1 inciso 3º del Código Penal, la concurrencia de una circunstancia agravante implica la aplicación de la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.

Si el Tribunal opta por aplicar la pena inferior solo en un grado debido a que no se produce el resultado de fallecimiento pero estima conveniente aplicar el máximo castigo a la tentativa, nos movemos en una pena que oscila entre los siete años y seis meses y los quince años menos un día. Así, la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco implicaría que la pena pudiese variar entre los once años, tres meses y un día y los quince años. A título personal, esta sería mi opción debido a la gravedad del comportamiento de Adriano.

Si el Tribunal considera que la tentativa es merecedora de aplicar la pena inferior en dos grados, el agravante de parentesco se aplicaría a una pena entre los tres años y nueve meses y los siete años y seis meses menos un día. Así, finalmente el sujeto debería ser condenado a prisión entre cinco años, siete meses y dieciséis días y siete años y seis meses.

A estas penas habrá que añadir los veinte meses de prisión a los que se podría condenar a Adriano por el delito de *stalking*, puesto que las penas son de la misma naturaleza, privativas de libertad, y no se pueden cumplir de manera simultánea (art. 75 del Código Penal).

El artículo 76 apartado 1 de Código Penal establece los límites para este tipo de concursos, denominados concursos reales de delitos, en los que una pluralidad de hechos cometidos por el mismo sujeto constituyen una pluralidad de delitos. Así, el cumplimiento de la condena no podrá exceder del triple del tiempo de la pena más grave a la que se condene a Adriano. A modo de ejemplo, si se estima la reducción de la pena en dos grados, agravada por la circunstancia de parentesco, y se fija la condena en seis años, el tiempo de cumplimiento efectivo de la condena en prisión no podría superar los dieciocho años. Esto sería así con independencia del resto de delitos cometidos siempre que la pena de seis años fuese la más grave a las que se ha condenado al sujeto y el caso no entrase en

las excepciones que permiten ampliar el límite máximo de los veinte años de prisión (art. 76.1 incisos a)-e)).

Junto a la pena de prisión y acorde con lo establecido en los artículos 57.1 y 57.2, en relación con el artículo 48, del Código Penal, sería necesario imponer una pena accesoria de prohibición de acercarse a Agripina, a su domicilio, lugar de trabajo u otro frecuentado por ella y de comunicarse con ella por un tiempo que podría alcanzar hasta los diez años, debido a que el delito de asesinato es un delito grave. A mi juicio, este tipo de prohibiciones deberían desplegar su máxima aplicación en los delitos de violencia de género debido a la peligrosidad de los sujetos activos puesto que constituyen un tipo de criminal que se considera con derecho a someter a sus víctimas, lo cual podría influir de manera importante en las posibilidades de reincidencia.

Por último, durante el tiempo que dure la condena, se establecerá la inhabilitación especial de Adriano para el derecho de sufragio pasivo (art. 44 del Código Penal).

A mi juicio, no es posible observar la circunstancia atenuante de confesión, recogida en el artículo 21 inciso 4º del Código Penal, puesto que el relato fáctico establece que la llamada consistió en una única frase: “he hecho una tontería, una tontería muy grande”. La vaguedad de la frase no permite considerar la confesión como sustancial y veraz, requisitos para atenuar la pena del autor. En palabras del Tribunal Supremo, “confesar supone poner en conocimiento de la autoridad [...] los hechos acaecidos, y requiere que la misma sea sustancialmente veraz [...] sin que deba exigirse una coincidencia total con el hecho probado”³⁵. La Audiencia Provincial de Valencia admite el atenuante en un caso muy parecido en el que el agresor llama a la Guardia Civil y, en un primer momento, dice “he hecho una trastada”. Sin embargo, acto seguido también confiesa “he matado a Teresa, la he matado, la he matado”³⁶. Es esta última frase la que diferencia ambos casos y ampara la tesis de que no es posible observar en el caso de Adriano circunstancia alguna de atenuación de su responsabilidad criminal.

³⁵ STS, de 5 de octubre de 2010, sentencia núm. 832/2010 [ROJ: STS 5128/2010].

³⁶ SAP de Valencia, de 26 de noviembre de 2012, sentencia núm. 676/2012 [ROJ: SAP V 5881/2012].

III. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO

III.1. Breve apunte histórico

El artículo 121 del Código Penal establece que “El Estado [...] y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad [...] o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados [...]”.

Este precepto es la consecuencia de una larga evolución a nivel legislativo sobre la materia que a continuación se expondrá de manera muy breve para clarificar su contenido.

La responsabilidad subsidiaria del Estado nace a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1936 en la que el Alto Tribunal la observa para el caso de un delito cometido por un funcionario público, declarado insolvente, en el ejercicio de sus funciones³⁷. Desde este punto se irá reafirmando la responsabilidad civil subsidiaria del Estado que alcanzará su máxima expresión con la Ley, de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa³⁸, y que se recogía en otras disposiciones legales como el Código de Justicia Militar de 1945 y el Código Penal.

Finalmente, el Código Penal de 1985 estableció la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos por militares al ejecutar un acto de servicio y el Código Penal Militar de 2015 eludió la cuestión por lo que, en todo lo relativo a esta materia, será necesario acudir al Código Penal común.

Así se observa como, en sus inicios, la figura de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado aparece junto a la legislación militar y después se va extendiendo su aplicabilidad junto a las decisiones de los Tribunales que interpretan el artículo 121 del actual Código Penal de manera extensiva.

III.2. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012, sobre el artículo 121 del Código Penal y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado

El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó en el año 2012 que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad haciendo uso de su arma reglamentaria se deriva del “riesgo generado con el hecho de portarla si es consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad, pero que entraña este tipo de riesgos”³⁹.

Si enfrentamos este párrafo a la literalidad del artículo 121 del Código Penal podemos deducir que el requisito que exige el Código de que el delito sea cometido por el funcionario “en el ejercicio de sus cargos o funciones” debe interpretarse de forma

³⁷ MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J.: “Responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito del estado”, en: *Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública*. 2016, núm. 53, pp. 68-77. ISSN: 2341-3263.

³⁸ BOE núm. 351, de 17/12/1954.

³⁹ Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 17 de julio de 2012, sobre el artículo 121 del Código Penal y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/?pag01=4&vgnnextlocale=es&startAt=30> [consulta: 2 de junio de 2018]

extensiva. Entiende el Tribunal que el riesgo que genera el hecho de portar un arma debe ser asumido por el Estado si el agente la porta como consecuencia del servicio que presta a la sociedad. Así, aunque el arma no se haya utilizado en acto de servicio, si el funcionario la porta por su profesión pública (policías, guardias civiles, etc), la responsabilidad civil subsidiaria será del Estado.

Esta afirmación exige un matiz que se recoge en el Acuerdo, el Estado no será responsable si el daño no es “una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad”. Es decir, caen fuera del ámbito de responsabilidad civil subsidiaria del Estado los supuestos en los que la peligrosidad del arma queda patente en supuestos que nada tienen que ver con la profesión del sujeto. El Tribunal ejemplifica este tipo de supuestos con las agresiones mediante el arma reglamentaria que tienen lugar en el domicilio del agente, siempre que no existan datos que acrediten que el arma debió haber sido retirada al funcionario.

A modo de resumen, son responsabilidad del Estado los daños provocados por el arma reglamentaria de un funcionario cuando el uso del arma esté relacionado con su posición como garante de la seguridad. Por ejemplo, un policía que lesiona a un compañero al disparar el arma de forma involuntaria cuando procedía a guardarla en su taquilla sin estar de servicio⁴⁰. Así, por el contrario, no sería responsabilidad del Estado el mismo policía que dispara su arma reglamentaria en una reyerta cuando se encontraba con sus amigos en un bar.

Por último, solo se hace necesario recordar en este epígrafe que la responsabilidad del Estado en aplicación del artículo 121 del Código Penal será siempre subsidiaria, es decir, operará en defecto de los responsables civiles directos que lo serán por ser también los responsables criminales. Este tipo de responsabilidad civil parte de que el responsable subsidiario no ha vulnerado las normas sustantivas que prohíben la consecuencia ilícita, sino que surge porque el Estado no ha actuado con la diligencia debida al elegir a su personal o al vigilarlo⁴¹.

III.2.a) Aplicación jurisprudencial del Acuerdo

Las remisiones al Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para resolver conflictos sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado son numerosas en la jurisprudencia y permiten delimitar con claridad en qué casos es de aplicación el artículo 121 del Código Penal.

A continuación haremos mención a una serie de casos similares al de Adriano y Agripina (homicidios o asesinatos en el marco de la violencia de género siendo el agresor miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) a fin de esclarecer la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en su caso.

A título ilustrativo, mencionamos a la Audiencia Provincial de Valencia que declaró improcedente la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en un caso en el que un hombre disparó catorce veces a su esposa, causándole la muerte, después de entrar en el domicilio conyugal tras romper la puerta. Justifica su decisión el Tribunal en que el propio Acuerdo exime de responsabilidad al Estado cuando las agresiones tengan lugar en el domicilio del funcionario, fuera de servicio y si no concurren en el sujeto ningún tipo de

⁴⁰ SAP de Castellón, de 8 de junio de 2016, sentencia núm. 188/2016 [ROJ: SAP CS 605/2016].

⁴¹ JAÉN VALLEJO, M.: “Responsabilidad civil subsidiaria del Estado (Art. 121 CP)”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2002, núm. 04, pp. 1-4. ISSN-e 1695-0194.

trastorno mental que hubiese podido ser detectado por sus superiores⁴². En este mismo sentido decide la Audiencia Provincial de Madrid sobre el agresor que dispara a su mujer mientras esta dormía en el domicilio conyugal⁴³. Esta última sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo en lo relativo a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. El Alto Tribunal desestima el recurso basándose en que tal responsabilidad “se deriva del riesgo que la organización del servicio de seguridad pública, mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización abusiva”⁴⁴. Tal riesgo surge porque los agentes siempre deben portar el arma reglamentaria para encontrarse en condiciones de cumplir con el deber de intervención permanente, impuesto por el artículo 5 apartado 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁴⁵. Así, el Estado será el responsable subsidiario de los daños que causen los agentes al hacer un mal uso de sus armas reglamentarias fuera de su domicilio, pues es donde el Estado les impone el deber de portarlas para mantener el orden y la seguridad ciudadanas.

Por el contrario, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado que pretendía eludir de responsabilidad civil subsidiaria al Estado en un caso en el que un guardia civil disparó seis veces a su esposa en la calle⁴⁶ y en este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Pontevedra considera procedente la responsabilidad civil subsidiaria del Estado para el caso de un guardia civil que dispara a su ex pareja con su arma reglamentaria en el cuartel de la Guardia Civil de Cambados y en el mismo sentido se pronuncia.

¿Cuál es la diferencia que presentan las dos líneas jurisprudenciales? Las decisiones de los tribunales consideran, a todas luces, que es fundamental el lugar en el que tienen lugar los hechos. No es posible defender la teoría del riesgo derivada de portar un arma como consecuencia de la profesión que se ostenta en el ámbito privado del domicilio. A tenor del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el riesgo que se genera es consecuencia directa del modo de organización del Servicio de Seguridad que, en ningún caso, abarca el domicilio de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así, se genera una responsabilidad cuasi objetiva del Estado en las agresiones derivadas de un uso abusivo de las armas de fuego por los agentes del orden fuera de sus domicilios.

Solo falta mencionar el último párrafo de dicho Acuerdo puesto que presenta una excepción a la no responsabilidad del Estado por los daños generados con un arma reglamentaria en el domicilio del agente. Habrá responsabilidad subsidiaria de los poderes públicos si existen datos de que el arma debió habersele retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas a su posesión. Se justifica la responsabilidad en la clásica culpa *in vigilando*, pues el Estado deberá actuar de la forma más diligente a la hora de controlar a sus agentes, máxime si se tiene en cuenta la alta peligrosidad que genera el hecho de portar un arma de fuego.

⁴² SAP de Valencia, de 26 de noviembre de 2012, sentencia núm. 676/2012 [ROJ: SAP V 5881/2012].

⁴³ SAP de Madrid, de 30 de junio de 2015, sentencia núm. 422/2015 [ROJ: SAP M 8456/2015].

⁴⁴ STS, de 13 de junio de 2016, sentencia núm. 514/2016 [ROJ: STS 2719/2016].

⁴⁵ BOE núm. 63, de 14/03/1986.

⁴⁶ STS, de 27 de octubre de 2003, sentencia núm. 1382/2003 [ROJ: STS 6600/2003].

III.2.b) Consecuencias para el caso de Adriano y Agripina

La sentencia condenatoria de Adriano deberá estimar la responsabilidad civil subsidiaria de Adriano puesto que el caso cumple con los requisitos que establece el Acuerdo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2002 para interpretar el artículo 121 del Código Penal.

En este trabajo defenderemos la tesis de que la responsabilidad del Estado en el caso de Adriano y Agripina no se deriva de una posible psicopatía en Adriano no vigilada con la diligencia debida por sus superiores en la Guardia Civil sino del lugar en el que ocurren los hechos.

Se desprende del relato fáctico que Adriano y Agripina no convivían desde el 20 de noviembre de 2016, momento en el cual, tras una discusión, Adriano abandona el domicilio conyugal sin que conste que vuelve en algún momento a residir en él. Los hechos constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa tienen lugar el 7 de septiembre de 2017, es decir, casi un año desde que cesó la convivencia. No puede entenderse que el inmueble situado en Arévalo era el domicilio del agente cuando dispara a Agripina puesto que el concepto de domicilio implica residencia habitual.

Sin embargo, la responsabilidad del Estado no se deriva únicamente de una interpretación literal del Acuerdo sino de su pretensión de limitar la responsabilidad del Estado por la actuación de sus agentes de seguridad a los casos en los que el riesgo se derive de la organización de los servicios de seguridad del Estado.

Como hemos dicho anteriormente, la responsabilidad del Estado se configura como cuasi objetiva para las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria.

Son dos los fundamentos clásicos de la responsabilidad civil objetiva. Por un lado, la asunción de los riesgos que debe soportar quien lleva a cabo actividades peligrosas y, por otro lado, la función social de asegurar a la víctima la reparación del daño. De nuevo aparece el riesgo como la clave para estimar o no la responsabilidad del Estado.

El caso se asemeja a la sentencia citada en la página anterior de este trabajo en la que el agente dispara a su esposa en la calle. En los casos en los que los hechos ocurran fuera del domicilio del agente y contra personas con las que este no conviva, el riesgo que genera portar un arma se deriva de la organización del servicio público. Es precisamente la obligación de los guardias civiles de estar permanentemente armados la incrementa de manera exponencial la posibilidad de que la agresión tenga lugar.

IV. CUESTIONES PENITENCIARIAS

Ahondamos en este epígrafe en un nuevo ámbito del Derecho, el Derecho Penitenciario. Los intentos de definir esta rama del Derecho, que incluso recibe nombres distintos según el autor que intenta aproximarse a ella, son tan numerosos que se hacen inabarcables para este trabajo. El Derecho Penitenciario es objeto de una discusión doctrinal constante por su carácter represivo y la siempre cuestionada justificación de su existencia. Se podrían dibujar sus notas esenciales diciendo que está formado por “el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución”⁴⁷.

La norma fundamental del Derecho Penitenciario en España es la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria⁴⁸. Dicha Ley se remite, a lo largo de todo su articulado, a lo que “reglamentariamente se determine”, consiguiendo que el Derecho Penitenciario se configure como un tipo de Derecho Administrativo cuando, por su propia esencia, debería ser Derecho Penal.

El desarrollo de la normativa penitenciaria a través de reglamentos y otros actos administrativos libera a esta rama del Derecho del férreo control que debería aplicarse a las normas que rigen la privación de libertad. El Derecho Administrativo, cuya creación no pasa los mismos sistemas de fiscalización que el Derecho Penal, tiñe el funcionamiento de las instituciones penitenciarias de una oscuridad casi opaca muy difícil de justificar en un Estado de Derecho.

A la luz de estas afirmaciones, determinar las cuestiones penitenciarias relativas al grado de tratamiento del condenado a prisión y su centro de destino es una tarea difícil que siempre podrá ser objeto de discusión.

IV.1. Grado de ingreso en prisión

De acuerdo con el artículo 72 apartado 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las penas de prisión se ejecutan según un sistema de individualización científica, separado en grados.

Existen tres grados de clasificación de los reclusos. El primer grado, que implica la aplicación del régimen cerrado, se emplea para “los penados clasificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto”⁴⁹. Este régimen debería ser de aplicación excepcional debido a la exorbitante restricción de los derechos del penado pero la vaguedad de los conceptos de peligrosidad e inadaptación no favorece su utilización extraordinaria, máxime cuando el real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario⁵⁰, tampoco ha conseguido precisarlos al servirse de otras expresiones abstractas para definirlos (“personalidad agresiva”, “modos o formas especialmente violentos”, “cantidad importante” –art. 102 apartado 5 del Reglamento Penitenciario–).

⁴⁷ PÉREZ FERRER, E.: “Razón de ser y existir del Derecho Penitenciario”, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. 1977, Tomo 30, Fasc. 2, pp. 409-428.

⁴⁸ BOE núm. 239, de 05/10/1979.

⁴⁹ Art. 10 de la LOGP.

⁵⁰ BOE núm. 40, de 15/02/1996.

El segundo grado se corresponde con el régimen ordinario, aplicable a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos. La separación en el interior del centro se basa en criterios objetivos de sexo, edad, antecedentes, estado físico o mental y necesidades de tratamiento.

Por último, el tercer grado coincide con el régimen abierto, el de semilibertad. Las personas condenadas a las que se les aplica este régimen cumplen sus penas en establecimientos específicos (Centros de Inserción Social, Secciones Abiertas o Unidades Dependientes) y disfrutan de salidas al exterior de hasta 48 días por año o de fin de semana⁵¹.

Decretado el ingreso en prisión de una persona, la propuesta de clasificación en uno u otro grado se formulará por las Juntas de Tratamiento en un plazo máximo de dos meses desde la recepción en el Establecimiento del testimonio de la sentencia (art. 103 del Reglamento Penitenciario). Frente a los sistemas progresivos puros, que exigen que el penado pase por todas las fases que forman el sistema y transcurra un lapso de tiempo para poder cambiar de una a otra, el sistema de individualización científica permite que el interno sea colocado desde el principio en el grado que más se adapte a su situación, a excepción de la libertad condicional, y que el cambio de una a otra fase se acuerde según las circunstancias de cada interno⁵².

Una de las notas definitorias del sistema de individualización científica es, por lo tanto, la flexibilidad. La clasificación en uno u otro grado o la posibilidad de cambiar la clasificación no se determina en función de criterios inamovibles sino de las circunstancias singulares de cada interno. Así, el grado que en este trabajo se va a elegir para Adriano podrá variar según su situación en el momento en que se determine, de acuerdo con criterios como pueden ser el desarrollo de una enfermedad grave o su participación en un motín.

La enumeración que realiza el artículo 102 apartado 5 de los internos que se pueden clasificar en primer grado debe entenderse como un *numerus clausus* ya que no incluye ninguna cláusula de analogía y, de hacerlo, vulneraría los principios de seguridad jurídica y de taxatividad en una materia especialmente sensible. La interpretación de este artículo, por tanto, debe ser restrictiva y los conceptos vagos que recoge (tales como “personalidad agresiva”) deben reducirse a su observancia en casos extremos. Es por esto que debemos descartar el primer grado como aplicable a Adriano.

Por el contrario, el apartado 4 del mismo artículo reserva el tercer grado “a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad”. Es cierto que la redacción del precepto peca,

⁵¹ Información obtenida del portal de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/regimenes/> [consulta: 30 de mayo de 2018].

⁵² 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*. Universidade da Coruña. 2015, pp. 111-118. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16200/CarouGarcia_Sara_TD_2015.pdf?sequence=4 [consulta: 1 de junio de 2018].

como la anterior, de una redacción demasiado abstracta. Sin embargo, parece imprescindible a la hora de aplicarlo atender al tipo de delito cometido por el penado. El delito de asesinato, uno de los más graves en el Código Penal, que atenta contra el bien jurídico esencial para que puedan existir los demás, la vida, no puede ir acompañado del grado penitenciario que implica que el penado ya está en circunstancias de volver a vivir en sociedad. Con este mismo razonamiento se compone el artículo 36 del Código Penal que permite que el juez o tribunal prohíba la clasificación del interno en el tercer grado hasta que se haya cumplido la mitad de la condena si esta es superior a cinco años (la pena a partir de la cual un delito se clasifica como grave). Así, el tercer grado también debe descartarse para el caso que nos ocupa.

En consecuencia, la Junta de Tratamiento deberá proponer de manera razonada que el grado inicial de clasificación de Adriano sea el segundo grado para que en este sentido resuelva el Centro Directivo (art. 103 del Reglamento Penitenciario).

IV. 2. Fichero de internos de especial seguimiento

El artículo 6 apartado 4 del Reglamento Penitenciario, añadido por el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario⁵³, permite a la Administración penitenciaria el establecimiento de ficheros de internos con la finalidad de garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento. Esta modificación de la norma reglamentaria en el año 2011 no implica que los ficheros no existiesen antes pues, de acuerdo con la introducción de la Instrucción 12/2011, la reforma “viene a dotar de una cobertura reglamentaria expresa al fichero de internos de especial seguimiento”. Este fichero, al que de ahora en adelante nos referiremos como FIES, ha sido objeto de importantes polémicas por la fina línea que le separa de la vulneración de algunos de los derechos fundamentales de los presos, incluso el Tribunal Supremo anuló parte del contenido de la Instrucción 21/1996 que precedía a la actual haciendo alusión a la falta “de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad”⁵⁴. Sin embargo, el FIES existía antes de ser recogido expresamente en las principales normas de Derecho Penitenciario lo cual supone un ejemplo de la opacidad a la que nos referíamos previamente y que rodea a las instituciones penitenciarias.

Este fichero consiste en una amplia base de datos sobre determinados grupos de internos que se consideran altamente peligrosos o necesitados de especial protección. Recopila información relativa a la situación penal, procesal y penitenciaria del interno.

La Instrucción 12/2011 determina los cinco grupos de internos de especial seguimiento. El FIES es objeto de estudio en este trabajo porque Adriano pertenece al colectivo FIES-4 FS el cual agrupa a los internos que hayan pertenecido a las Fuerzas de Seguridad y a los funcionarios de Instituciones Penitenciarias y que, de acuerdo con el artículo 8 apartado 2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁵⁵, deberán cumplir sus penas en establecimientos penitenciarios ordinarios pero separados del resto de detenidos o presos, lo cual afecta a su centro de destino que deberá contar con la posibilidad de separar al recluso.

⁵³ BOE núm. 73, de 26/03/2011.

⁵⁴ STS, de 17 de marzo de 2009, recurso núm. 9576/2004 [ROJ: STS 2555/2009].

⁵⁵ BOE núm. 63, de 14/03/1986.

IV.3. Centro de destino

El artículo 16 del Reglamento Penitenciario establece que podrá ser admitido en un establecimiento penitenciario quien se presente voluntariamente. Así, podemos deducir que el penado puede acudir a la prisión que mejor se adapte a sus necesidades pese a que después, amparándose en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la Administración Penitenciaria aluda criterios organizativos para exigir el cambio de centro penitenciario del interno.

Llegados a este punto es necesario acudir al principio rector de las penas privativas de libertad en España. El artículo 25 de la Constitución Española, en su apartado 2, determina que estas penas “estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social” de los condenados. La tarea de justificar la privación de libertad como método para facilitar la vida en sociedad es, como mínimo, curiosa, complicada y tortuosa, pero no puede ser objeto de estudio en este trabajo.

La remisión al artículo 25 de la Constitución en este epígrafe se justifica en que la reinserción será más fácil si el interno puede mantener sus conexiones familiares y de amistad mediante el recibimiento de visitas y el otorgamiento de permisos que le permitan interactuar con su círculo. Esta tarea será mucho más fácil si el condenado cumple su pena lo más cerca posible de su domicilio. Lo mismo se puede deducir del artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que fija como fin primordial de las instituciones penitenciarias la “reeducación y la reinserción social de los sentencias a penas y medidas penales privativas de libertad”.

El último pilar sobre el que fundamentar el cumplimiento de la pena en la prisión más cercana al domicilio lo encontramos en el artículo 12 apartado 1 de la misma Ley que establece que se procurará que la ubicación y capacidad de los establecimientos penitenciarios sea acorde a las necesidades de cada lugar para “evitar el desarraigo social de los penados”.

Atendiendo a todo lo anterior, Adriano podrá ingresar en la prisión más cercana a Espinar de los Caballeros o a Arévalo, esta última siempre que no vulnere las prohibiciones de cercanía a Agripina acordadas en la sentencia que le condene. Estas prisiones podrían ser el Centro Penitenciario de Segovia o el Centro Penitenciario de Ávila.

Debido a su condición de delincuente de género, sería recomendable su ingreso en una prisión que cuente con el programa de tratamiento para agresores de género, de cara a modificar sus actitudes y favorecer su reinserción en la sociedad. Sin posibilidad de acceder a una lista de las prisiones que cuentan con este programa nos remitimos a la dirección web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que asegura que “se encuentra implantado en la mayoría de establecimientos penitenciarios”⁵⁶.

A modo de resumen, para evitar el desarraigo social de Adriano, se recomienda su ingreso en prisión en los centros penitenciarios de Segovia o Ávila, sin olvidar que deben contar

⁵⁶ Vid. portal web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/maltratadores.html> [consulta: 2 de junio de 2018].

con la posibilidad de separarlo del resto de internos por su condición de guardia civil, de incluirlo en el FIES y con el Programa de intervención para agresores⁵⁷.

⁵⁷ El contenido del Programa está disponible en:
http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Doc_Pe_nitenc_7_Violencia_de_gxnero_Acc.pdf [consulta: 2 de junio de 2018].

V. REFLEXIONES CRÍTICAS

La finalidad de este epígrafe es recoger brevemente la manera en que el sistema penal reacciona contra la violencia de género y plantear una propuesta que haga posible su mejora.

No es posible asegurar que el número de víctimas de violencia de género se encuentra de manera sólida en una tendencia a la baja. La relación de víctimas mortales en los últimos quince años, que se recoge en la página 7 de este trabajo, así lo demuestra. Se entrecruzan los datos de años en los que el número de víctimas decae con años en los que se observan importantes repuntes.

En los años 2003 y 2004, el número de víctimas mortales por violencia de género supera las 70. Es importante observar la tendencia del fenómeno a partir de estos años porque son los de la entrada en vigor de tres textos legales fundamentales para la materia: la Ley 27/2003, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica⁵⁸, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁵⁹ y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁶⁰. La última de estas leyes recoge medidas que abordan desde el ámbito educativo al sanitario, pero apuesta de manera innegable por el Derecho Penal. Sin embargo, desde su entrada en vigor en enero del año 2005, el número de víctimas mortales en el ámbito de la violencia de género alcanzó la cifra más alta de los últimos quince años en el año 2008. Se puede asegurar, en consecuencia, que la aproximación al problema que el sistema penal está llevando a cabo no se configura como una solución.

El sistema penal afronta el problema desde la idea de la seguridad, de la necesidad de frenar las agresiones violentas a mujeres en el ámbito de la pareja, y deja al margen la causa de este tipo de violencia tan específica.

La causa de la violencia de género reside en una estructura social desigual entre hombres y mujeres y es necesario fijar la atención del sistema penal en esta causa y no en el resultado violento. Así, no es posible reducir la violencia machista al ámbito de la violencia ejercida dentro de la relación de pareja o ex pareja. El que ejerce violencia de género no tiene por qué hacerlo únicamente en este ámbito, que es el único que aborda el sistema penal⁶¹.

El Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, institución creada para abordar el tratamiento de esta clase de violencia desde la Administración de Justicia, presentó un análisis en el año 2016 de las sentencias condenatorias por homicidio o asesinato entre los miembros de la pareja o ex pareja⁶². De las 48 sentencias que analiza el estudio, en cinco de ellas el sujeto activo fue condenado por otro delito de asesinato,

⁵⁸ BOE núm. 183, de 01/08/2003.

⁵⁹ BOE núm. 234, de 30/09/2003.

⁶⁰ BOE núm. 313, de 29/12/2004.

⁶¹ Está reconocida en nuestro Código Penal la violencia ejercida en el ámbito familiar (contra ascendientes, descendientes, etc) si bien no se reconoce como violencia machista, es decir, como violencia que se ejerce como medida de control y sometimiento de la mujer.

⁶² CGPJ: *Análisis de las sentencias dictadas en el año 2016, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex pareja y de menores a manos de sus progenitores*, 2016, pp. 11-100.

homicidio u homicidio en grado de tentativa, además del homicidio o asesinato de la pareja o ex pareja. Las víctimas eran el hijo, la madre o la actual pareja de la mujer asesinada. A mi juicio, se hace imprescindible que el Derecho Penal considere a estas víctimas también como víctimas de violencia machista. Los agresores machistas agreden también al núcleo familiar más cercano a sus parejas o ex parejas como método para aumentar su sufrimiento, como forma de demostrar el absoluto control que pueden ejercer sobre ellas.

Es por esto que el término “violencia de género” es confuso. El uso de la palabra “género” hace que parezca necesario que haya diferencia de sexo entre agresor y víctima para que la violencia que se ejerce se entienda fruto de la desigualdad entre hombres y mujeres. La violencia denominada de género es machista en el sentido literal de la palabra, es una forma de sexismo caracterizada por la prepotencia de los varones frente a las mujeres, pero no tiene lugar únicamente en las relaciones interpersonales de pareja. Todo acto violento dirigido a someter a las mujeres debería ser considerado constituyente de violencia machista. Es decir, el catálogo de víctimas se podría ampliar a cualquiera que, en caso de sufrir la violencia del agresor, provocaría en la mujer el sentimiento de tener que someterse al varón. A mi parecer, es necesario considerar víctimas de violencia machista, como mínimo, a los ascendientes y descendientes de la mujer agredida.

Lejos del ámbito familiar, el sistema penal debería expandir la idea de violencia machista a otros círculos. No es posible justificar, desde mi punto de vista, que un agresor hombre que ejerce violencia sobre una mujer en el ámbito laboral deje a la víctima fuera de la cobertura de la violencia de género. El hecho de que estas víctimas no se encuadren dentro de las de violencia de género las excluye de las ayudas sociales que reconoce la Ley 1/2004 u otras que pudiesen existir. Así, el sistema deja fuera a las mujeres que son víctimas de violencia machista pero no a manos de sus parejas o ex parejas, lo cual supone un claro ejemplo de que el Derecho Penal no se encuentra en la actualidad combatiendo el origen de este tipo de violencia ni las múltiples formas que toma⁶³

Volviendo al núcleo familiar, el hecho que el sistema penal no considere víctimas de violencia machista a los hijos comunes o hijos de la mujer víctima provoca situaciones aterradoras como es el hecho que no sean privados de la patria potestad. El estudio citado en la página anterior de este trabajo recoge que en solo 9 ocasiones se privó al agresor del ejercicio de este derecho, ya que se exige que exista una “relación directa”⁶⁴ entre el delito cometido y la privación de la patria potestad. De qué manera se puede justificar que no existe un nexo entre el delito cometido y el perjuicio que puede suponer para el hijo o hija el hecho de que el agresor de su madre pueda ejercer la patria potestad se escapa a mi entender, máxime cuando son numerosos los casos en que los descendientes son testigos de la agresión (el estudio del CGPJ recoge que los descendientes de la víctimas fueron testigos de los hechos en un 13,2% de los casos).

⁶³ OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO: *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. 2016, pp. 31-36. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-practica-de-la-Ley-Organica-1-2004--de-28-de-diciembre--de-Medidas-de-Proteccion-Integral-contra-la-Violencia-de-Genero--2016-> [consulta: 2 de junio de 2018].

⁶⁴ Art. 55 CP.

Estos casos, a mi parecer, suponen claros ejemplos de la falta de perspectiva de género de los Tribunales fruto de la existencia de la misma carencia en nuestra legislación, que en muchas ocasiones pone verdaderas trabas a las mujeres que quieren liberarse de una situación de sometimiento.

Algunos delitos que son clave para la lucha contra la violencia de género, como el delito de violencia habitual del artículo 173 apartado 2 del Código Penal o el de lesiones leves del 153 apartado 1, cargan a la víctima de dificultades a la hora de considerar como probado su testimonio que, en la mayoría de las ocasiones, será el única que podrá probar la violencia sufrida en un ámbito tan íntimo como el de la pareja⁶⁵.

A título ilustrativo destacaremos la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona, que consideró que no existía menoscabo leve físico o psíquico en un supuesto en el que durante una discusión “el acusado llamó puta a su ex compañera sentimental, a la par que forcejeó con las misma agarrándola del cuello y golpeándola en la cara”⁶⁶. El Tribunal consideró que se trataba de una “desavenencia puntual” y que no constituye “un acto de abuso de poder del más fuerte sobre el más débil” porque la mujer respondió también de forma violenta.

Los tribunales, en línea con el legislador, equiparan así la violencia que se ejerce sobre una mujer con el resto de violencia. Esta idea se aleja de la necesidad de entender que el significado y las consecuencias de la conducta violenta son distintas si la ejerce un varón sobre la mujer. Las manifestaciones violentas no tienen idéntico significado en nuestra sociedad si las llevan a cabo mujeres u hombres.

En resumen, alcanzar la igualdad que recoge el artículo 9 apartado 2 de nuestra Constitución debe ser el objetivo principal de la legislación sobre violencia machista. Para ello, el legislador y los tribunales debe partir de la existencia de una desigualdad que abarca todavía todos los ámbitos de nuestra sociedad. Es necesario que los poderes públicos actúen contra la base de la violencia machista, removiendo todos los pilares que sostienen la sociedad patriarcal.

⁶⁵ Vid. SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2012, sentencia núm. 602/2012 [ROJ: SAP B 13167/2012] Fundamento de Derecho Cuarto.

⁶⁶ SAP de Barcelona, de 1 de marzo de 2011, sentencia núm. 187/2011 [ROJ: SAP B 4736/2011].

VI. CONCLUSIONES FINALES

A continuación se exponen las conclusiones de este trabajo según el orden en que han sido tratadas las distintas cuestiones.

1º.- El propio origen del delito de acoso o *stalking* y su aplicación jurisprudencial en estos tres primeros años de su existencia permiten afirmar que es un delito íntimamente ligado a la violencia de género que justifica su aparición en que los comportamientos de esta clase de acosador son el preludio de un comportamiento sexista latente que puede derivar en una conducta violenta posterior, como en el caso de Adriano.

2º.- El comportamiento insistente y reiterativo que se exige para observar el delito de *stalking* no puede centrarse únicamente en el número concreto de actos llevados a cabo por el sujeto activo debido a que no se especifica en el artículo 172 ter. Además, dependerá de la víctima el número necesario de acciones necesarias para sentirse acosada. Los Tribunales podrán atender únicamente, en este sentido, a la actuación del sujeto entendida esta como una unidad. Es decir, no es posible observar de forma aislada las conductas del sujeto sino estimar la existencia de acoso si la actuación del sujeto forma en su conjunto un plan para crear una situación de hostigamiento de la víctima, que puede surgir de cien llamadas en un día o de cinco llamadas al día, todos los días, durante meses.

3º.- La introducción en el tipo penal del *stalking* del requisito de que la conducta debe alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima genera una importante problemática de cara a su aplicación. La importante vaguedad de conceptos como “gravemente” o “vida cotidiana” dificulta considerablemente la aplicación del precepto. Una posible solución que me permito plantear en este trabajo sería la configuración del delito de *stalking* como de mera actividad. La conducta se podría observar como típica si el sujeto realiza cualquiera de las actividades que recoge el artículo 172 ter, de manera reiterada e insistente, sin autorización y si la víctima ha manifestado su rechazo acerca de dicha conducta. El criterio de manifestar que la conducta es indeseada para el sujeto pasivo permitiría una mayor objetividad a la hora de estimar la comisión del delito de *stalking*.

4º.- No es posible observar en Adriano la eximente de responsabilidad por actuar sin comprender la ilicitud de sus actos a causa de sufrir una anomalía psíquica ya que acosa a Agripina durante un lapso temporal mucho más amplio a los dos meses en los que se observa en él un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa.

5º.- Respecto a la pena a imponer a Adriano por la comisión del delito de acoso del artículo 172 ter es necesario descartar los trabajos en beneficio de la comunidad. La gravedad de los hechos que siguieron al delito de *stalking* y que colocan a Adriano en el grupo de agresores a los que se hace referencia en el primer apartado de este epígrafe de conclusiones. Es innegable el carácter especialmente lesivo de acosar a quien ha sido tu cónyuge y en este sentido se establece el agravante de género en el 172 ter apartado 2. Sin embargo, el carácter positivo que tiene el hecho de decretar como pena la realización de trabajos en beneficio de la comunidad no permite que se estime esta medida para un caso en que el comportamiento sexista del sujeto activo ha derivado en una tentativa de asesinato y deberá reservarse para la comisión del delito en un ámbito menos violento.

6º.- En relación con el inciso anterior, a mi juicio es necesaria la introducción de un tipo penal hiperagravado del delito de *stalking* cuando se comete contra alguna de las personas enumeradas en el apartado 2 del artículo 173 si va seguido de la comisión de un delito

que atente contra sus vidas, integridad física o libertad. Se plasmaría así en el propio texto legal la peligrosidad de los sujetos que cometen este delito en el ámbito de la violencia de género y que merecen una sanción especial si finalmente llevan a cabo conductas más graves.

7º.- Adriano comete un delito de asesinato en grado de tentativa y no uno de homicidio porque dispara por sorpresa a Agripina cuando estaba de espaldas. La estimación de esta alevosía súbita y sorpresiva se ve reforzada por el lugar en el que ocurren los hechos, el domicilio de Agripina, ya que es el domicilio propio el último lugar en el que una persona espera ser objeto de una agresión y, por lo tanto, el último lugar en el que estar alerta y preparado para defenderse de una.

8º.- Adriano comete un delito de asesinato (art. 139 CP) en grado de tentativa y no un delito consumado de lesiones (art. 147 agravado de acuerdo con el art. 148.4 CP) debido a la gravedad de las lesiones que sufre Agripina, que pudieron haberle causado la muerte, y a su actuación posterior a los hechos puesto que no presta ayuda a Agripina, no intenta evitar el resultado de fallecimiento que fácilmente se podría observar como posible por una persona normal en las circunstancias del caso. Así, se puede deducir de la actuación de Adriano que no pretendía en ningún momento salvar el bien jurídico, la vida de Agripina.

9º.- La intención que debe observarse en el sujeto activo que comete un delito de asesinato es la de matar. El *animus* que es necesario observar para estimar la tentativa debe deducirse de un juicio basado en los datos fácticos de cada caso. Además de las circunstancias recogidas en el inciso anterior, no es posible obviar la mayor probabilidad de que el sujeto actúe con intención de matar si el delito ocurre dentro del ámbito de la violencia de género. El agresor machista lo es por entenderse amparado por un sistema basado en la supremacía masculina que le legitima para someter a la víctima.

10º.- La pena que se puede imponer a Adriano por la comisión del delito de asesinato en grado de tentativa se concretará entre los cinco años, siete meses y dieciséis días y los quince años. Este amplísimo marco es fruto de la posibilidad del Tribunal de aplicar la pena en uno o dos grados inferior por el grado de realización del delito y la aplicación del agravante de parentesco, ya que el artículo 23 del Código Penal recoge también la relación de ex cónyuges.

11º.- No se puede observar el atenuante de confesión en el comportamiento de Adriano debido a la vaguedad del contenido de la llamada que realiza a la Guardia Civil.

12º.- La responsabilidad civil subsidiaria del Estado en los casos de delitos cometidos haciendo un uso abusivo del arma reglamentaria, tras la aplicabilidad de la teoría del riesgo a la materia establecida por el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012, se ha configurado como cuasi objetiva y debe estimarse siempre que el supuesto no entre dentro de los excluidos y el riesgo se haya generado por la organización del servicio de seguridad.

13º.- En el caso de Adriano y Agripina, el Estado es responsable civil subsidiario porque los hechos tienen lugar fuera del domicilio del agente. No puede entenderse que el domicilio de Adriano era el inmueble situado en Arévalo porque no residía allí desde un año antes de la agresión. Así, el riesgo que genera portar un arma se deriva de la organización de la Guardia Civil que tiene el mandato de que sus agentes estén permanentemente armados para actuar en caso de que fuese necesario.

14°.- El desarrollo del Derecho Penitenciario mediante reglamentos y otros actos administrativos lo libera del principio de publicidad y de los métodos de fiscalización que se aplican a las leyes, dificultando considerablemente su control y conocimiento y vulnerando el principio de legalidad, principio de los principios del Derecho Penal.

15°.- De acuerdo con las circunstancias individuales de Adriano, deberá ingresarse en prisión clasificado como recluso en segundo grado y le será de aplicación el régimen ordinario, pues no cumple los requisitos para ser clasificado como de primer o tercer grado.

16°.- Deberán incluirse los datos de Adriano en el FIES por pertenecer al grupo FIES-4 FS que determina que es de aplicación este férreo control a los internos que hayan pertenecido a las Fuerzas de Seguridad, como es el caso de la Guardia Civil, y a los funcionarios de Instituciones Penitenciarias.

17°.- Para favorecer su reinserción social y evitar el desarraigo, Adriano deberá ingresar en la prisión de Segovia o en la de Ávila, las más cercanas a su domicilio y a su trabajo y, por tanto, a sus familiares y amistades.

18°.- Una vez en prisión, Adriano deberá participar en el Programa de intervención para agresores, destinado a rectificar las conductas sexistas e imprescindible para una correcta reinserción en la sociedad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

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*. Universidade da Coruña. 2015, pp. 111-118. Disponible en:

http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16200/CarouGarcia_Sara_TD_2015.pdf?sequence=4 [consulta: 1 de junio de 2018].

CASTRO MARADIAGA, J.: “Las etapas del *iter criminis* y su aplicación práctica en los tipos de injusto de homicidio y asesinato”, en: *Revista de Derecho*. 2009, núm. 12, pp. 97-132.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Análisis de las sentencias dictadas en el año 2016, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex pareja y de menores a manos de sus progenitores*, 2016, pp. 11-100. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Analisis-de-las-sentencias-dictadas-por-los-Tribunales-del-Jurado-y-por-las-Audiencias-Provinciales-en-el-ano-2014--relativas-a-homicidios-y-o-asesinatos-consumados-entre-los-miembros-de-la-pareja-o-ex-pareja-y-de-menores-a-manos-de-sus-progenitores> [consulta: 2 de junio de 2018]

FARALDO CABANA, P. et al.: *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*. Editorial Comares, S.L., Granada, 2010. ISBN: 978-84-9836-739-3.

GORJÓN BARRANCO, M.: “¿Empodera a las mujeres la ley penal? Una difícil tarea”, en: FARALDO CABANA, P. et al. *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*. Editorial Comares, S.L., Granada, 2010, pp. 144-145. ISBN: 9788498367393.

JAÉN VALLEJO, M.: “Responsabilidad civil subsidiaria del Estado (Art. 121 CP)”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2002, núm. 04, pp. 1-4. ISSN-e: 1695-0194.

LORENZO GARCÍA, F. y AGUSTINA, J.: “Sobre el confuso concepto de psicopatía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: una revisión crítica ante los nuevos retos del Derecho penal de la peligrosidad”, en: *Política criminal*. Santiago, julio de 2016. Vol. 11, núm. 21, pp. 66-103. ISSN: 0718-3399.

MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J.: “Responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito del estado”, en: *Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública*. 2016, núm. 53, pp. 68-78.

MORENO CUERVA, L.: *La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación*. Universidad Autónoma de Barcelona, 2016.

NAVAS SÁNCHEZ, M.: “¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?”, en: *Revista de derecho político*. 2011, núm. 81, pp. 155-198. ISSN 0211-979X.

OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO: *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. 2016, pp. 31-36. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y->

[Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-practica-de-la-Ley-Organica-1-2004--de-28-de-diciembre--de-Medidas-de-Proteccion-Integral-contr-la-Violencia-de-Genero--2016-](#)
[consulta: 2 de junio de 2018].

PÉREZ FERRER, E.: “Razón de ser y existir del Derecho Penitenciario”, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. 1977, Tomo 30, Fasc. 2, pp. 409-428.

TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking* [en línea], Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2016, pp. 33-35. Disponible en: <https://dialnet-unirioja.es/accedys.udc.es/servlet/libro?codigo=662223> [consulta: 2 de mayo de 2018].

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 25-28. ISBN 9788498900521.

VIII. JURISPRUDENCIA

Sentencia de Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 2003, sentencia núm. 1382/2003 [ROJ: STS 6600/2003]

Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2004, sentencia núm. 57/2004 [ROJ: STS 244/2004]

Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2009, sentencia núm. 81/2009 [ROJ: STS 281/2009]

Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2009, recurso núm. 9576/2004 [ROJ: STS 2555/2009]

Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 2010, sentencia núm. 832/2010 [ROJ: STS 5128/2010]

Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 2015, sentencia núm. 114/2015 [ROJ: STS 824/2015]

Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de diciembre de 2015, sentencia núm. 869/2015 [ROJ: STS 5756/2015]

Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 2016, sentencia núm. 514/2016 [ROJ: STS 2719/2016]

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2016, sentencia núm. 719/2016 [ROJ: STS 4175/2016]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de julio de 2010, sentencia núm. 319/2010 [ROJ: SAP M 11373/2010]

SAP de Barcelona, de 1 de marzo de 2011, sentencia núm. 187/2011 [ROJ: SAP B 4736/2011]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 20 de diciembre de 2011, sentencia núm. 229/2011 [ROJ: SAP Z 3235/2011]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de julio de 2012, sentencia núm. 602/2012 [ROJ: SAP B 13167/2012]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 26 de noviembre de 2012, sentencia núm. 676/2012 [ROJ: SAP V 5881/2012]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de junio de 2015, sentencia núm. 422/2015 [ROJ: SAP M 8456/2015]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de febrero de 2016, sentencia núm. 75/2016 [ROJ: SAP M 3482/2016]

Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla, de 5 de abril de 2016, sentencia núm. 177/2016 [ROJ: SAP SE 607/2016]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 8 de junio de 2016, sentencia núm. 188/2016 [ROJ: SAP CS 605/2016]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 julio de 2016, sentencia núm. 702/2016 [ROJ: SAP B 7967/2016]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 12 de enero de 2017, sentencia núm. 19/2017 [ROJ: SAP V 2/2017]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de junio de 2017, sentencia núm. 541/2017 [ROJ: SAP B 8003/2017]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 16 de noviembre de 2017, sentencia núm. 721/2017 [ROJ: SAP A 2556/2017]

Auto de la Audiencia Provincial de León, de 19 de diciembre de 2017, auto núm. 1399/2017 [ROJ: AAP LE 1474/2017]