



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

VIOLENCIA DE GÉNERO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2017-2018

ALUMNO: SANTIAGO MARTÍNEZ GARCÍA

TUTORA: ANA MARÍA NEIRA PENA

ÍNDICE

1. LISTA DE ABREVIATURAS	3
2. ANTECEDENTES DE HECHO	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REALICE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS DESCRITOS Y DETERMINE LAS POSIBLES SANCIONES A IMPONER.	7
4.1. HECHOS ACAECIDOS ENTRE EL 3 DE DICIEMBRE DE 2016 Y EL 15 DE JUNIO DE 2017	7
4.1.1. EVOLUCIÓN Y CONCEPTO DEL DELITO DE <i>STALKING</i>	7
4.1.2. INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	9
4.1.3. ANÁLISIS DEL ART. 172 ter Y APLICACIÓN AL SUPUESTO DE HECHO	10
4.1.3.1 Bien jurídico protegido.....	10
4.1.3.2 Sujeto activo y pasivo	11
4.1.3.2 Conducta típica.....	11
4.2 HECHOS ACAECIDOS EL DÍA 7 DE SEPTIEMBRE DE 2017	14
4.2.1. DELIMITACIÓN ENTRE TENTATIVA Y DESISTIMIENTO	14
4.2.2. LESIONES CONSUMADAS	17
4.2.2.1. Antecedentes y bien jurídico protegido.....	17
4.2.2.2. Sujeto activo y pasivo	17
4.2.2.3. Conducta típica.....	18
4.3. POSIBLES SANCIONES A IMPONER	23
5. ANALICE LA POSIBILIDAD DE ATRIBUIR AL ESTADO LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA, POR EL EMPLEO DEL ARMA REGLAMENTARIA POR PARTE DEL CABO PRIMERO DE LA GUARDIA CIVIL, ADRIANO E.	26
5.1. INTRODUCCIÓN	26
5.2. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS	28
5.3. DETERMINACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PRESENTE SUPUESTO	33
6. DETERMINE LAS CUESTIONES PENITENCIARIAS RELACIONADAS CON EL GRADO DE TRATAMIENTO Y CENTRO DE DESTINO, DERIVADAS DE UNA POSIBLE CONDENA A PENA DE PRISIÓN DEL CABO PRIMERO DE LA GUARDIA CIVIL.	34
6.1. CUESTIONES DE TRATAMIENTO	34
6.2. CENTRO DE DESTINO	41
7. CONCLUSIÓN	43
8. BIBLIOGRAFÍA	45

9. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	47
10. REPERTORIO NORMATIVO	49

1. LISTA DE ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional

Art(s): Artículo(s)

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

FFCCSS: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

FIES: Fichero de Internos de Especial Seguimiento

LEF: Ley de Expropiación Forzosa

LOFCS: Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria

LRJSP: Ley del Régimen Jurídico del Sector Público

PRIA: Programa de Intervención para Agresores

RP: Reglamento Penitenciario

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SGIP: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

SJI: Sentencia Juzgado de Instrucción

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

2. ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

3. INTRODUCCIÓN

Este Trabajo de Fin de Grado aborda desde una perspectiva práctica una realidad latente en nuestro país, la violencia de género, definida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹ como una forma de violencia que resulta “*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”.

De esta forma, se presenta un supuesto de hecho en el que Adriano, agente en servicio activo de la Guardia Civil y cónyuge de Agripina, tras el rechazo y solicitud de divorcio por parte de la segunda desarrolla una serie de conductas delictivas de las que se analizarán distintos aspectos. Para ello se partirá de lo dispuesto en los textos legales correspondientes a cada caso y se analizará también la jurisprudencia al respecto así como las distintas posiciones doctrinales existentes.

Así, se determinará primeramente la calificación jurídica de la conducta llevada a cabo por Adriano, prestando especial atención a aspectos tales como la incorporación del reciente delito del art. 172 ter de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal², la distinción entre tentativa y desistimiento, la posible concurrencia del art. 148 CP con la aplicación de agravantes genéricas y las sanciones que procede imponer por los hechos descritos.

Tras ello, se enjuiciará si por el empleo de Adriano del arma reglamentaria para llevar a cabo el ataque contra Agripina el día 7 de septiembre procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. En esta cuestión se estudiará el tenor del art. 121 CP así como la organización de los servicios de seguridad en nuestro país, en virtud de la cual puede derivarse en determinados supuestos la mencionada responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Por último, partiendo de una eventual condena a pena de prisión de Adriano por los delitos cometidos, se abordarán cuestiones penitenciarias tales como el tratamiento penitenciario al que se vería sometido y los distintos factores a tener en cuenta a la hora de decidir el centro de cumplimiento de la condena.

¹ «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

² «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 (en adelante CP).

4. REALICE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS DESCRITOS Y DETERMINE LAS POSIBLES SANCIONES A IMPONER.

Para dar respuesta a esta cuestión se abordarán los hechos relatados de manera diferenciada, agrupándolos en dos grandes bloques: en primer lugar los que transcurren entre el día 3 de diciembre de 2016 y el 15 de junio de 2017 (4.1) y, en segundo lugar, los relativos al día 7 de septiembre de 2017 (4.2), de tal forma que en cada uno de ellos se analizarán los delitos cometidos en el respectivo período.

Por último y de manera diferenciada, se determinarán las posibles sanciones a imponer a Adriano por su conducta (4.3).

4.1. HECHOS ACAECIDOS ENTRE EL 3 DE DICIEMBRE DE 2016 Y EL 15 DE JUNIO DE 2017

Las acciones llevadas a cabo por Adriano entre el día 3 de diciembre de 2016 y el 15 de junio de 2017 son constitutivas de un delito previsto y penado en el art. 172 ter. CP. Dada la reciente aparición de esta figura delictiva, se llevará a cabo una revisión de su evolución en el plano del derecho comparado, para entender cómo se ha incorporado a nuestro ordenamiento; finalmente se analizará la conducta típica en la que se subsumen los actos llevados a cabo por Adriano.

4.1.1. EVOLUCIÓN Y CONCEPTO DEL DELITO DE *STALKING*

El delito de acoso o acecho predatorio es un tipo penal de reciente aparición en nuestro ordenamiento, incorporado al Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo³, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Sin embargo, si se acude al plano del Derecho Comparado se observa que la tipificación de dicho fenómeno –denominado *stalking* en su voz inglesa⁴- proviene de la década de los 90 del pasado siglo en distintos Estados de Estados Unidos.

Así, el primer territorio en adoptar una ley *anti stalking* fue el Estado de California en el año 1990, a raíz del icónico asesinato de una famosa actriz - Rebecca Schaeffer- a manos de un exacerbado admirador, acontecimiento que junto al hostigamiento o acechamiento sufrido por otras personalidades públicas generó un fuerte impacto social y una demanda de mayor protección frente a este fenómeno.

Con el paso del tiempo, distintos Estados federados fueron uniéndose a la tipificación de esta forma de acoso, si bien con diferentes matices todas con notoria similitud hasta que,

³ «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁴ “Se puede traducir como una conducta intencionada y maliciosa de persecución obsesiva (*obsessional following*), acecho o acoso respecto de una persona a la que se convierte en objetivo” (ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “El delito de Stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades”, en *La Ley Penal*, Nº 105, Noviembre-Diciembre, 2013, p. 1.

en el año 1996 se aprueba la *Interstate Stalking Punishment and Prevention Act*⁵, y el *stalking* pasa a ser un delito federal.

Es después de esto cuando se comienza a extender la regulación penal del acoso a distintos países del ámbito anglosajón pertenecientes a la tradición del *Common Law*, como por ejemplo Gran Bretaña, con la aprobación de la *Protection from Harassment Act*⁶ en 1997 o Irlanda, que también incorporó prontamente a su ordenamiento figuras análogas.

A partir de entonces se extiende la tipificación a países de tradición jurídica continental: Alemania con su *Nachstellung*, Austria (*behrrliche Verfolgung*), Países Bajos, Dinamarca, Bélgica o Italia (*atti persecutori*) alcanzando en último lugar a nuestro país, tras la referida reforma del Código Penal del año 2015.⁷

En cuanto a la conceptualización del *stalking* esto es, las conductas integradoras de estas acciones de acoso y merecedoras del reproche penal, es aún a día de hoy una cuestión polémica sobre la cual no existe consenso en la doctrina y, de entre todas las definiciones ofrecidas cabe destacar por su relevancia las siguientes:⁸

Según MELOY y GOTHARD este fenómeno que dan en llamar “*persecución obsesiva*” consistiría en un “*patrón de amenaza o acoso anormal o de larga duración dirigida específicamente a un individuo*”, suponiendo ello “*más de un acto manifiesto de persecución no querida por la víctima que es percibida por ésta como acosante*”.

Por su parte, autores como PATHÉ y MULLEN definen el *stalking* como “*una constelación de comportamientos en los que un individuo inflige a otro repetidas y no deseadas intrusiones o comunicaciones*” consistiendo tal intrusión en acciones de perseguir, vigilar, aproximarse o comunicarse, entre otras.

En cuanto a WESTRUP, entiende el *stalking* como “*un comportamiento o una constelación de ellos que a) se dirigen repetitivamente contra un individuo concreto (el objetivo); b) son experimentados por éste como intrusivos y no deseados; y c) se considera que pueden causar miedo o preocupación en la víctima*”

Por último, un sector minoritario ha defendido que se incorporen a las definiciones legales la intención del acosador o que se fije un plazo mínimo de duración de las conductas para que estas fuesen consideradas punibles.

⁵ Disponible en <https://www.congress.gov/104/crpt/hrpt557/CRPT-104hrpt557.pdf>

⁶ Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40>

⁷ Vid. al respecto de la evolución de este fenómeno TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p.45- 48.

⁸ Posturas referidas por VILLACAMPA ESTIARTE C.: “La respuesta Jurídico-Penal frente al *stalking* en España: Presente y futuro” en *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, núm. 4, 2010, pp. 33-57.

De todo lo expuesto y siguiendo a VILACAMPA ESTIARTE⁹ puede concluirse que, pese a las diferencias entre las definiciones científicas existentes hasta el momento sobre el fenómeno del *stalking*, lo esencial de este es que se trata “*de un patrón de conducta insidioso y disruptivo cuanto que no debe contar con la anuencia de la víctima*”. Por ello cabe afirmar que:

- Debe tratarse de una serie de actos concatenados, los cuales pueden individualmente ser considerados como socialmente aceptados o rutinarios (por ejemplo llamar por teléfono o encontrarse casualmente con una persona).
- Se trata de una conducta no deseada por la víctima.
- Debe generar algún tipo de repercusión: el problema surge a la hora de determinar qué efecto debe causar –mera sensación de desasosiego o si es necesaria una afectación a la vida privada- así como si debe acudir a una perspectiva subjetiva u objetiva para valorar dichos efectos –lo que tiene especial relevancia al hallarse por ejemplo, ante una persona muy asustadiza-.

4.1.2. INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En nuestro país el fenómeno de “*stalking*”, acoso predatorio o acecho ha sido tipificado expresamente como delito autónomo a través del art. 172 ter CP.

Dicho artículo está, según la Exposición de Motivos de la Reforma “*destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de coartar la libertad de la víctima, (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.*”

Antes de regularse esta figura delictiva, tal y como se explica en la parte no dispositiva de la reforma, los actos que hoy en día son susceptibles de ser constitutivos de un delito de acoso del art. 172 ter CP se venían encuadrando en otros tipos penales como las coacciones o las amenazas que, sin embargo no abarcaban ni en todos los posibles casos ni de la manera más satisfactoria estas conductas disruptivas y no deseadas.

En primer lugar, el delito de amenazas no siempre se adaptaba pues, tal y como indica VILACAMPA ESTIARTE¹⁰ es un delito de expresión que requiere además la finalidad de intimidar, lo que no siempre se da en los casos de acoso. Imagínese, sin ir más lejos, un supuesto como el aquí tratado, en el que un hombre trata de contactar insistentemente con su expareja para retomar la relación.

⁹ VILACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho Penal, Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 36-42.

¹⁰VILACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de *stalking*”, en *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*, LUIS LAFONT NICUESA (Coord.), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 205-248.

En segundo lugar el delito de coacciones, teniendo en cuenta que exige “violencia”, a pesar de la “flexibilidad” con la que este concepto de violencia ha sido entendido, lo que ha permitido que muchas acciones que hoy en día se integrasen en el art. 172 ter CP fuesen reconducidas por la vía de las coacciones, presenta problemas a la hora de punir determinados comportamientos que, a juicio del legislador y en palabras de la antedicha Exposición de Motivos, *menoscaben gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima*.

Por último procede señalar que dicha incorporación como delito autónomo obedece, al margen de las aludidas razones de la Exposición de Motivos, a la obligación por parte del Reino de España de dar cumplimiento al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.¹¹

En particular en su art. 34 el Convenio de Estambul dispone la obligación de los Estados de adoptar “*las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad*” -si bien existía la posibilidad de prever sanciones no penales respecto de tal conducta-.¹²

4.1.3. ANÁLISIS DEL ART. 172 ter Y APLICACIÓN AL SUPUESTO DE HECHO

4.1.3.1 Bien jurídico protegido

A la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido con la tipificación de una determinada conducta, es habitual y especialmente clarificador el acudir a la ubicación sistemática del precepto a analizar dentro de la norma.

En este caso, el nuevo delito del art. 172 ter CP se encuentra inserto en el Capítulo III – dedicado a las coacciones-, enmarcado en el Título VI del Libro II, en el que se encuentran los “*delitos contra la libertad*”.

En sintonía con ello y, a pesar de que algunos autores entienden que el bien jurídico protegido se identifica más bien con la integridad moral,¹³ la doctrina mayoritaria¹⁴ entiende que se trata de la libertad de obrar.

¹¹ Ratificado por nuestro país por instrumento de 18 de marzo de 2014, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

¹² Posibilidad prevista en el art. 78.3 del mismo Convenio, en la que se prevé expresamente la posibilidad de los Estados de establecer una reserva, en concreto, la posibilidad de “*prever sanciones no penales, en lugar de sanciones penales, con respecto a las conductas indicadas en los artículos 33 y 34*”.

¹³ En este sentido TAPIA BALLESTEROS, P.: El nuevo delito de acoso o *stalking*, *op. cit.*, pp.135-138.

¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C: *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, *op. cit.*, p. 301; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V., «Acoso y Derecho Penal», en *Eguzkilore*, nº 25, San Sebastián, 2011, p. 45.

En la misma línea se han expresado nuestros tribunales¹⁵, entendiendo que *“El bien jurídico protegido aquí es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. Las conductas de stalking afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo.”* De esta forma, aunque se protege el bien jurídico de la seguridad, *“sólo adquirirán relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que el mero sentimiento de temor o molestia sea punible.”*

De manera más reciente, el propio TS¹⁶ ha tenido ocasión de confirmar lo anterior exponiendo que, en relación a un caso en el que se había condenado por un delito de *stalking* *“en la medida que supone un ataque al bien jurídico de la libertad individual y al derecho a vivir tranquilo y sin zozobra, se está ante un caso de merecimiento de pena y de necesidad de la pena, en definitiva, de otorgar relevancia penal a las conductas típicas”*.

4.1.3.2 Sujeto activo y pasivo

El delito de acoso del art. 172 ter CP es un delito común pues no se exige la concurrencia de especiales circunstancias en el sujeto activo. Esto es, cualquier persona puede ser autor de este delito.

No obsta a lo anterior la existencia de subtipos agravados que, como se analizará posteriormente, suponen un mayor reproche de la misma conducta cuando en la víctima concurra una condición concreta determinada en la ley.

En el supuesto objeto de estudio, al no existir otras personas que lleven a cabo las conductas típicas ni contribuyan a su realización, no existen dudas de que Adriano es autor del delito de acoso al realizar el hecho por sí solo –art. 28 CP- y siendo por tanto responsable criminalmente del mismo –art. 27 CP-.

En cuanto al sujeto pasivo, en este caso es Agripina, cónyuge de Adriano en trámites de divorcio, la que sufre los actos predatorios de este.

4.1.3.2 Conducta típica

El delito de acoso aparece configurado en el art. 172 ter CP como un delito mixto alternativo, que se entenderá realizado cuando el autor lleve a cabo alguna de las conductas enunciadas contra la víctima y con ello *“altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”*. Dichas conductas son, en relación con la persona perjudicada, las siguientes:

¹⁵ SJI de Tudela de 23 de marzo de 2016 [ARP\2016\215] y primera condena por este delito en España.

¹⁶ STS de 12 julio de 2017 [RJ\2017\4136]

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

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

3.^a *Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*

4.^a *Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.*

Del relato fáctico se desprende claramente que Adriano lleva a cabo dos de estas conductas, en particular la primera (1^a) y la segunda (2^a).

Así, cuando tras recibir la comunicación del abogado de Agripina comienza, el día 3 de diciembre a “*enviarle numerosos mensajes de Whatsapp a diario*” y a pedirle “*que le informara en todo momento de dónde se encontraba y en qué compañía*” lleva a cabo un patrón de conducta obsesivo hacia su expareja contrario a la voluntad de la misma, que responde que deje de enviarle mensajes. La conducta descrita supone la realización de la segunda de las acciones típicas anteriormente enumeradas –establecer contacto–.

Además, cuando el día 15 de abril Agripina, tratando de acabar con ese contacto insistente e indeseado de Adriano bloquea su número de teléfono, este “*continuó contactando con ella a través de la aplicación de mensajería de la red social Facebook, creando un perfil falso*” lo que supone otra vez la realización de la segunda de las conductas enumeradas en el tipo, esta vez si cabe con mayor intensidad –utilización de perfiles falsos, a los que no se puede bloquear de antemano- y desde luego de forma clara contra la voluntad de la víctima.

Por otra parte puede constatar que Adriano realiza también la primera de las conductas típicas. En concreto, suponen actos de vigilancia el seguirla hasta lugares que ella solía frecuentar y, el simular encontrarse con ella de casualidad, sería encuadrable en la búsqueda de cercanía física.¹⁷

De este modo, una vez ha quedado patente que se realizan las conductas típicas, es preciso determinar si las mismas se llevan a cabo de manera “insistente y reiterada”, tal y como exige el art. 172 ter CP, para lo cual procede analizar el significado de tales términos.

Según la anteriormente citada STS de 12 de julio de 2017 “*puede afirmarse que de "forma insistente y reiterada" equivale a decir que se está ante una reiteración de acciones de la misma naturaleza --un continuum-- que se repite en el tiempo, en un periodo no concretado en el tipo penal*” y, aunque la ley “*no concreta el número de actos intrusivos que pueden dar lugar al tipo penal*” se puede “*afirmar que este continuum de acciones debe proyectarse en un doble aspecto: a) Repetitivo en el momento en que se inicia. b) Reiterativo en el tiempo, al repetirse en diversas secuencias en tiempos distintos*”

¹⁷ Respecto a la noción de búsqueda de cercanía física: “*Entendemos que buscar cercanía física debe implicar cierta invasión de la esfera del espacio vital del sujeto, de manera que sea factible el contacto físico sin demasiados movimientos*” (TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 160).

En otro reciente fallo, el TS¹⁸ exige para la apreciación de este delito “una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas” a la vez que expone que una “vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP.”

Parece claro que en la conducta de Adriano se aprecian los elementos de “insistencia y reiteración”, pues comienza a ejecutar los actos de hostigamiento el día 3 de diciembre de 2016 y no cesa en ellos hasta el día 15 de junio de 2017, transcurriendo un período de más de seis meses en el que se repiten con frecuencia acciones de la misma naturaleza –cumpliendo por tanto con esa “prolongación en el tiempo” y “vocación de perdurabilidad”-.

Por último, tras haber determinado que se aprecia la realización de alguna –en este caso dos- de las conductas típicas y analizado que estas se llevan a cabo de forma “insistente y reiterada”, procede enjuiciar si con ello se “altera gravemente el desarrollo de la vida cotidiana” de Agripina, para determinar la tipicidad y lesividad de la conducta.

Al respecto ha de señalarse que una interpretación literal del tipo, en el sentido de que se exija subjetivamente y de forma efectiva una alteración grave de la vida cotidiana, llevaría a un resultado indeseable por hacer depender la existencia o no del delito del “umbral de resistencia” de la víctima o de su mayor o menor sensibilidad.¹⁹

Asimismo la referida interpretación literal llevaría al extremo de que, en aquellos supuestos en los que la víctima, por sus circunstancias personales, no tenga posibilidad de modificar la organización de su vida cotidiana –motivos profesionales, económicos, etc.-, el acosador se viese impune con independencia de la gravedad de sus actos, lo que es sin duda un resultado claramente contrario al espíritu de la norma.

Ante la imprecisión del tipo penal, se hace necesario acudir a la jurisprudencia del TS para dotarlo de contenido. Pues bien, el Alto Tribunal²⁰ estima que, en referencia a la alteración grave de la vida cotidiana, «“Por tal debe entenderse algo cualitativamente superior a las meras molestias y que “la capacidad de generar temor condicionando la vida de la víctima” determina que nos encontremos ante un delito de acoso” y no fuera de los “límites de la tipicidad”.»

Tomando en la debida consideración la jurisprudencia del TS, cabe apreciar que, a pesar de que no existan referencias directas en el relato fáctico de cambios en la vida cotidiana de Agripina ello no obsta a la apreciación de un delito de *stalking* del art. 172 ter CP por cuanto los hechos realizados son objetivamente aptos y susceptibles de generar una situación de temor o inseguridad y obligar a cambiar a la víctima sus hábitos normales para tratar de evitar al acosador, produciéndole todo ello una sensación de fuerte desasosiego y afectando de este modo gravemente al desarrollo de su vida cotidiana.

En lo relativo al grado de ejecución, cabe señalar que el delito de *stalking* es un delito de resultado y, si bien es difícil determinar el momento exacto en que la conducta desplegada

¹⁸ STS de 8 de mayo de 2017 [RJ\2017\2385]

¹⁹ En este mismo sentido, TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cita, p. 142.

²⁰ STS de 12 de julio de 2017 [RJ\2017\4136]

por Adriano es suficiente para producir la alteración grave en la vida cotidiana que se exige, situándose a posteriori y enjuiciando la totalidad de acciones desde una perspectiva ex post., no cabe duda de que dicho delito se encuentra plenamente consumado.

Por último, merecen expresa mención dos aspectos más de este tipo penal: la cláusula concursal propia y la regla de perseguibilidad.

De este modo en el apartado 3 del mismo artículo 172 ter CP aparece una regla concursal propia, según la cual *“las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”*, cláusula que no resulta de aplicación en este supuesto ya que los concretos actos de acoso no poseen entidad suficiente como para ser constitutivos de un delito autónomo.

En cuanto a su perseguibilidad, el acoso se configura en el apartado 4 del art. 172 ter CP como un delito de naturaleza semipública, siendo necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo aquellos casos en los que el ofendido *“fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173”*²¹ tal y como sucede en el caso de Agripina –cónyuge de Adriano- de tal forma que, en el presente caso, no sería necesaria tal denuncia y por tanto el delito cometido sería perseguible de oficio.

4.2 HECHOS ACAECIDOS EL DÍA 7 DE SEPTIEMBRE DE 2017

Los hechos acaecidos el día 7 de septiembre de 2017 son constitutivos de un delito de lesiones (art. 147.1 CP), en su modalidad agravada por la utilización de un arma (art. 148.1^a) y con las circunstancias agravantes de alevosía (art.22.1^a CP) y mixta de parentesco (art. 23 CP).

A dicha conclusión se llega tras descartar la posible calificación de los mismos como un delito intentado y entender que Adriano lleva a cabo un desistimiento. Así pues, se analizarán las circunstancias y los caracteres de las lesiones ocasionadas, prestando especial atención al medio empleado así como a la posible concurrencia de las citadas agravantes genéricas con la aplicación del art. 148 CP y, se estudiará también, la inexistencia de circunstancias atenuantes.

4.2.1. DELIMITACIÓN ENTRE TENTATIVA Y DESISTIMIENTO

Tanto la tentativa como el llamado desistimiento voluntario aparecen regulados en el art. 16 CP, del cual se pueden extraer las notas fundamentales de ambas figuras:

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían

²¹ Dicho artículo recoge un largo listado de personas que, con relación al agresor sean: Cónyuge, persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, 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, persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

La tentativa supone que el autor entra en la fase de ejecución del delito –“*el sujeto da principio a la ejecución del delito*”- y queda superada por tanto la fase de actos preparatorios pero sin alcanzar la consumación, que “*no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*”, criterio determinante para diferenciar cuando existe una tentativa o un desistimiento.

Dentro de la tentativa, si bien el vigente Código no ofrece ninguna distinción respecto a los actos realizados -a diferencia del anterior CP de 1973,²² en el que se distinguía entre tentativa y delito frustrado-, a nivel doctrinal y jurisprudencial se distingue entre tentativa acabada e inacabada y ello en función de si se realizan todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado o si se realizan únicamente parte de ellos.

Por su parte, el desistimiento supone la evitación voluntaria de la consumación del delito, impidiendo la producción del resultado, pudiendo diferenciarse a la luz de lo expuesto en el apartado 2 del art. 16 CP dos clases o modos de desistimiento: uno "pasivo" en el que sencillamente y de manera voluntaria el agente no concluye los actos de ejecución y otro "activo", en que el agente, tras agotar todos los actos de ejecución, desarrolla una actividad contraria, tendente a evitar el efecto delictivo de la acción ejecutada.

En cuanto a los caracteres que ha de revestir el desistimiento para que se considere impune el hecho, el mismo ha de ser definitivo- “*no habiendo desistimiento si el autor se limita a aplazar alguno de los actos ejecutivos*” y voluntario.²³

Ambos conceptos, tentativa y desistimiento se encuentran estrechamente relacionados, tanto es así que generalmente se suele asociar por gran parte de la jurisprudencia²⁴ la tentativa inacabada con el desistimiento pasivo y la tentativa acabada con la necesidad del desistimiento activo. A pesar de ello, tal y como reconoce el propio TS “*esa diferenciación, ya casi "clásica", entre la tentativa "acabada" y la "inacabada", se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones (...) su relación con el "desistimiento", puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas.*”²⁵

²² Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. «BOE» núm. 297, de 12 de diciembre de 1973.

²³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Derecho Penal español. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 530.

²⁴ Vid. al respecto ALASTUEY DOBÓN, C.: “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a época, nº 5, UNED, 2011, pp. 13-54.

²⁵ STS de 25 febrero de 2015 [RJ2015\2672]

En consideración de la anterior distinción cabe concluir que el supuesto de hecho describe un auténtico desistimiento activo porque, si bien existe por parte de Adriano un inicial dolo (*animus necandi*),²⁶ al acudir al domicilio con su arma reglamentaria y disparar dos veces por la espalda y a escasa distancia a Agripina, posteriormente el autor cambió dicho dolo inicial por un dolo de salvación o arrepentimiento activo, que en palabras del TS²⁷ se da cuando “*la acción realizada tiene ya eficacia para producir el resultado dañoso contemplado por la norma penal (tentativa acabada)*” –realizar dos disparos es objetivamente apto para causar la muerte a alguien- , pero “*se evita real y eficazmente su acaecimiento, por una actividad positiva del propio agente.*”

Para inferir dicha ánimo inicial la jurisprudencia reiterada del TS²⁸ afirma que “*tienen especial interés, por su importante significado, el arma empleada, la forma de la agresión, especialmente su intensidad, y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida*” siendo en este caso un arma de fuego, dos disparos por las espalda dirigidos al tronco de la víctima una forma objetivamente idónea para causar la muerte de Agripina.

Asimismo la Sala Segunda recuerda en otros pronunciamientos²⁹ que “*las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo para la vida está asumiendo el probable resultado. Y el riesgo para la vida se crea cuando se utiliza un arma letal, se lesiona una zona vital, y la naturaleza de la agresión es idónea para ocasionar un resultado mortal*”, todo ello llevado a cabo por Adriano –utilización de un arma letal, lesión de zona vital y, en general, idoneidad de la agresión para ocasionar un resultado mortal- de tal modo que no hay duda de que poseía un inicial ánimo de acabar con la vida de Agripina.

Sin embargo, tras realizar una conducta que, como ya hemos indicado es objetivamente apta e idónea para producir la muerte de Agripina, Adriano interrumpe su acción delictiva “*por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito*”³⁰, lo que se puede comprobar a través de la conocida como “*fórmula de Frank*”, diseñada por la doctrina y empleada en ocasiones también por la jurisprudencia,³¹ “*según la cual el desistimiento o arrepentimiento será voluntario si el autor puede decirse a sí mismo "no quiero llegar a la meta, aun cuando puedo alcanzarla" y no lo será si sólo puede decirse "no puedo llegar a la meta, aun cuando quisiera"*”.

²⁶ Vid. sobre dicho animus, además de las sentencias citadas, MARZABAL MANRESA, I.: “El *animus necandi* y factores de riesgo en el delito de asesinato de pareja o ex pareja. predicción de la violencia” en *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 2013, pp. 439-452.

²⁷ STS de 3 noviembre de 2016 [RJ\2016\5202]

²⁸ Vid., entre otras, STS de 22 de enero de 2004, [RJ 2004\1118] o la más reciente STS de 20 de mayo de 2014 [RJ 2014\2823]

²⁹ STS de 19 de julio de 2013 [RJ 2013\6430]

³⁰ En la STS 24 de febrero de 2005 [RJ 2005\3545] se recoge la definición del desistimiento voluntario como «*la interrupción que el autor realiza por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección, presentándose como una causa de exclusión de la tipicidad de la tentativa (...)*”.

³¹ Vid., entre otras, STS 19 de diciembre de 2007 [RJ\2008\353]

Dicha fórmula se cumple a la perfección pues Adriano podría sin duda haber alcanzado la consumación realizando uno o varios disparos más, sin que para ello tuviese que recurrir a ningún otro medio y sin que la no realización de los mismos se debiese a algún otro factor externo a su propio cambio de voluntad.

En cuanto a la “conducta de salvación” llevada a cabo, tal y como dispone el TS en su Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 15 febrero de 2002³², en relación al art. 16.2 CP “*no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen*” y esta segunda opción es precisamente la que tiene lugar aquí, al realizar Adriano una llamada a los servicios de emergencia que son los que finalmente acuden en auxilio de Agripina para evitar su muerte.

De este modo, entendiendo que concurre la excusa absolutoria del art. 16.2 CP y tal y como recoge la jurisprudencia,³³ Adriano quedará impune del delito intentado –asesinato pues, como se justificará más adelante, existe alevosía- si bien habrá de responder por los actos ejecutados, al ser estos constitutivos de un delito de lesiones que se expondrá a continuación.

4.2.2. LESIONES CONSUMADAS

4.2.2.1. Antecedentes y bien jurídico protegido

El delito de lesiones, a diferencia del anteriormente expuesto delito de acoso, sí goza de larga tradición en nuestro ordenamiento, remontándose su codificación al s. XIX, momento desde el cual hasta la actualidad ha estado, si bien a través de diferentes y cambiantes regulaciones, presente en nuestras normas penales.³⁴

El bien jurídico protegido en este delito no es una cuestión pacífica en la doctrina: por un lado existen posturas defensoras del bien jurídico formado conjuntamente por la integridad y la salud –pues cada uno de estos conceptos por separado no recogen todas las posibles realidades- y, por otra parte, aquellos que defienden el concepto de “*incolumidad personal, que expresa la falta de lesión o daño, el estar indemne*”.³⁵

4.2.2.2. Sujeto activo y pasivo

El delito de lesiones es un delito común de tal modo que puede ser cometido por cualquier persona y, del mismo, es responsable Adriano en concepto de autor por las mismas

³² Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 15 febrero de 2002 [JUR 2002\132118]

³³ Vid., en un caso similar de desistimiento, la STS de 22 de febrero de 2011 [RJ\2011\1972] en la que se afirma que “*En definitiva, la doctrina de esta Sala ha sido en casos de tentativa de homicidio voluntariamente desistida y eficaz, hacer responder al agente solo del delito de lesiones --según la entidad de las mismas--, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por una clara intención homicida.*”

³⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Derecho penal español parte especial (I)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp.179-180.

³⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Derecho penal español parte especial (I)*, op. cit., pp. 184 y 185.

razones expuestas en relación al *stalking*, al realizar el hecho por sí solo –art. 28 CP- y siendo por tanto responsable criminalmente del mismo –art. 27 CP-.

En cuanto a la víctima del delito es, al igual que en el *stalking*, Agripina, todavía cónyuge de Adriano en el momento de realización de los hechos.

4.2.2.3. Conducta típica

Las lesiones aparecen en nuestro Código Penal reguladas en torno a un tipo básico, en el art. 147.1 CP, con dos tipos atenuados, en los apartados 2 y 3 del mismo artículo así como una serie de agravantes y tipos específicos en los artículos siguientes.

En el primero de ellos, el art. 147.1 CP se recoge la conducta típica como causar a otro *“una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental (...) siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”*

De esta forma puede afirmarse que *“el delito de lesiones no es un delito de medios determinados de tal modo que la producción sea el que sea el medio utilizado, de cualquier menoscabo en la integridad física o moral”*³⁶ supone la realización del mismo por lo que, descartada la tentativa de asesinato, es de aplicación este tipo penal al generarse un profundo menoscabo en la integridad física y salud de Agripina.

En cuanto a la necesidad del tratamiento médico y quirúrgico, resulta en este caso indiscutible dada la gravedad de las lesiones provocadas a Agripina –lesión broncopulmonar grave y presumible fisura del omóplato derecho- de tal modo que, la delimitación entre tratamiento médico y primera asistencia, llevada a cabo de manera exhaustiva por doctrina y jurisprudencia,³⁷ se presenta en el supuesto a enjuiciar como intrascendente al ser clamorosamente necesario dicho tratamiento.

Por otra parte, una vez queda claro que las lesiones irrogadas son de las descritas en el art. 147.1 CP, existe la posibilidad de –potestativamente- agravar la pena *“atendiendo al resultado causado o riesgo producido”* cuando concurra en la agresión alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 148 CP.³⁸

³⁶ QUERALT GIMÉNEZ, J. J.: *Manual derecho penal español, parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 121.

³⁷ Vid. respecto a la diferencia entre “tratamiento médico” y “primera asistencia” entre otros DEL ROSAL BLASCO, B.: “Las lesiones”, en AAVV, *Sistema de Derecho Penal Parte Especial* (MORILLAS CUEVA, L., Dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 67-98, pp. 73-75; BÓLDOVA PASAMAR, M.A.: “Derecho penal de mínimos: algunas consideraciones sobre el umbral de las prohibiciones penales relativas a lesiones, malos tratos de obra y vejaciones injustas de carácter leve”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3.ª Época, n.º 15, 2016, pp. 13-52, pp.23-25 y las SSTs de 23 de octubre de 2008. [RJ 2008\6958] y de 6 marzo de 2013 [RJ 2013\5013]

³⁸ Estas circunstancias son: la utilización de *armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado; que hubiere mediado ensañamiento o alevosía; que la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección; que la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; que la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

De estas circunstancias agravantes enumeradas en el art. 148 CP se cumplen la número uno, dos y cuatro por los siguientes motivos:

- La primera de ellas por ser el medio empleado para la comisión –su arma reglamentaria- un instrumento que contiene una potencialidad lesiva idónea para irrogar la muerte o gravísimas lesiones, y que colma plenamente el concepto “arma” empleada en el artículo.
- La segunda de ellas por ejecutar el hecho con alevosía, circunstancia a la que se hará referencia a continuación.
- La cuarta de ellas sencillamente por ser Agripina esposa de Adriano.

Se observa por otra parte que los dos últimos motivos expuestos coinciden con la agravante genérica de alevosía (art. 22 CP) y mixta de parentesco (art.23 CP), planteándose por tanto la duda de si pueden aplicarse dichas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal conjuntamente con el art. 148 CP por el empleo de un arma.

La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa pues *“el art. 148 no tipifica un solo subtipo agravado del delito básico de lesiones del art. 147 sino varios subtipos agravados, cada uno con individualidad propia por los diferentes elementos típicos que cada uno requiere y que les diferencia de los demás.”*³⁹

De este modo, en el supuesto planteado resulta posible y adecuado calificar la acción de Adriano como merecedora del especial reproche del art. 148 CP por su circunstancia primera, en atención al resultado lesivo causado en la integridad de la víctima –graves heridas producidas por dos impactos de bala- así como el grave riesgo para la vida de Agripina –con la que casi se llega a acabar-, provocado por la utilización de un arma de fuego.

Asimismo, ya que la mera subsunción en el art. 148 CP por la primera de sus circunstancias no abarca todo el plus de antijuricidad⁴⁰ que se da por la concurrencia de las otras dos circunstancias citadas -alevosía y parentesco-, procede aplicarlas en cuanto agravantes genéricas en sintonía con la doctrina del Alto Tribunal,⁴¹ y ello sin provocar una vulneración del principio *ne bis in idem* ni de ningún otro precepto. A este respecto, según recuerda el TS no existe ninguna norma en CP que, ante la estructura de un tipo cualificado mixto alternativo, niegue a las circunstancias que resulten anodinas o

³⁹ STS de 22 de julio de 2010 [RJ 2010\7477]

⁴⁰ Tal y como reconoce el propio TS en la misma STS de 22 de julio de 2010 [RJ 2010\7477] *“Porque no merece el mismo reproche penal la agresión con instrumentos, medios o formas concretamente peligrosos para la salud en lo que podríamos decir una agresión cara a cara, permitiendo la defensa del atacado, que si esa agresión se produce, además, alevosamente, por sorpresa y de manera súbita e inesperada, impidiendo toda posibilidad de una reacción defensiva”*.

⁴¹ Vid. al respecto STS de 30 mayo de 2012 [RJ 2012\6569] en la que se recuerda que *“la doctrina de esta Sala (SSTS. 1348/2009, de 30 de diciembre (RJ 2010, 436) y 246/2011 de 14 de Abril, entre otras) estima que la especificidad del art. 148 del Código Penal determina que cuando concurre la circunstancia agravatoria de alevosía, pero resulta inoperante por la concurrencia del subtipo del núm. 1º (empleo de armas o medios peligrosos) dicha circunstancia debe funcionar, para alcanzar toda la eficacia punitiva que el Legislador le atribuye en el Código, como agravante genérica”*.

innecesarias para alumbrar dicho subtipo la posibilidad de actuar como agravantes genéricas si realmente se hallan simultáneamente previstas en el art. 22 CP.⁴²

De esta forma, toda vez que ha quedado patente que sí es posible aplicar conjuntamente el art. 148 CP con otras circunstancias agravantes a pesar de ser mencionadas en el mismo, procede justificar la aplicación de dichas agravantes.

En primer lugar, en relación a la alevosía, se dice en el art. 22 CP que esta existe “*cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.*”

Dicha definición es concretada por una amplia jurisprudencia que ha ido perfilando tal concepto, destacando su “*aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado*” de tal forma que su esencia “*radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada*”.⁴³

Se exige además para apreciar esta agravante la concurrencia de cuatro elementos expuestos, entre otras posteriores, en la STS de 22 enero de 2004:⁴⁴

a) elemento normativo. La alevosía sólo puede proyectarse a los delitos contra las personas.

b) elemento objetivo, que radica en el «modus operandi» y se refiere al empleo de medios, modos o formas de ejecución tendentes a asegurar el resultado letal, y que a su vez eliminen cualquier reacción defensiva de la víctima.

c) elemento subjetivo, según el cual, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión

Pues bien, en este caso en particular se cumplen todos ellos al ser las lesiones un delito contra las personas –*elemento normativo*–, haber empleado Adriano medios tendentes a asegurar el resultado letal con empleo de su arma reglamentaria contra lo que Agripina no tenía posibilidad de defensa –*elemento objetivo*–; dicha situación fue buscada por Adriano que llevó de antemano la pistola hasta el domicilio conyugal y decidió disparar a Agripina cuando estaba de espaldas –*elemento subjetivo*–, generándose por todo ello una efectiva situación de total indefensión por parte de Agripina –*elemento teleológico*–

⁴² STS de 14 de abril de 2011 [RJ 2012\10534]

⁴³ STS de 25 de febrero de 2015 [RJ2015\2672]

⁴⁴ STS de 22 enero de 2004 [RJ 2004\2171]

Por último, señalar que la concreta catalogación de la alevosía lo sería en la conocida como alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva" –frente a la alevosía proditoria y a la de desvalimiento- en la que “*el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina.*”⁴⁵

En segundo lugar, la circunstancia mixta de parentesco, aparece recogida en el art. 23 CP y resulta compatible su aplicación con la del art. 148 CP por los motivos ya expuestos *supra*.

En cuanto a su naturaleza, es aplicada generalmente como agravante en los delitos contra las personas mientras que sirve de atenuante en los delitos contra el patrimonio, siempre que exista una de las mencionadas relaciones citadas en el propio art. 23 CP –en este caso una relación conyugal- y dicha relación se dé precisamente entre el agresor y la víctima, sin que se exija ningún requisito de cariño o afecto.⁴⁶

A esto último hace especial referencia el TS, según el cual la “*circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en realidad en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales.*”⁴⁷

Al margen de las agravantes ya indicadas, puede pensarse que son asimismo concurrentes en el caso las circunstancias atenuantes del art. 21.4 CP –confesión- y del art. 21.5 CP –reparación del daño o disminución de los efectos-.

Sin embargo dichas circunstancias son excluidas de la calificación expuesta pues ambas actúan tras la consumación del delito –*ex post facto*- y, teniendo en cuenta que no se recoge en el supuesto de hecho ningún acto posterior a los instantes siguientes a la consumación del delito de lesiones y que en dichos instantes no tiene lugar ninguna de las conductas necesarias para atenuar la responsabilidad, no procede su aplicación.

De manera más detallada, la atenuante del art. 21.4 CP exige que el culpable “*antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él*” hubiese procedido “*a confesar la infracción a las autoridades*”.

⁴⁵ STS de 30 de noviembre de 2017 [RJ 2017\5566]

⁴⁶ “*En efecto, la existencia de un vínculo afectivo propio de la relación parental, conyugal o de análoga afectividad al matrimonio, no significa que sea necesario e imprescindible que persista un afecto o cariño entre el autor y la víctima para su apreciación.*” (BIELSA CORELLA, M. C.: *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 157).

⁴⁷ STS de 31 de octubre de 2012 [RJ 2012\10571]

Así, si bien no es necesario ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento –el fundamento de esta atenuante son razones prácticas de colaboración en la investigación del delito-, sí es exigible que la confesión realizada sea veraz, de tal manera que en relación al confesante *“solo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación,”*⁴⁸ requisitos que de ninguna forma –ni por analogía- reúne la llamada de Adriano a su superior en la que no se da ninguna información ni, tampoco, la llamada a los servicios de emergencia comunicando únicamente que su mujer está gravemente herida.

Es por ello que esta circunstancia atenuante no es de aplicación ciñéndose a los hechos relatados, sin perjuicio de su posible apreciación de reunir el comportamiento posterior de Adriano los caracteres exigidos.

Por otra parte, la atenuante del art. 21.5 CP tiene igualmente un fundamento político-criminal, en este caso de tutela a las víctimas –y obtención por estas de una reparación-; siendo requisitos de la misma que el culpable hubiese procedido *“a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral.”*

En el supuesto de hecho no puede apreciarse, a efectos de aplicar esta atenuante, que constituya una disminución de los efectos del delito el avisar a los servicios de emergencia pues tal acción ya es el sustento de la figura del desistimiento activo anteriormente explicado.

No obstante lo anterior y, al igual que en relación a la circunstancia del 21.4 CP, nada impediría su apreciación si Adriano desarrollase una posterior conducta merecedora de tal atenuación -conducta que, cabe recordar, debería tener lugar antes de la celebración del juicio oral-.

Por otra parte y en relación al grado de ejecución, conviene recordar que las lesiones son un delito de resultado y que dicho delito se encuentra plenamente consumado en el momento en que Agripina recibe los impactos de bala de Adriano y cae herida, con un gravísimo deterioro de su salud y peligro para su vida.

Por último, respecto a la perseguibilidad, el tipo de lesiones analizado es un delito público – a diferencia por ejemplo de las lesiones más leves como las recogidas en los apartados segundo y tercero del art. 147 CP- por lo que podría ser perseguido de oficio por el Ministerio Fiscal sin necesidad de denuncia por parte de la víctima.

⁴⁸ STS de 26 de noviembre de 2008 [RJ 2008\7134]

4.3. POSIBLES SANCIONES A IMPONER

A la hora de tratar las posibles sanciones a imponer conviene recordar dos aspectos:

En primer lugar que Adriano, como responsable de dos delitos diferentes, habrá de cumplir de conformidad con el art. 75 CP con “*todas las penas correspondientes a las diversas infracciones*”, penas que se cumplirán simultáneamente siempre que fuera posible.

En segundo lugar, que los delitos llevados a cabo por Adriano lo son en concepto de autor y llegando a la consumación en ambos casos, por lo que serán de aplicación las penas previstas en la Ley, de conformidad con el art. 61 CP.⁴⁹

De este modo, en el delito de acoso del art. 172 ter CP se establece un tipo básico del mismo junto a dos subtipos agravados: en aquellos casos en los que la víctima es una persona “*especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación*” y cuando esta sea una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173 CP, supuesto este último que concurre en los hechos analizados por ser Agripina cónyuge de Adriano y para el que se prevé una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

Además, su consideración como delito contra la libertad lleva necesariamente a acudir al art. 57 CP en el que se dispone en su apartado primero que por tales delitos –entre otros- los jueces o tribunales “*podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.*”

En cuanto a la duración de dicha medida, si el condenado lo fuera a prisión, la misma durará entre uno y diez años más que la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave –como este caso-.

Conforma lo expuesto hasta ahora la regla general del artículo 57 CP, no obstante lo cual, en su apartado segundo se explicita la obligación de imponer, “*en todo caso*” las penas previstas en el art. 48.2 CP cuando la víctima fuera una de los sujetos comprendidos en el art. 173.2 CP lo que, como se expuso anteriormente, sucede con Agripina.

Dichas penas del art. 48.2 CP de prohibición de aproximarse a la víctima o familiares que se determinen impiden al penado “*acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.*”

Además de dicha prohibición obligatoria, podría imponerse motivadamente la de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos –apartado primero-, y también la prohibición prevista en el apartado 3 de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que se determinen que “*impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual*”

⁴⁹ Art. 61 CP: *Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada.*

Asimismo es necesario imponer una de las penas accesorias de las recogidas en el art. 56 CP –de aplicación al tener el delito del art. 172 ter CP una pena menor a 10 años de prisión-, y que puede ser:

1.º Suspensión de empleo o cargo público.

2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

Por otra parte y como consecuencia del delito de lesiones del art. 147.1 CP, agravado por la utilización de un arma conforme al art. 148 CP procede imponer una pena de 2 a 5 años de prisión, pena que debe modificarse teniendo en cuenta la concurrencia de dos circunstancias agravantes lo que, de acuerdo con el art. 66.1.3ª CP obliga a imponer dicha pena en su mitad superior, lo que arrojaría un marco penal de 3 años y 6 meses a 5 años.

En cuanto a las penas accesorias del mismo, el delito de lesiones es, al igual que el anterior, uno de los enumerados en el art. 57 CP y, al cometerse este también contra la persona que era cónyuge de Adriano –Agripina-, resulta imperativa la imposición de la pena prevista en el art. 48.2 CP, indicada anteriormente y con una duración de entre 1 y 5 años –al ser el delito indicado menos grave por no ser su pena superior a 5 años- superior a la duración de la pena de prisión que se imponga.

Respecto a las penas accesorias del art. 56 CP, como todo delito ha de llevar aparejada la imposición de una de las antecitadas penas contenidas en tal artículo.

Además, se hace necesario explicar que, a pesar de su aparente adecuación al supuesto, no procede la imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas (art. 39 CP). Esta pena aparece como principal en determinados delitos –entre lo que no se encuentran las lesiones dolosas-⁵⁰ así como la posibilidad de su configuración como medida de seguridad. Por estas razones, al no preverse expresamente para los delitos cometidos por Adriano ni proceder su imposición como medida de seguridad, no es posible su aplicación.

Existe por último, la posibilidad, de acuerdo con el art. 156.ter CP, de imponer una medida de libertad vigilada al haber cometido Adriano uno de los delitos comprendidos en el Título de las Lesiones y ser la víctima una de las personas referida en el art. 173.2 CP-.

⁵⁰ Esto ha sido criticado en diversas ocasiones por la doctrina: “La insatisfacción nace de que no se entiende porqué se han considerado estos delitos merecedores de esta pena y, sin embargo, en otros muchos en los que la violencia en su comisión suele ser habitual (...) no existe esta mención (...) Se ha de proponer, por tanto, que el Código Penal se reforme para incluir nuevas realidades no contempladas actualmente, de forma que esta pena deje de encontrarse en la situación de aplicación que ahora se denuncia como indeseable.” (CASTRO LIÑARES, D.: *La pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 257).

Para concluir, una vez expuestas las posibles sanciones que apareja cada uno de los ilícitos cometidos, procede señalar que para su cumplimiento habrá de atenderse a la regla prescrita por el art. 75 CP, según el cual cuando las penas impuestas no puedan cumplirse simultáneamente “*se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.*”

Por ello se cumpliría, en primer lugar la pena de prisión conjuntamente con las penas del art. 56 CP que se impusieran así como la pena del art. 48.2 CP –y en su caso, las de los otros dos apartados-, pena esta última que se seguiría cumpliendo una vez extinguida la condena pues su duración ha de ser mayor a la misma como ya se indicó.

En segundo lugar, y únicamente en caso de su imposición, la medida de libertad vigilada se empezaría a cumplir una vez que Adriano agotara la pena de prisión, pues el cumplimiento simultáneo de prisión y libertad vigilada resulta incompatible.

Al margen de todo lo anterior, y aunque no sea una pena o sanción expresamente pues tiene diferente finalidad,⁵¹ aparece la figura de la responsabilidad civil –arts. 109 y ss. CP-, que comporta la asunción de la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima.⁵²

De esta forma, según el art. 109 CP, la realización de un hecho tipificado como delito obliga a reparar los daños y perjuicios causados, lo que comprenderá la restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP) por lo que Adriano, en tanto responsable penalmente de los delitos ya expresados, será además civilmente responsable (art. 116 CP).⁵³

Para el cálculo de esta responsabilidad, si bien no es extraño emplear el baremo introducido por la Disposición adicional 8 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁵⁴, “*no es obligatorio en sucesos distintos de los de circulación cuando estamos ante delitos dolosos, aunque nada impide ya que pueda operar como referente y por lo tanto sin el carácter obligatorio que tienen en aquel campo, en relación a las indemnizaciones que se deben acordar en casos de delitos dolosos*”⁵⁵

⁵¹ Así, tradicionalmente la función de la reparación del daño causado por el delito ha sido restaurar la situación anterior a la agresión, de tal manera que se distingue claramente entre el fin de la acción penal –pretensión punitiva- y el de la acción civil –pretensión de resarcimiento-. (QUINTERO OLIVARES, G.: “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, en AAVV *Responsabilidad civil “ex delicto”* (PRADO PÉREZ, J.M., Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 15-46, p. 19).

⁵² BERMEJO CASTRILLO, M.A.: *Responsabilidad civil y delito en el derecho histórico español*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 13.

⁵³ Vid. al respecto de esta figura de la responsabilidad civil *ex delicto* ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal*, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 565-568.

⁵⁴ «BOE» núm. 268, de 9 de noviembre de 1995.

⁵⁵ STS de 6 de marzo de 2013 [RJ 2013\5013]

5. ANALICE LA POSIBILIDAD DE ATRIBUIR AL ESTADO LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA, POR EL EMPLEO DEL ARMA REGLAMENTARIA POR PARTE DEL CABO PRIMERO DE LA GUARDIA CIVIL, ADRIANO E.

5.1. INTRODUCCIÓN

Para dar respuesta a esta cuestión conviene, en primer lugar, exponer los principios por los que se rige la responsabilidad patrimonial de la Administración para centrarse, posteriormente, en la responsabilidad de esta por hechos delictivos cometidos por sus funcionarios y, en último lugar, concluir si procede o no la declaración del Estado como responsable civil subsidiario por el ilícito de Adriano.

El concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración hace referencia al deber legal que esta tiene de reparar los daños y perjuicios causados a otros sujetos, irrogados como consecuencia de sus actividades, tratándose, por tanto, de una responsabilidad de carácter extracontractual, pues no se funda en ningún contrato u obligación previas entre la Administración y el sujeto dañado.⁵⁶

Esta responsabilidad encuentra su origen en una etapa reciente pues, el principio que rigió durante siglos en el contexto de las monarquías absolutas era el del “*the King can do not wrong*”, por el cual se confundía la inmunidad de Estado con la inmunidad del cargo y que más tarde se formalizó en algunos países del Common Law como inmunidad soberana del Estado.⁵⁷

Con el paso del tiempo y ya en el s. XX, se comienza únicamente a admitir en algunos países, y por vía jurisprudencial, la reclamación al concreto funcionario o agente del Estado causante del daño, cuando este hubiese actuado con culpa o negligencia, siguiendo, por tanto, el régimen de responsabilidad personal por culpa característico del derecho civil -basándose en España en los arts. 1902 y ss. del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁵⁸-.⁵⁹

Posteriormente, se comenzó también a aceptar poco a poco la posibilidad de apreciar una responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por funcionarios en el ejercicio de sus funciones, siempre que existiese culpa o negligencia de dicho funcionario; asimilándose, de este modo, la responsabilidad de la Administración a la responsabilidad de las sociedades por los hechos de sus agentes y empleados.

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. II), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p. 387.

⁵⁷ FERNANDEZ-FONTECHA, M.: *Los límites del poder: la responsabilidad patrimonial del Estado*, Eolas, León, 2017, p. 21.

⁵⁸ «BOE» núm. 206 de 25 de julio de 1889.

⁵⁹ Vid. al respecto de la evolución de esta responsabilidad: GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menorb, 2015 pp. 46-59 y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo: Parte General*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 945-951.

De esta forma, se extiende por distintos ordenamientos –como por ejemplo el británico y estadounidense, donde aún pervive- un modelo de responsabilidad directa y por culpa o negligencia mientras que, en España, aparece un sistema de responsabilidad objetivo en el año 1957 a través de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954⁶⁰ – todavía en vigor-, al establecerse en su art. 21 el deber general de indemnizar por parte de la Administración *“toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*

De manera más reciente, la Constitución Española⁶¹ en su art. 160.2 dispone que *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. En atención a este precepto constitucional, es necesario acudir a la legislación ordinaria para conocer los términos en que dicha responsabilidad puede ser exigida.

Así, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁶² –art. 139 y ss.- establecía la responsabilidad directa y objetiva, manteniendo así en lo esencial el régimen fijado años atrás en la LEF, regulación que se mantiene de manera similar con las reformas acometidas en el año 2015 –mediante la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁶³ y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.⁶⁴

Sin embargo, no todo daño producido con ocasión de la actividad administrativa es en la actualidad indemnizable sino que para ello y de conformidad con el art. 32 LRJSP habrá de ser:

- Antijurídico, de tal manera que el particular no tenga el deber de soportarlo⁶⁵
- Efectivo, por lo que solo serán indemnizables los daños ciertos y reales y no los hipotéticos –lo que no excluye la posibilidad de compensación por el “lucro cesante”.
- Evaluable de manera cierta, lo que no es óbice a la reclamación de daños morales.

⁶⁰ «BOE» núm. 351, de 17 de diciembre de 1954 (en adelante LEF).

⁶¹ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (en adelante CE).

⁶² «BOE» núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

⁶³ «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁶⁴ «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015 (en adelante LRJSP).

⁶⁵ La antijuricidad *“constituye un concepto relativo, pues una misma conducta puede ser antijurídica, o no, dependiendo de cuál sea su alcance y de quién sea el sujeto pasivo”* (BERMEJO CASTRILLO, M.A.: *Responsabilidad civil y delito en el derecho histórico español, op. cita, p. 14*).

- Individualizable, lo que excluye la responsabilidad por daños o perjuicios generales, producidos como consecuencia de la normal actuación de la Administración.⁶⁶

Además, dicho daño ha de poder imputarse a la Administración Pública por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos –excluyendo los supuestos de fuerza mayor-, existiendo una relación de causalidad entre la acción u omisión administrativa y el perjuicio producido.

5.2. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS

Una vez expuesto el régimen general de responsabilidad de la Administración pasará a analizarse de manera más detallada la responsabilidad de la Administración en caso de delito, para lo que es necesario acudir al CP, pues el art. 37 LRJSP dispone que “*La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.*”

En dicha normativa específica, esto es, el CP, se encuentran dos supuestos diferenciados en los que puede tener que responder la Administración de forma subsidiaria, siempre en defecto del autor del ilícito penal, que responderá personal y directamente.

El primero de ellos, el art. 120.3 CP no se refiere únicamente a las Administraciones Públicas sino a la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas, en general, por los delitos “*cometidos en los establecimientos de los que sean titulares*”, de tal manera que la Administración puede llegar a responder por delitos cometidos por terceras personas ajenas a ella en alguno de sus establecimientos “*cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción*”

El segundo supuesto de responsabilidad se prevé en el art. 121 CP. Este se refiere expresamente a las diferentes Administraciones que, cuando se dan determinadas circunstancias, son responsables civiles subsidiarios de los hechos cometidos por el personal a su servicio.⁶⁷

En este segundo artículo se hará especial hincapié, pues sería el que, en el supuesto de hecho, permitiría atribuir la responsabilidad civil subsidiaria al Estado por los hechos ilícitos cometidos por Adriano.

⁶⁶ Vid. sobre estos requisitos, entre otras muchas la STS de 22 de junio de 2012 [RJ 2012\8440]

⁶⁷ Vid. sobre requisitos y caracteres de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por vía del art. 121 CP SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas” en *Anuario de derecho civil*, núm. LXIX, fasc. IV, 2016, pp.99-152., pp. 99-139

De acuerdo con el referido precepto, para la existencia de la responsabilidad subsidiaria de la Administración, es necesario que:

- 1) Exista un anterior hecho delictivo doloso o culposo, asunto que en el supuesto de hecho no cabe duda alguna de que existe, vista la anterior cuestión relativa a la calificación jurídica de las diferentes acciones de Adriano.
- 2) El autor del hecho sea autoridad, agente, contratado de la misma o funcionario público; esto es, que actúe por cuenta de la administración y se halle ligado a ella por una relación de dependencia funcional.

Este requisito puede plantear algunos problemas de delimitación en casos dudosos, como determinado personal contratado ocasionalmente por la Administración, pero no plantea ninguna duda en el caso de Adriano pues los miembros de la Guardia Civil tienen estatuto de funcionario público.⁶⁸

- 3) Por último, para exigir la responsabilidad que se está tratando aquí, es necesario que dichos funcionarios o personal al servicio de la Administración hubiesen actuado, en el momento de cometer el delito, *“en el ejercicio de sus cargos o funciones”* y que la lesión sea *“consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados”*

Es en esta última cuestión donde estriba la complejidad del asunto a resolver, especialmente si se tienen en cuenta las particularidades de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FFCCS en adelante) frente a otros funcionarios; para abordarla, se tratará primero de determinar si la lesión causada empleando el arma de fuego reglamentaria por parte de Adriano puede entenderse consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos y, a continuación, si cuando llevaba a cabo dicha acción Adriano estaba o no actuando en el ejercicio de sus funciones.

Conviene recordar aquí que las FFCCS tienen por misión, según el art. 104 CE *“proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”* y que, para llevar a cabo dichas funciones, según el preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ⁶⁹ *“se hace imprescindible la utilización de armas por parte de los funcionarios de policía”*, utilización eso sí, sometida a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad recogidos en el art. 5.2 de la misma Ley.

Para dar respuesta a esa necesidad de especiales medios en el desempeño de sus funciones, se ha optado por una determinada organización de los servicios de seguridad públicos, según la cual los policías pueden portar las armas reglamentarias en todo momento, incluso cuando están fuera de servicio lo que, si bien y con carácter general

⁶⁸ Vid. al respecto de tal concepto el art. 9 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

⁶⁹ «BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 1986.

redunda en un beneficio para el conjunto de la sociedad, también es cierto que implica ciertos riesgos.⁷⁰

Debido a esto último, puede entenderse que cuando un agente de policía emplea el arma reglamentaria en un hecho delictivo, la Administración tiene una enorme responsabilidad en esa situación, pues al facilitar armas de fuego a todos los funcionarios policiales y darles la posibilidad de portarlas, está generando el riesgo de que sean empleadas para otros fines a los ya mencionados consistentes en proteger el libre ejercicio de derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.⁷¹

Se emplearía, por tanto, un criterio de imputación de responsabilidad a la Administración, no por culpa o negligencia sino por riesgo, al haber optado ésta, de entre las distintas posibilidades de organización del servicio de seguridad pública, por una en concreto con la que se genera un elevado riesgo de uso indebido de las armas de fuego.⁷²

En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en diferentes ocasiones, tanto la Sala Segunda como la Tercera del TS, pudiendo encontrar pronunciamientos en este sentido ya en la década de los 90 como, por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 1993⁷³ en la que se afirma que, en relación a la posibilidad de portar armas en cualquier momento por parte de los funcionarios policiales ello *“comporta la creación de un peligro, ciertamente permitido, pero cuyos excesos por parte del funcionario no pueden ser desconectados del ámbito de responsabilidad de la Administración. En efecto, es indudable que en la medida en la que la Administración crea un riesgo prácticamente incontrolable, pues lo pone en manos de personas que pueden actuar más allá de los límites del peligro permitido, sin estar sometidos a ninguna medida de seguridad de parte del Estado, es indudable que también debe responder por tales excesos, implícitos en el riesgo creado”*.

En este mismo sentido, pueden encontrarse pronunciamientos posteriores como la STS de 19 de julio de 2001 de la Sala Contencioso-Administrativa⁷⁴ en la que se refiere, en relación a un policía nacional fuera de servicio, que el hecho de portar su arma reglamentaria fue *“el elemento determinante del final luctuoso del suceso”* y que, en relación al sistema de organización de los cuerpos policiales mediante el cual pueden sus miembros portar el arma aun fuera de servicio, *“lo cierto es que se trata de un sistema organizativo del que resultan gravísimos riesgos (...) si a pesar de ello el sistema se mantiene, ha de presumirse que se debe a que la Administración entiende que el funcionamiento global del servicio así lo exige y consecuentemente debe de asumir el*

⁷⁰ Así es señalado entre otras, en la STS de 8 de febrero de 2005 [RJ 2005\1661]

⁷¹ Vid. SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad” en *Revista catalana de dret públic*, n° 52, 2016, pp.129-147, pp.133-137

⁷² Vid. al respecto, DORRONSORO MARTÍN, P.: “La responsabilidad por actuaciones policiales” en AA VV *Manual de Responsabilidad Pública*, (FRÍAS RIVERA, R., Coord. y DE FUENTES BARDAJÍ, J., Dir.) Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 821-827, pp. 822-824.

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

⁷⁴ STS de 19 de julio de 2001 [RJ 2001\8018] aunque idénticos pronunciamientos pueden encontrarse en otras resoluciones posteriores como la STS de 8 de febrero de 2005 [RJ 2005\1661], también de la Sala Contencioso-Administrativa o la reciente SAP de Madrid de 16 mayo de 2017 [ARP 2017\868]

hacerse cargo de la responsabilidad por los resultados lesivos o dañosos de los hechos en los que concurra como factor esencial la forma en que ha considerado necesario organizar el servicio, porque en definitiva tales resultados serán imputables a su funcionamiento. Como queda indicado, esta circunstancia fue la prevalente en las lesiones del demandante, por lo que sí existe relación de causalidad entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido”.

A la luz de lo hasta ahora expuesto, puede afirmarse que efectivamente la Administración genera un riesgo al permitir a los agentes de policía portar un arma en cualquier momento, de lo que se deriva que, cuando dicha arma reglamentaria sea empleada para actividades delictivas, cabe la imputación a la Administración de responsabilidad por la organización y funcionamiento de los servicios públicos.

Sin embargo, ello no debe conducir directamente, en todo hecho ilícito cometido por un agente de la autoridad con su arma reglamentaria, a la exigencia de responsabilidad a la Administración únicamente por el riesgo creado, pues se estaría ignorando el otro requisito establecido en el art. 121 CP y es que el delito habrá de cometerse en el ejercicio de las funciones públicas.⁷⁵

Queda por tanto, una vez visto que se cumplen los restantes requisitos del art. 121 CP, analizar si la conducta de Adriano es encuadrable en una actuación en el ejercicio de funciones públicas para, en caso afirmativo poder atribuir al Estado la responsabilidad civil subsidiaria por sus acciones.

Dicha circunstancia resulta, con carácter general, más difícil de dilucidar para los agentes de policía en atención a la especial naturaleza del servicio público que desempeñan frente a funcionarios de otro tipo.

Para ello, es ineludible hacer referencia al art. 5.4 LOFCS según el cual los agentes de policía “*deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana*” por lo que, un policía, en cualquier momento que observe una actuación delictiva puede y debe actuar, “reconectándose” de esta forma con el servicio.

Esto ha derivado en una variada jurisprudencia, bastante casuística, y no siempre unánime para determinar cuándo la actuación de un agente de la autoridad fuera de servicio es encuadrable en el ejercicio de sus funciones o cuando, al contrario, este actúa únicamente como sujeto privado.

De esta manera y con carácter general, se ha venido aceptando la responsabilidad patrimonial de la Administración en aquellos casos en los que un agente, a pesar de encontrarse libre de servicio, realice acciones tales como identificación de sujetos, detenciones o mismamente identificarse como agente de la autoridad, al entenderse que

⁷⁵ Vid. al respecto y en igual sentido BUSTO LAGO, J.M: “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas” en: REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (coords.) *Tratado de Responsabilidad civil* (Vol. II), Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 1983-1986.

en tales casos y, en concordancia con el art. 5.4 LOFCS, actúa en el ejercicio de sus funciones y, por tanto, existe funcionamiento de la Administración.⁷⁶

Sin embargo, en aquellos supuestos de actuaciones que se realicen de manera totalmente “privada” no parece apropiado declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, pues aunque sea protagonista un funcionario público, lo es en total desconexión con el servicio.

En este último sentido se pronunció la AN en el año 2000⁷⁷ y el TS en Sentencia de 5 de julio de 2002,⁷⁸ estableciendo una doctrina que poco después se consolidaría en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2002⁷⁹, de evidente y profunda influencia posterior y que se mantiene en la actualidad.⁸⁰

En el referido acuerdo se expone que, en relación al porte de armas por funcionarios policiales, *“el riesgo generado con el hecho de portarla sí 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”*, no obstante lo cual, *“el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado”*, excluyéndose esta en aquellos casos referidos a conductas estrictamente privadas, en las que el daño causado no sea *“una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad”*. En este tipo de supuestos se incluyen expresamente *“las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él.”*

Por último se establece que, no obstante lo anterior, en aquellos casos en los que existan *“datos debidamente acreditados, de que el arma debió habérsela retirado al funcionario por carencia de las condiciones necesarias para su posesión”*, el Estado responderá igualmente de forma subsidiaria.

⁷⁶ Vid. entre otras, STS de 19 de septiembre de 2003 [RJ 2003\7700] en la que un agente, en un principio fuera de servicio y a raíz de una discusión, se identifica como policía frente a unos jóvenes con su placa y carné profesional, exhibiendo además su arma reglamentaria y realizando de manera injustificada un disparo intimidatorio contra la pared por lo que es condenado en la sentencia de instancia por amenazas, ratificando el TS que sí procede la declaración del Estado como responsable civil subsidiario.

⁷⁷ En tal sentido se pronuncia la SAN de 20 de octubre de 2000 [JUR 2000\312414], en un caso en el que, durante el transcurso de una discusión, un policía nacional dispara con su arma reglamentaria a la persona enfrentada sin identificarse como policía, de tal manera que *“no se produce la culpa o anormalidad del servicio, ni tampoco que los hechos se produjeran con ocasión del mismo, ya que el funcionario iba vestido de paisano y se encontraba fuera de servicio”*.

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

⁷⁹ Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 17 de julio de 2002 [JUR 2002\195351]

⁸⁰ Vid., por ejemplo la STS de 13 junio de 2016 [RJ 2016\2736], de especial interés para el supuesto de hecho al presentar un caso muy similar, en el que un agente de la Guardia Civil mata a su esposa en el domicilio conyugal con el arma reglamentaria y se niega la existencia de responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

5.3. DETERMINACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PRESENTE SUPUESTO

En vista de todo lo anterior, y tomando en especial consideración la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, cabe concluir que, en el supuesto a enjuiciar, la conducta de Adriano no puede provocar el nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

A dicha conclusión se llega por las razones ya expuestas hasta ahora: su conducta se desarrolla en un ámbito estrictamente privado –de manera particular, en el propio domicilio del agente y contra sus familiares, circunstancias ambas en las que el acuerdo de Pleno citado excluye la responsabilidad del Estado- y porque, aunque la Administración genere un riesgo al poner en sus manos un arma de fuego, Adriano efectúa los disparos en un supuesto de completa desconexión con el servicio, *“del mismo modo en que pudiera hacerlo otro ciudadano que también la tuviera, o como podría haber utilizado otro tipo de arma (...)lo que no se puede entender como un caso de que el riesgo derivado de la organización del servicio de seguridad pública se hubiera concretado”*.⁸¹

Por último conviene precisar que, frente a esta conclusión puede objetarse que sí debería declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, con causa en el estado psicológico de Adriano, al ser posible que persistiesen en él parte de los síntomas que llevaron a que fuese retirado temporalmente del servicio activo y ello le llevase, en el día de los hechos, a disparar contra su cónyuge; encontrando ello amparo en el último motivo del Acuerdo de Pleno, que se refiere al deber de la Administración de retirar el arma en estos casos.

Sin embargo, tal idea debe ser desechada toda vez que no existe ninguna referencia en el relato fáctico a posibles irregularidades en el proceso de evaluación psicológica de Adriano para su reincorporación al servicio activo y, partiendo de la diligencia esperada y buen hacer de los facultativos responsables, no existe ningún indicio y mucho menos *“datos debidamente acreditados”* de que Adriano no se encontraba en condiciones de portar un arma y, por tanto, no puede atribuirse a la Administración responsabilidad por culpa *in vigilando* respecto del personal escogido para prestar servicio en la misma.

⁸¹ Palabras estas de la antecitada STS de 5 de julio 2002 [RJ 2002\7936] en la que se desestima la posibilidad de atribuir al Estado responsabilidad civil subsidiaria por unos hechos muy similares a los aquí tratados, en los que un policía nacional mata a su cónyuge en el domicilio familiar y con el arma reglamentaria; esta sentencia es emitida con anterioridad al Acuerdo de Pleno expuesto, en el que se fija la doctrina en ella establecida.

6. DETERMINE LAS CUESTIONES PENITENCIARIAS RELACIONADAS CON EL GRADO DE TRATAMIENTO Y CENTRO DE DESTINO, DERIVADAS DE UNA POSIBLE CONDENA A PENA DE PRISIÓN DEL CABO PRIMERO DE LA GUARDIA CIVIL.

Para abordar esta cuestión es necesario recordar que, según el art. 25.2 CE, las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad “*estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*”.

A partir de tal mandato constitucional se ha enfocado el sistema penitenciario español hacia la reinserción social y no únicamente hacia la punición de las conductas penalmente reprochables.⁸²

En esta línea, el Legislador aprobó la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria⁸³ y, posteriormente, el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario⁸⁴, normas fundamentales y centrales en materia penitenciaria que, sin embargo, no abarcan toda la regulación de la materia penitenciaria, realizada en muchos casos mediante Instrucciones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP en adelante) u órdenes internas que difícilmente comulgan con el principio de legalidad.⁸⁵

6.1. CUESTIONES DE TRATAMIENTO

Una definición legal de tratamiento aparece contenida en la LOGP, concretamente en su art. 59 se dispone que “*El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados*” cuyo objetivo es “*hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades.*”

El mismo tiene carácter voluntario, desprendiéndose ello de la lectura conjunta del art. 61 LOGP, según el cual “*se fomentará que el interno participe en la planificación de su tratamiento..*” así como que “*serán estimulados (...) el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento...*” y del art. 112 RP, en el que igualmente se recoge que “*Se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento*” pero que, en caso de negativa de este a someterse a técnicas de estudio de

⁸² Vid. al respecto de la evolución del sistema penitenciario español una vez en democracia RIVERA BEIRAS, I.: *La cuestión carcelaria: Historia, epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 299-328.

⁸³ «BOE» núm. 239, de 5 de octubre de 1979 (en adelante LOGP).

⁸⁴ «BOE» núm. 40, de 15 de febrero de 1996 (en adelante RP).

⁸⁵ Vid. al respecto CAROU GARCÍA, S.: “El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2017.

su personalidad –imprescindibles para el tratamiento-, ello no podrá tener consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado.

De este modo se considera según la LOGP el tratamiento como objetivo primordial hasta el punto de disponer que se subordina el régimen penitenciario al mismo, de tal manera que, el fin de las funciones regimentales, es lograr el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento por lo que las mismas deben ser consideradas como medios para ello y no como finalidades en sí mismas.⁸⁶

En cuanto a los principios básicos que inspiran el tratamiento aparecen, con carácter general, recogidos en el art. 62 LOGP y son los siguientes:

- Estará basado en el estudio científico de la personalidad del interno
- Contará con un diagnóstico de personalidad criminal
- Será individualizado
- Será complejo
- Será programado
- Será continuo y dinámico

En relación igualmente con el tratamiento, se establece en el art. 110 RP el deber de la Administración Penitenciaria –y no la posibilidad o facultad- de elaborar programas formativos y emplear las técnicas de carácter psicosocial más apropiadas a cada interno, todo ello con la finalidad de favorecer la reinserción del mismo.

Por último, se dispone en el mismo artículo, que el tratamiento *“potenciará y facilitará los contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción”*, lo que guarda estrecha relación con el establecimiento penitenciario al que se destine al interno, cuestión que se abordará al final de este trabajo.

Una vez expuesto en qué consiste genéricamente el “tratamiento penitenciario” procede exponer los distintos programas a los que tendría acceso Adriano, distinguiéndose entre programas generales o de tratamiento específico. Este conjunto de actividades a realizar por el interno han de figurar en el Programa Individualizado de Tratamiento -elaborado por la Junta de Tratamiento⁸⁷, previo informe del Equipo Técnico-, el cual tratará sobre *“aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional, aplicación de*

⁸⁶ Art. 71 LOGP.

⁸⁷ Este órgano aparece configurado –arts. 272 y 273 RP- como órgano rector del tratamiento de la población penada, y de la intervención respecto de los presos preventivos, decidiendo generalmente sobre propuestas realizadas por los Equipos Técnicos. En cuanto a su composición, está presidida por el Director del Centro penitenciario y compuesta por los siguientes miembros: El Subdirector de Tratamiento o Subdirector Jefe de Equipo de Tratamiento en los Centros de Inserción Social independientes; el Subdirector Médico o Jefe de los Servicios médicos; el Subdirector del Centro de Inserción Social, en los Centros de Inserción Social dependientes; los Técnicos de Instituciones Penitenciarias que hayan intervenido, en su caso, en las propuestas sobre las que se delibere; un trabajador social, que haya intervenido sobre las propuestas sobre las que se delibere; un educador o coordinador del Centro de Inserción Social que haya intervenido en las propuestas; un Jefe de Servicios, preferentemente el que haya intervenido en las propuestas.

*medidas de ayuda, tratamiento y las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la liberación.”*⁸⁸

Los programas de tipo general pueden encontrarse en la página web de Instituciones Penitenciarias⁸⁹ y abarcan distintas áreas: programas de ocio y cultura, para fomentar la creatividad de los internos, así como evitar su desconexión con el entorno cultural exterior – así, por ejemplo, programas ocupacionales como manualidades-; programas de deporte; de enseñanza reglada y de formación⁹⁰ o de trabajo e inserción laboral.

Por otra parte, existen distintos tipos de programas específicos, dirigidos a internos con una problemática específica y común, entre los cuales se encuentran el programa de alcoholismo, de prevención de suicidios, de seguridad vial, y, entre otros, el programa especial de violencia de género o Programa de Intervención para Agresores (PRIA)⁹¹, publicado en mayo de 2010 por la SGIP, y que se lleva a cabo en la mayoría de prisiones de nuestro país. Este programa, en atención a los delitos cometidos por Adriano, sería adecuado para su reinserción social –si bien recuérdese es de carácter voluntario⁹², a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en determinados supuestos de suspensión de la pena, donde la misma se condiciona a la realización de determinados programas como el mencionado-.

Este programa PRIA tiene una duración variable, de seis meses a un año –lo que implica un número de sesiones de entre 25 y 50, en función de la intensidad- y se encuentra dividido en dos bloques diferenciados, primeramente “*se trabajan variables clínicas que el participante debe conocer y aprender a manejar antes de iniciar el análisis de las conductas violentas*” y, a continuación, en el segundo bloque se abordan las diferentes manifestaciones de la violencia de género. De esta forma, a través de once unidades de intervención, se tratan aspectos tales como la Identificación y expresión de emociones, la empatía con la víctima, la violencia física y el control de la ira o la prevención de recaídas en relación con la violencia de género.

⁸⁸ Así se recoge en el art. 20.2 RP.

⁸⁹ Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/> Último acceso 15 de junio de 2018.

⁹⁰ Para lo cual instituciones penitenciarias ha firmado un convenio con la Universidad Nacional a Distancia (UNED), para la realización del *Programa de Estudios Universitarios en Centros Penitenciarios*.

⁹¹ Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/publicaciones.html> Último acceso 15 de junio de 2018.

⁹² A pesar de este carácter voluntario, según Sordi Stock la buena evolución de los internos en estos programas “*redundaría en la concesión de mayores cuotas de libertad y en mayor sentimiento de confianza de que no volverán a delinquir, mientras que el fracaso incidiría, por ejemplo, en el retraso de la progresión de grado o en el retraso de la concesión de permisos*” por lo que la posibilidad de someterse al mismo, aunque sea voluntaria sí es implica indirectamente cambios en la situación del interno. (SORDI STOCK, B.: “Programas para agresores de violencia de género en prisión: ¿avanzamos o caminamos en círculos?” en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XXXVI, 2016).

Por otra parte, inequívocamente ligados al tratamiento, aparecen los conceptos de clasificación y régimen penitenciario.⁹³

La clasificación penitenciaria puede definirse como el conjunto de actuaciones de la Administración Penitenciaria sobre un interno que concluye con una resolución (inicial o bien de cambio de otra anterior), susceptible de control jurisdiccional, y que sirve para la necesaria separación y distribución de los internos en Centros penitenciarios, y dentro de cada centro en uno u otro grado o fase, para adecuar en cada momento la persona y su tratamiento.⁹⁴

Esta clasificación se refiere únicamente a los internos penados, esto es, condenados por sentencia firme a una pena privativa de libertad y se lleva a cabo tras un período de observación, que no consta de una duración mínima establecida legalmente, sino que únicamente se refiere que la misma ha de ser adecuada (art. 102.1 RP) y que el testimonio de la sentencia haya llegado a la cárcel, momento desde el cual la Junta de Tratamiento dispone de dos meses para formular una propuesta de clasificación al Centro Directivo (art. 103.2 RP), que deberá resolverla de forma motivada y por escrito en el idéntico plazo de dos meses, a contar desde su recepción (art. 103.4 RP).⁹⁵

En cuanto a las posibles clasificaciones resultantes de la observación son tres y aparecen recogidas en el art. 101 RP:

- *Segundo grado, que implica la aplicación de las normas correspondientes al régimen ordinario de los Establecimientos.*
- *Tercer grado, que determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades.*
- *Primer grado, que determina la aplicación de las normas del régimen cerrado.*

Asimismo, si bien en ocasiones se denomina a la Libertad Condicional cuarto grado, la misma no puede ser considerada como tal a la luz de la vigente regulación (RP y LOGP vigentes).⁹⁶

⁹³ Así aparece recogido en la Instrucción 9/2007 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre Clasificación y Destino de Penados, en la que se habla de la “*unión de grado y programa de tratamiento, en esta concepción dinámica de un proceso único (...)*”

⁹⁴ MIR PUIG, C.: *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 105.

⁹⁵ Esta es la regla general, si bien de acuerdo con el art. 103.7 RP en condenas no superiores a un año de prisión –lo que no sucede en el caso de Adriano– la propuesta de clasificación inicial formulada por la Junta de Tratamiento, adoptada unanimidad tendrá la consideración de resolución de clasificación inicial –salvo cuando se haya propuesto el primer grado de tratamiento.

⁹⁶ ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. K.; PASCUAL RODRÍGUEZ, E.; RÍOS MARTÍN, J.C. (Dir. y coord.): *Manual de ejecución penitenciaria*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016, p. 136.

En cuanto a la clasificación inicial que se le da a un interno, de acuerdo con el art. 72.3 LOGP, en nuestro sistema penitenciario, no es necesario el paso por todos los grados, en una “progresión” hacia una mayor libertad, sino que *“siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden.”*⁹⁷

En lo relativo a la justificación para clasificar a un interno en uno u otro grado, si bien se recogen en el art. 63 LOGP una serie de criterios⁹⁸, la concreción de los mismos y el mayor peso de unos u otros dependerá de cada caso particular, si bien en la Instrucción 9/2007⁹⁹ se establecen *“unas directrices que orienten a los Equipos y Juntas de tratamiento (...) unificando criterios de actuación”*. Aplicando estas directrices al caso, no parecen concurrir en Adriano las circunstancias que justificarían la aplicación del 1º ni del 3º grado.

Del primer grado se destaca en dicha Instrucción que no supone una sanción y su objetivo, por tanto, es lograr *“en el menor tiempo posible, la reincorporación del interno al régimen ordinario”*, por lo que habrá de ser aplicado de manera excepcional, debido a su fuerte acción desocializadora y únicamente cuando no existan otras soluciones posibles; habrá de ser además una clasificación transitoria –hasta que el interno pueda vivir en el régimen ordinario- y subsidiaria –, lo que exige descartar posibles patologías psiquiátricas-.

Respecto a los factores a tener en cuenta para la aplicación de este primer grado destacan tres:

- Valoración de los hechos objetivos a la luz de los criterios anteriormente citados del art. 102.5 RP –historial familiar, social, etc.-
- Personalidad del interno, relacionada con su trayectoria anterior, su potencial de peligrosidad, su capacidad de liderazgo, edad, nivel de agresividad desarrollada, antecedentes psiquiátricos, etc...
- Circunstancias descriptivas en el contexto de la situación –delito cometido individualmente o en grupo, entre otros-.

Por su parte, del 3º grado se afirma que no es un beneficio penitenciario sino una modalidad ordinaria de cumplimiento de condena, *“a la que deben ir destinados, bien*

⁹⁷ Esto no obstante presenta una importante excepción, la del denominado período de seguridad, contemplado en el art. 36.2 CP según el cual, cuando la pena impuesta sea superior a cinco años de prisión –lo que no sucede en el caso de Adriano-, *“el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta”*.

⁹⁸ Art. 63 LOGP: *“La clasificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.”* Los mismos criterios son repetidos en el art. 102.2 RP.

⁹⁹ Instrucción SGIP 9/2007 de 21 de mayo de 2007.

inicialmente o cuando su evolución así lo permita, todos aquellos internos que presenten una capacidad de inserción social positiva.”

Aunque el mismo es generalmente aplicado de manera posterior al ingreso en prisión, en función de la evolución dentro del establecimiento penitenciario de los internos, es posible la clasificación inicial en tercer grado, si bien para ello el penado debe presentar un *“pronóstico de reincidencia medio bajo a muy bajo”*, así como la ausencia de factores de inadaptación significativos.

Para apreciar que no existe un alto riesgo de reincidencia se exponen en la referida Instrucción una serie de factores que no parecen concurrir en el caso de Adriano como que la condena no sea superior a 5 años –podría llegar a 5 años- o el apoyo familiar –se encuentra condenado por graves lesiones a su mujer-.

En vista de lo expuesto y, a pesar, de que las características mencionadas habrán de ser examinadas por el personal especializado, lo más probable es que Adriano fuese clasificado en segundo grado, ya que en el mismo se encuentran aquellos *“en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad”*. Además esto suele ser lo más frecuente.¹⁰⁰

Por otro lado, es necesario aclarar que esta clasificación que se acaba de exponer es diferente de la inicial separación que se hace de los internos inmediatamente, y con carácter provisional, tras su entrada, momento en el cual, conforme al art. 16 LOGP se les separará *“teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental”* y que, respecto de los miembros de las FFCCSS como Adriano, se observará la legislación correspondiente –en especial, art. 8 LOFCS como se expondrá más adelante- .¹⁰¹

Una vez se ha determinado que Adriano sería clasificado previsiblemente en segundo grado, es necesario explicar que el mismo no sería un interno cualquiera, sino que, de su condición de miembro de la Guardia Civil, se derivarían una serie de particularidades a su paso por prisión.

De este modo, conviene traer a colación el art. 8 LOFCS según el cual, el cumplimiento de las penas privativas de libertad por parte del personal perteneciente a las FFCCSS, se realizará *“en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de detenidos o presos”*.

¹⁰⁰ Así según estadísticas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en abril de 2018, de un total de 49.466 internos bajo su control, 36. 827 se encontraban clasificados en 2º grado mientras que únicamente 1.015 lo estaban en 1º grado y 7.541 en 3º grado.

¹⁰¹ CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho penitenciario* [Recurso electrónico], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p.199.

Asimismo, es de especial relevancia el régimen FIES (Fichero de Internos de Especial Seguimiento), instaurado en 1991¹⁰² y regulado en la actualidad por la Instrucción 12/2011¹⁰³. Este régimen surge, según la referida Instrucción, para disponer de una amplia información sobre internos requeridos de alto seguimiento, ya sea por su alta peligrosidad como por la protección que requieren, con la finalidad de contribuir a la seguridad y al cumplimiento de otras funciones asignadas a la Administración Penitenciaria. Este régimen encuentra en la actualidad respaldo en la reforma del RP operada por el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero¹⁰⁴; de tal manera que dicha reforma viene “*a dotar de una cobertura reglamentaria expresa al fichero de internos de especial seguimiento*”, cuya finalidad es, como se ha dicho, la de garantizar la seguridad y el orden en los centros así como la integridad de los reclusos.

Su carácter administrativo, fue ampliamente criticado años atrás,¹⁰⁵ porque la inclusión en el mismo suponía, de facto, importantes cambios en la vida del interno –así por ejemplo menor privacidad en las comunicaciones, cambios habituales de celda e incluso de centro- No obstante, en la referida Instrucción de 2011, se dice expresamente que, la inclusión en este Fichero “*no determinará por sí misma la asignación de un régimen de vista distinto de aquél que le corresponda reglamentariamente.*”

En cuanto a las personas que son merecedoras de integrarse en tales ficheros, son aquellos internos, o bien especialmente peligrosos, o bien necesitados de especial protección, distinguiéndose cinco grupos distintos de FIES: FIES-1 de Control Directo –internos especialmente conflictivos y peligrosos-; FIES-2 de Delincuencia Organizada; FIES-3 de Bandas Armadas; FIES-4, que se expondrá a continuación y, por último, FIES-5, de internos con características especiales.

De estos grupos, Adriano se encontraría incluido en el FIES-4, pues es el destinado a aquellos internos que sean o hayan sido miembros de las FFCCSS –Guardia Civil, en este supuesto- pero también funcionarios de Instituciones Penitenciarias.

¹⁰² Orden-Circular SGIP de 6 de marzo de 1991.

¹⁰³ Instrucción 12/2011 de SGIP, de 29 de julio de 2011.

¹⁰⁴ «BOE» núm. 73, de 26 de marzo de 2011.

¹⁰⁵ Vid. al respecto de la evolución de estos ficheros así como de la naturaleza de los mismos ARRIBAS LÓPEZ, E.: “Fichero de internos de especial seguimiento (FIES): Incidencia de la reforma del reglamento penitenciario y de la normativa administrativa interna posterior” en *La Ley penal*, nº 96-97, septiembre-octubre, Wolters Kluwer, 2012.

De los FIES destaca la polémica que les rodea desde su creación así como la declaración de nulidad de parte de la Instrucción Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias reguladora de los mismos por la STS de 17 de marzo de 2009 [RJ 2009\3085]

La inclusión de estas personas en dicho fichero¹⁰⁶ se justifica por la especial protección de que son requeridos dentro de prisión –posible animadversión del resto de internos hacia estos colectivos- y comporta unas mayores medidas de control de su actividad y seguimiento más exhaustivo que en relación con el resto de internos.

Por todo ello, cabe concluir que Adriano, será incluido en un FIES-4, a la vez que deberá cumplir condena separado del resto de internos comunes, de conformidad con el art. 8 LOFCS.¹⁰⁷

6.2. CENTRO DE DESTINO

En relación al centro de destino pueden encontrarse distintas referencias a nivel de normativa internacional, todas ellas tendentes a un cumplimiento de la pena en el lugar más próximo posible al de residencia del interno.

Ello encuentra explicación en que es pacíficamente aceptado que el mantenimiento de los lazos familiares y la evitación del desarraigo constituyen elementos fundamentales en la reinserción social de las personas condenadas a penas privativas de libertad.¹⁰⁸

Así, se establece como uno de los *Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, aprobados en el seno de las Naciones Unidas¹⁰⁹; en las Recomendaciones del Consejo de Europa¹¹⁰, en las que se dispone que “*Los internos deben ser destinados a prisiones situadas lo más cerca posible de su domicilio o de su centro de reinserción social.*” y, aunque de manera más indirecta, en el

¹⁰⁶ Dicha inclusión puede ser recurrida por el interno. Vid. sobre la competencia del JVP y de la jurisdicción penal –y no de la Contencioso-Administrativa- sobre el control de la inclusión del interno en estos ficheros, la STS de 29 de junio de 2015 [RJ 2015\4103]

¹⁰⁷ Vid. al respecto SERRANO PATIÑO, J.V.: *El Derecho penitenciario militar español*, Edisofer, Madrid 2016, p. 23: “*En todo caso, conviene señalar que, el militar o guardia civil que haya perdido esta condición será trasladado a un centro penitenciario ordinario, debiéndole separar de los reclusos comunes, siendo además clasificado el guardia civil como FIES-4 (...). Centros penitenciarios que cuentan actualmente con módulos FIES-4 se localizan en Estremera (Madrid), Mairena del Alcor (Sevilla), Albocasser (Castellón), La Rocas del Vallés (Barcelona), Logroño y Monterroso (Lugo).*”

¹⁰⁸ Vid. al respecto MARTÍ OLIVÉ, J. y CID MOLINÉ, J.: “Encarcelamiento, lazos familiares y reincidencia. Explorando los límites del familismo” en *Revista Internacional de Sociología*, Vol 73, Nº1, 2015.

¹⁰⁹ Principio nº del 20 Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 43/179 de 9 de diciembre de 1988.

¹¹⁰ Recomendaciones Consejo de Europea (REC) del Comité de Ministros sobre Reglas penitenciarias europeas (adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros), apartado 17.1.

CEDH al recogerse, en su art. 8, que *“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”*, de tal manera que el centro de destino de un penado no puede ser decidido de manera arbitraria, restringiendo sin motivación este derecho.

En cuanto al ordenamiento jurídico nacional, existen distintas referencias en la legislación básica penitenciaria, preceptos que siempre habrán de ser analizados a la luz del art. 25.2 CE.

Así, en primer lugar, y en concordancia con el mandato constitucional, el art. 12.1 LOGP dispone que se ha de procurar que cada área territorial disponga de los establecimientos necesarios para evitar el desarraigo social de los penados.

Por su parte, el art. 31 RP dispone que es el centro directivo el competente para decidir la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios – sin perjuicio de las atribuciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria por vía de recursos.

Sin embargo y tal como se indicó, el mantenimiento por parte del interno de vínculos familiares y sociales es importante para el tratamiento, pero ello no prevalece sobre todos los demás aspectos del tratamiento, de tal forma que el penado será destinado al *“establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél.”* (art. 63 LOGP).

De esta forma, de acuerdo con la jurisprudencia,¹¹¹ no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún derecho subjetivo de los presos a que cumplan la condena en centros penitenciarios cercanos a su entorno familiar, sin ser ello contrario al principio constitucional del art. 24.2 CE pues, tal y como reconoce el TC¹¹², si bien *“no debe desconocerse la importancia de este principio constitucional, que debe orientar toda la política penitenciaria del Estado (...) no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación”*.

A la vista de lo anterior cabe concluir que en la selección del centro de destino de Adriano, habrá de procurarse que, en la medida de lo posible, cumpla condena en un establecimiento penitenciario cercano a su domicilio si bien ello no supondrá el único criterio, debiéndose tener especialmente presente su condición de FIES-4 y de necesidad de estancia separada del resto de reclusos, además de la disponibilidad de recursos y situación en la que se encuentre cada centro –cabe recordar, en este punto, que son pocos los centros con posibilidad de cumplimiento de FIES-4.¹¹³

¹¹¹ Vid. las SSTS de 2 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5574], en la que se desestima un recurso contra la solicitud de traslado a un centro más cercano al domicilio familiar o la STS de 25 mayo 2011 [RJ 2011\4695] que igualmente recuerda *“No existe entre los derechos reconocidos a los internos por la legislación penitenciaria el de ser destinado a un Centro Penitenciario determinado (art. 3 L.O.G.P.), ni mandato alguno en tal sentido para la Administración”*.

¹¹² STC de 21 de enero de 1987 [RTC 1987\2]

¹¹³ SERRANO PATIÑO, J.V.: *El Derecho penitenciario militar español, op.cit.*, p. 23.

7. CONCLUSIÓN

Una vez dada respuesta pormenorizada a todas las cuestiones planteadas procede traer a colación los aspectos más importantes de cada una.

En primer lugar, respecto a la calificación jurídica de los hechos y sanciones a imponer, se distinguen claramente en las acciones de Adriano la consumación de dos delitos: por un lado, el delito de *stalking* del art. 172 ter CP y, por otro, un delito de lesiones.

El primero de ellos, de reciente incorporación en nuestro ordenamiento, lo lleva cabo entre el 3 de diciembre de 2016 y el 15 de junio de 2017, realizando de manera insistente y reiterada actos de contacto telefónico y de mensajería indeseados así como buscando la cercanía física con Agripina, simulando “encuentros casuales” con ella. Estos actos son objetivamente aptos para provocar una sensación de desasosiego o temor en su cónyuge que la lleve a cambiar sus hábitos y por tanto atentan contra su libertad de obrar.

En cuanto a las lesiones, el día 7 de septiembre de 2017, Adriano dispara a su todavía cónyuge Agripina con ánimo de acabar con su vida pero, al llevar a cabo una conducta posterior tendente a contrarrestar el resultado de muerte –desistimiento activo–, únicamente será penado por las lesiones cometidas. En particular, las mismas revisten los caracteres necesarios para ser agravadas por la vía del art. 148 CP -en atención al empleo de un arma de fuego- así como para la aplicación de las agravantes de alevosía (art. 22.1ª CP), y de parentesco (art. 23 CP), sin que resulte de aplicación ninguna circunstancia atenuante.

En segundo lugar, por tales hechos no cabe atribuir responsabilidad civil subsidiaria al Estado por no cumplirse todos los requisitos que exige el art. 121 CP. De manera más detallada, si bien las lesiones provocadas con el arma reglamentaria sí pueden considerarse como una consecuencia derivada del riesgo de organización de los servicios de seguridad y no hay duda de que Adriano, en tanto miembro en activo de la Guardia Civil es un agente de la autoridad o funcionario público, no puede afirmarse que en el momento de realizar la agresión, en el domicilio familiar, estuviese actuando en el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, existe la posibilidad de que, aún no actuando Adriano en el ejercicio de sus funciones, el Estado debiera asumir la responsabilidad civil subsidiaria por sus acciones debido a una culpa *in vigilando*, por haber debido retirar el arma reglamentaria al agente. Dicha posibilidad debe desestimarse en tanto que Adriano fue dado de alta médica y se encontraba de nuevo en servicio activo, sin que conste ninguna irregularidad en tal proceso.

En tercer lugar, en caso de condena a Adriano a pena de prisión por los delitos cometidos, el mismo ingresaría en segundo grado al ser este el régimen ordinario y no cumplir los requisitos que podrían motivar su clasificación en primer ni en tercer grado de manera directa. Una vez en prisión llevaría a cabo distintos programas de actividades al igual que el resto de internos aunque destaca, en atención a los delitos cometidos, su posible participación –de forma voluntaria- en el Programa de Intervención para Agresores, diseñado para la reinserción social de agresores condenados por delitos de violencia de género.

Asimismo, sería necesario tener en cuenta la condición de miembro de las FFCCSS que ostentaba antes de su ingreso en prisión, lo que le otorga la posibilidad de cumplimiento separado del resto de internos (art. 8 LOFCS) así como determina su inclusión en el grupo FIES-4, para realizar un mayor seguimiento y control de su actividad en prisión. Esta condición de funcionario policial condicionaría además el centro de destino ya que, si bien existe la orientación general de que los internos deben cumplir condena en un establecimiento lo más próximo posible a su domicilio para evitar el desarraigo y favorecer la reinserción, no existe un auténtico derecho subjetivo a ser internado en el centro más cercano, dependiendo ello de otros factores como el tratamiento o la disponibilidad y situación de cada centro penitenciario, debiéndose tener especialmente presente que son pocos los establecimientos disponibles para cumplimiento de penas de FIES-4.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, C.: “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a época, nº 5, UNED, 2011, pp. 13-54.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A., El delito de Stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades. *La Ley Penal*, Nº 105, Noviembre-Diciembre 2013.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Derecho penal español parte especial (I)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- ARRIBAS LÓPEZ, E.: “Fichero de internos de especial seguimiento (FIES): Incidencia de la reforma del reglamento penitenciario y de la normativa administrativa interna posterior” en *La Ley penal*, nº 96-97, septiembre-octubre, Wolters Kluwer, 2012.
- BERMEJO CASTRILLO, M.A.: *Responsabilidad civil y delito en el derecho histórico español*, Dykinson, Madrid, 2016.
- BIELSA CORELLA, M. C.: *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BÓLDOVA PASAMAR, M.A.: “Derecho penal de mínimos: algunas consideraciones sobre el umbral de las prohibiciones penales relativas a lesiones, malos tratos de obra y vejaciones injustas de carácter leve”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª Época, n.º 15, 2016, pp. 13-52.
- BUSTO LAGO, J.M: “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas” en: Reglero Campos, L. F. y Busto Lago, J. M. (coords.) *Tratado de Responsabilidad civil* (Vol. II), Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp.1938-2140.
- CAROU GARCÍA, S.: “El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2017.
- CASTRO LIÑARES, D.: *La pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho penitenciario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V., «Acoso y Derecho Penal», en *Eguzkilore*, nº 25, San Sebastián, 2011.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: “Las lesiones”, en AAVV, *Sistema de Derecho Penal Parte Especial* (Morillas Cueva, L., Dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 67-98
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Derecho Penal español. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DORRONSORO MARTÍN, P.: “La responsabilidad por actuaciones policiales” en AA VV *Manual de Responsabilidad Pública*, (FRÍAS RIVERA, R., Coord. y DE FUENTES BARDAJÍ, J., Dir.) Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 821-827. AA V
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. K.; PASCUAL RODRÍGUEZ, E.; RÍOS MARTÍN, J.C.(dir. y coord.): *Manual de ejecución penitenciaria*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016.
- FÁTIMA PÉREZ, F.: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 2008 .
- FERNANDEZ-FONTECHA, M.: *Los límites del poder: la responsabilidad patrimonial del Estado*, Eolas, León, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. II), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MARTÍ OLIVÉ, J. y CID MOLINÉ, J.: “Encarcelamiento, lazos familiares y reincidencia. Explorando los límites del familismo” en *Revista Internacional de Sociología*, Vol 73, Nº1, 2015.
- MARZABAL MANRESA, I.: “El animus necandi y factores de riesgo en el delito de asesinato de pareja o ex pareja. predicción de la violencia” en *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 2013, pp. 439-452.
- MIR PUIG, C.: *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2015
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 565-568.
- QUERALT GIMÉNEZ, J. J.: *Manual derecho penal español, parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, en AAVV *Responsabilidad civil “ex delicto”* (PRADO PÉREZ, J.M., Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 15-46
- RIVERA BEIRAS, I.: *La cuestión carcelaria: Historia, epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo: Parte General*, Tecnos, Madrid, 2017.
- SERRANO PATIÑO, J.V.: *El Derecho penitenciario militar español*, Edisofer, Madrid 2016.
- SORDI STOCK, B.: “Programas para agresores de violencia de género en prisión: ¿avanzamos o caminamos en círculos?” en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XXXVI, 2016.
- SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad” en *Revista catalana de dret públic*, nº 52, 2016, pp.129-147.
- SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas” en *Anuario de derecho civil*, núm. LXIX, fasc. IV, 2016, pp.99-152.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- VILACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de stalking”, en *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y cib eracoso*, Luis Lafont Nicuesa (Coord.), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 205- 248
- VILACAMPA ESTILARTE, C.: *Stalking y Derecho Penal , Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009.
- VILLACAMPA ESTIARTE C.: “La respuesta Jurídico-Penal frente al stalking en España: Presente y futuro” en *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, núm. 4, 2010, pp. 33-57.

9. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional:

- STC de 21 de enero de 1987 [RTC 1987\2]

Tribunal Supremo:

Sentencias:

- STS de 21 de diciembre de 1993 [RJ 1993\9589]
- STS de 19 de julio de 2001 [RJ 2001\8018]
- STS de 5 de julio de 2002 [RJ 2002\7936]
- STS de 19 de septiembre de 2003 [RJ 2003\7700]
- STS de 22 de enero de 2004, [RJ 2004\1118]
- STS de 22 enero de 2004 [RJ 2004\2171]
- STS de 8 de febrero de 2005 [RJ 2005\1661]
- STS 24 de febrero de 2005 [RJ 2005\3545]
- STS 19 de diciembre de 2007 [RJ\2008\353]
- STS de 26 de noviembre de 2008 [RJ 2008\7134]
- STS de 23 de octubre de 2008 [RJ 2008\6958]
- STS de 22 de julio de 2010 [RJ 2010\7477]
- STS de 22 de febrero de 2011 [RJ\2011\1972]
- STS de 14 de abril de 2011 [RJ 2012\10534]
- STS de 25 mayo 2011 [RJ 2011\4695]
- STS de 30 mayo de 2012 [RJ 2012\6569]
- STS de 22 de junio de 2012 [RJ 2012\8440]
- STS de 31 de octubre de 2012 [RJ 2012\10571]
- STS de 6 marzo de 2013 [RJ 2013\5013]
- STS de 19 de julio de 2013 [RJ 2013\6430]
- STS de 20 de mayo de 2014 [RJ 2014\2823]
- STS de 25 de febrero de 2015 [RJ\2015\2672]
- STS de 29 de junio de 2015 [RJ 2015\4103]
- STS de 13 junio de 2016 [RJ 2016\2736]
- STS de 2 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5574]
- STS de 3 noviembre de 2016 [RJ\2016\5202]
- STS de 8 de mayo de 2017 [RJ\2017\2385]
- STS de 12 julio de 2017 [RJ\2017\4136]
- STS de 30 de noviembre de 2017 [RJ 2017\5566]

Acuerdos de Pleno:

- Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 15 febrero de 2002 [JUR 2002\132118]
- Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 17 de julio de 2002 [JUR 2002\195351]

Audiencia Nacional

- SAN de 20 de octubre de 2000 [JUR 2000\312414]

Audiencia Provincial

- SAP de Madrid de 16 mayo de 2017 [ARP 2017\868]

Juzgado de Instrucción

- SJI de Tudela de 23 de marzo de 2016 [ARP\2016\215]

10. REPERTORIO NORMATIVO

LEGISLACIÓN

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 *por el que se publica el Código Civil*. «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889.
- Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. «BOE» núm. 351, de 17 de diciembre de 1954.
- Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*. «BOE» núm. 239, de 5 de octubre de 1979.
- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, *de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. «BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 1986.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. «BOE» núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario*. «BOE» núm. 40, de 15 de febrero de 1996.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. «BOE» núm. 313 de 29 de diciembre de 2004.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público*. «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

NORMATIVA INTERNACIONAL

- *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 43/179 de 9 de diciembre de 1988.
- *Recomendaciones Consejo de Europea REC del Comité de Ministros sobre Reglas penitenciarias europeas* (adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros).
- *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

DOCUMENTOS PENITENCIARIOS

- Orden-Circular SGIP de 6 de marzo de 199.
- Instrucción SGIP 12/2011 de 29 de julio de 2011.
- Instrucción SGIP 9/2007 de 21 de mayo de 2007.
- Programa de intervención para agresores (PRIA), Documentos penitenciarios nº7, mayo, 2010. Disponible en:
<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/publicaciones.html>