



**UNIVERSIDADE
DA CORUÑA**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Grado en Derecho, 4º curso

VIOLENCIA DE GÉNERO

VIOLENCIA DE XÉNERO

GENDER VIOLENCE

Alumna: Raquel Varela González

Tutor/a: Sara Carou García

1. Abreviaturas

AH: Antecedente de Hecho

BOE: Boletín Oficial del Estado

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

CPM: Código Penal Militar

FGE: Fiscalía General del Estado

FIES: Fichero de Internos de Especial Seguimiento.

FJ: Fundamento Jurídico

LCS: Ley de Contrato de Seguro

LO: Ley Orgánica

LOFCS: Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria

MF: Ministerio Fiscal

Res.: resolución

RP: Reglamento Penitenciario

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJPI: Sentencia del Juzgado de Instrucción

STMT: Sentencia del Tribunal Militar Territorial

TICs: Tecnologías de la Información y la Comunicación

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

INDICE

1. Antecedentes de hecho.....	p.3
2. Calificación jurídica de los hechos y posibles sanciones a imponer.....	p.4
2.1.El delito de <i>stalking</i>	p.4
a) Evolución histórica del <i>stalking</i>	p.4
b) Concepto de <i>Stalking</i> y su inclusión en el Código Penal español.....	p.5
c) Interpretación del delito por diferentes autores.....	p.8
d) El acoso cibernético.....	p.12
e) Características de la conducta de <i>Stalking</i> y los diferentes tipos de acosador.....	p.14
f) Las consecuencias punitivas del acoso.....	p.16
2.2.El delito de lesiones.....	p.17
a) La diferencia entre <i>animus necandi</i> y <i>animus laedendi</i>	p.18
b) Homicidio/asesinato en grado de tentativa. Desistimiento.....	p.19
c) Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Atenuantes.....	p.23
d) Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes.....	p.24
2.3.Conclusión. Concurso real de delitos.....	p.28
3. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por empleo del arma reglamentaria.....	p.30
3.1.La responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Tipificación.....	p.30
3.2.Requisitos de la caracterización de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.....	p.31
3.3. Evolución jurisprudencial y doctrinal en la materia.....	p.32
3.4.El ámbito privado del agente.....	p.34
3.5.Conclusión.....	p.36
4. Cuestiones penitenciarias.....	p.37
4.1.Principio <i>non bis in ídem</i>	p.37
4.2.Centro penitenciario de destino.....	p.38
4.3.El Fichero de Internos de Especial Seguimiento.....	p.40
4.4.Grado de tratamiento.....	p.41
4.5.Conclusiones.....	p.42
5. Conclusiones finales.....	p.42
6. Apéndice jurisprudencial.....	p.46
7. Bibliografía.....	p.46

1. 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

2. Calificación jurídica de los hechos y posibles sanciones a imponer.

2.1. Delito de *stalking*

En primer lugar, es necesario atenerse a los hechos ocurridos en el período del 3 de diciembre al 15 de junio. Se trata de un **delito de Stalking**, en español también llamado acoso de acecho o predatorio, tipificado en el artículo 172 ter, concretamente en los apartados 1.2º y 2.

a) Evolución histórica del delito de *Stalking*

El acoso predatorio es un nuevo delito para un viejo comportamiento, pues el acoso ha existido siempre¹. Fue reconocido por primera vez en el año 1992, en Estados Unidos (concretamente, en el Estado federado de California, donde se aprobó la *Ley Antistalking* y se incorporó al *California Penal Code*). En este mismo año, otros Estados sancionaron normas similares (Canadá, Gran Bretaña o Irlanda). Esto condujo a la ratificación del *Model Antistalking Code of States* en Estados Unidos – fue desarrollado por el National Institute of Justice (en adelante, NIJ) en 1993 para animar a los Estados a adoptar medidas contra este comportamiento– con la pretensión de una tipificación relativamente uniforme de la conducta².

Los medios de comunicación influyeron en que estas actuaciones se convirtieran en conductas perseguibles por el Derecho Penal, desarrollando el denominado *moral panic*³. Se hizo hincapié en diversos casos cuyos protagonistas eran personajes públicos de la época de los ochenta. Por lo general, un sujeto se obsesionaba con una celebridad hasta el punto de llevar actos delictivos contra ella con el fin de llamar su atención. Además, también fueron importantes las asociaciones de víctimas en la expansión de la tipificación de conductas acosadoras⁴.

Se considera que el primer supuesto de *stalking* de la historia frente al que se intentó reaccionar jurídicamente, es el caso *Dennis versus Lane*, acaecido en Inglaterra en el año 1704. Los hechos enjuiciados consistieron en lo siguiente: Lane, un médico de profesión, se dedicó a perseguir a una

¹ Vid. FINCH, E.: *The Criminalisation of Stalking. Constructing the problem and evaluating the solution*, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 2001, p. 27.

² Vid. TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Bosch, Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, p. 45.

³ En este sentido, vid. YOUNG, J.: “El pánico moral. Sus orígenes en la resistencia, el *ressentiment* y la traducción de la fantasía en realidad”, en *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales*, Universidad Buenos Aires, Buenos Aires, núm. 31, 2011, pp. 7-22. Define *moral panic*, concepto que aparece por primera vez a finales de los sesenta, en un contexto de cambios estructurales y valorativos de la sociedad. Por un lado, existe una tendencia a la innovación y por otro, se genera indignación. Se concibe a una persona que no actúa acorde a lo que la sociedad espera de ella como un “desviado”. La policía persigue a este desviado y los medios alientan la controversia. El resultado que se crea es un público que desapueba a ciertos colectivos y éstos se ven impulsados y reconstruidos por la respuesta general. Este concepto, según el autor de este artículo, aparece a finales de los 60 en un contexto de cambios estructurales y valorativos de la sociedad: existe una perturbación moral general: por un lado, hay resistencia, innovación y provocación; por otro lado, hay indignación y furia. La policía persigue al desviado; los medios alientan la controversia; la indignación continúa en el público sigue indignado generando un pánico a las conductas desviadas, cuyos autores son impulsados y a veces reconstituidos por la respuesta.

⁴Vid. THE NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME. Es una plataforma disponible en <https://victimsofcrime.org/our-programs/national-crime-victim-bar-association> llamada “*Stalking Resource Center*”, en la que se introducen iniciativas de ayuda a las víctimas de acoso y se establecen programas de formación para los profesionales que van a tratar con ellas. (Última consulta: 18-06-2018). La relevancia de esta plataforma está en que ha revisado el *Model Antistalking Code*, y este delito se convirtió en federal. Ahora se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://victimsofcrime.org/docs/default-source/src/model-stalking-code.pdf?sfvrsn=12> (última consulta: 18-06-2018). En España se ha creado recientemente la primera asociación de víctimas contra el ciberacoso y el odio a través de la red: *Stop Haters*. Esta asociación nació en noviembre de 2017, de la mano de la abogada Sara G. Antúnez. Está formada por abogados, psicólogos y mediadores e informáticos; que se dedican a proporcionar asesoría legal y jurídica a las víctimas de este tipo de delitos; la web de la asociación está disponible en: <https://stophaters.es/> (última consulta: 18-06-2018). La noticia está disponible en http://www.mujiresenigualdad.com/StopHaters-la-primera-asociacion-espanola-que-lucha-contra-el-odio-en-Internet-_es_1_3694.html (última consulta: 18-06-2018).

mujer joven, llamada Dennis, de forma insistente, en contra de la voluntad de la madre de ella.⁵ En una ocasión, Lane accedió a la residencia de Dennis y trató de alcanzar su habitación. En otro momento, siguió a Dennis y a su madre hasta Londres y consiguió una habitación contigua al hotel donde ellas se alojaban. En esos días, increpó a un hombre que acompañaba a Dennis hasta el coche, afirmando que quería forzarla a irse con él. Estos actos lo llevaron ante los Tribunales pero, lejos de disuadirle, la indignación que le produjo el rechazo originó que a la salida de los juzgados hiriera gravemente con un palo al abogado de la familia de Dennis. Después de estos acontecimientos, Lane fue juzgado nuevamente y se le obligó a entregar cuatrocientas libras como garantía de que mantendría el orden durante al menos un año y un día⁶.

A pesar de la importancia de este supuesto, no aparece la normativa *antistalking* hasta el acaecimiento de otro famoso caso, el de Rebecca Scheaffer, una actriz de veintiún años considerada una de las jóvenes promesas de televisión, que interpretaba el papel inocente de “Patti” en la serie “*My sister Sam*”. El 18 de julio de 1989 Robert John Bardo⁷, después de tres años acosándola, la mató. El autor del crimen era un fan que llevaba años escribiéndole cartas a la actriz. Una vez incluso acudió al rodaje de la serie con flores para Rebecca, pero no le dejaron pasar. En una segunda ocasión intentó entrar en otro rodaje con un cuchillo, también sin éxito. Tiempo después, la actriz aparecía en un largometraje, *Class Struggle in Beberly Hills* interpretando a una mujer adulta con escenas de cama con un hombre; lo cual molestó a Bardo, quien consideró que Rebecca debía ser penada por su inmoralidad. El acosador siguió enviándole cartas a la actriz y también empezó a hacer dibujos con impactos de balas en los sitios donde quería dispararle. Le pidió a uno de sus hermanos que le ayudara a comprar una pistola y a otra de sus hermanas le dijo que “*si Rebecca no podía ser para él, no iba a ser para nadie más*”. Finalmente, contrató a un detective privado para conseguir la dirección de la casa de su víctima para tirotearla.

La primera respuesta por parte del Gobernador del Estado de California fue prohibir a las oficinas del censo revelar la dirección de los censados, así como inspirar al Departamento de Policía de Los Ángeles a crear el primer Equipo de Tratamiento de las Amenazas. Así aparece por fin la primera Ley *antistalking* de Estados Unidos.

b) Concepto de *Stalking* y su inclusión en el Código Penal español

El delito hoy conocido como *stalking* constituye una forma de acoso predatorio. Se trata de una persecución obsesiva no deseada por la víctima, la cual rechaza las tentativas de relación de un sujeto, el acosador. Se ve importunada reiteradamente y a consecuencia de ello, ve perturbado gravemente su desarrollo vital⁸.

La denominación “*stalking*” tiene un doble significado: por un lado, se identifica con el acto de seguir o acechar a la presa; por otro lado, significa caminar sigilosamente. Hasta la década de 1990, en la que se tipificó el delito en Estados Unidos, la terminología *Stalking*, que proviene del inglés, se

⁵Se puede observar como quien estaba molesta con la actitud del *stalker* era la madre de la víctima y no la propia acosada. Es una situación lógica en la época, donde la mujer –incluso en la nobleza– se concebía como una pertenencia de su familia (sobre todo los varones como su padre o su hermano). Era considerada un ser moralmente débil, con inteligencia y capacidades menores que los hombres. En esta época la vida de la mujer estaba limitada al cuidado de los hijos y tareas domésticas. Sobre esta cuestión, vid., por todos, CRIADO TORRES, L.: “*El papel de la mujer como ciudadana en el siglo XVIII: la educación y lo privado*”, Universidad de Granada, Granada, 2012.

⁶ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho Penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 24-25.

⁷Bardo había estado acosando a la actriz durante 3 años. Su anterior obsesión había sido la pacifista Samantha Smith, la cual murió de accidente en un avión. También había estado obsesionado con otras celebridades como Madonna o Tiffany. Así se indica en la obra de SNOW ROBERT L., *Stopping a Stalker: A Cop's Guide to Making the System Work for you*, Da Capo Press, Cambridge, 1998, pp. 71-73.

⁸ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, op. cit. p 23.

solía utilizar generalmente en la jerga propia de la caza para referirse al acecho de los cazadores a los ciervos u otra presa animal⁹.

El delito de “acoso” se incluye en el ordenamiento español con la reforma del Código Penal (en adelante, CP)¹⁰, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo en el artículo 172 ter¹¹. VILLACAMPA opina que este delito no se ha incluido antes en España debido al desconocimiento de su existencia. Existían denuncias previas de esta conducta ante la policía: aquellos episodios más graves de stalking que llegaban a los juzgados, en ocasiones daban lugar a decisiones de archivo de instrucción o absoluciones. En otras, se enmarcaban en un delito de coacciones del artículo 172.2 CP¹². También en el artículo 173 CP encontramos alguna referencia a dicho ilícito penal, para casos de violencia doméstica, de carácter psíquico, capaces de producir en la víctima un nivel de humillación elevado. Además, para enfrentar el fenómeno en examen se recurría al tipo de lesiones – trauma o desorden psicológico que pueden incluirse en la noción de enfermedad – o a la tutela de libertad de movimiento – la amenaza y violencia – y de la privacidad.

La primera resolución judicial que ha condenado a una persona por cometer un delito de acoso contra otra es la Sentencia del Juzgado de Instrucción (en adelante, SJPI) número 3 de Tudela del 23 de marzo de 2016¹³. El condenado había conocido a la víctima por la pérdida y recuperación de un perro de su propiedad. Comenzó a hacer llamadas al teléfono de la denunciante, mensajes de WhatsApp y de audio, y finalmente le remitía fotografías de contenido sexual; alterando su desarrollo vital. Se especifica en el primer fundamento jurídico (en adelante, FJ) de la citada resolución, que el bien jurídico protegido es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. Define el stalking como aquella conducta que afecta al proceso de formación de la libertad de la víctima. De este modo, la víctima, ante una intranquilidad producida por la conducta de acechamiento del sujeto activo, se ve obligada a cambiar sus hábitos, horarios, número de teléfono, lugares de paso, etc. También se protege el bien jurídico de la seguridad. Incluso en algunos casos concretos pueden verse afectados otros bienes jurídicos: el honor, la integridad moral o la

⁹ Vid. MULLEN, P.E., PATHÉ, M. y PURCELL, R., *Stalkers and their victims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 5.

¹⁰ Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, del Código Penal. Recoge el delito de acoso en el artículo 172 ter:

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

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

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

3º. 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.

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

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación, se impondrá pena de prisión de seis meses a dos años.

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

3. *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.*

4. *Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.*

¹¹ BOE núm. 77, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹² En este sentido, vid. SAP de León, de 20 de marzo [JUR 2007\248545]. El ex marido de la víctima es condenado por un delito de coacciones por realizar conductas consistentes en seguimientos, notas, vigilancias, etc., reiteradas durante varios años y que entran dentro del actual tipo penal de acoso recogido en el artículo 172 ter. Su intención era reanudar la relación en contra de la voluntad de la víctima, que vio coartada su libertad de obrar.

¹³ Así se recoge en la SJPI de Tudela, de 23 de marzo, de 2016, [ARP 2016\215].

intimidad; aunque el bien jurídico principalmente afectado es la libertad de obrar; pues la víctima se ve obligada a cambiar sus hábitos, sus cuentas de correo, número de teléfono, lugares de pasos e incluso de trabajo y residencia. Esta sentencia descarta que los comportamientos aislados sean objeto de calificación de delito de acoso, aunque no establece una determinación de número de actos llevados a cabo por el sujeto activo en un período de tiempo determinado.

En la sentencia analizada, se hace referencia a las cuatro modalidades de conducta recogidas en el artículo 172 ter.1 CP que son comentadas por el juzgador. Para el presente caso, resultan relevantes las dos primeras modalidades.

1. Vigilar, perseguir o buscar su cercanía física. Se incluyen formas de conducta de proximidad física y también de observación a distancia y a través de dispositivos electrónicos como Sistemas de Posicionamiento Global (en adelante, GPS) o cámaras de vídeo vigilancia.
2. Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas: se incluye la tentativa de contacto y el propio contacto.

Las actuaciones aquí descritas son las que recogen una tipificación adecuada a nuestro supuesto de hecho. En primer lugar, Adriano se dedicaba a intentar establecer contacto con la víctima a través de mensajes al móvil (párrafo 2º del supuesto de hecho). Su objetivo era que ésta retomase la relación afectiva que tenían. Sin éxito en sus pretensiones, más tarde comenzó a controlar y vigilar a Agripina: le preguntaba en todo momento dónde estaba, y en ocasiones la perseguía simulando encontrarse con ella de casualidad (párrafo 1º de los antecedentes de hecho).

Por lo que respecta a la relación agresor-víctima, se trata de un delito de acoso enmarcado en un contexto de violencia de género: son cónyuges separados en proceso de divorcio. Esto supone que entraría dentro de los supuestos establecidos por el artículo 173.2. Por tanto, como bien indica este precepto al que se remite el texto literal, la relación afectiva constituye una agravante de la pena. Además, no es necesaria denuncia por parte de la persona agraviada¹⁴.

En materia de violencia contra la mujer se han introducido cuatro novedades importantes¹⁵, entre las cuales nos interesa la siguiente, del artículo 172 ter CP: el acecho reiterado u hostigamiento (como llamadas telefónicas continuas), que, en mi opinión, puede lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima sin tener un claro encaje en figuras criminales antes previstas en el Código Penal.

La introducción del delito de acecho en nuestro ordenamiento jurídico se justifica en la lucha contra la violencia de género. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 menciona la necesidad de tipificar determinadas conductas que no se identifican con amenazas o coacciones pero que tienen igual gravedad; y que indudablemente menoscaban la libertad de la víctima y acrecientan su sentimiento de inseguridad. La víctima está sometida a vigilancias constantes, llamadas reiteradas y otros actos de hostigamiento. Prueba de estas afirmaciones es la jurisprudencia de tribunales españoles que nada podían hacer contra estas conductas de acoso. Pues, en numerosas ocasiones acudían a la incorrecta aplicación del delito de coacciones en el ámbito de violencia de género, recogido en el artículo 172.2 CP. Este delito de coacciones no admite continuidad delictiva, de acuerdo con el artículo 74 CP, y el propio término “stalking” lleva aparejada la continuidad de actuaciones. Por otra parte, para que existan coacciones es necesario que haya dolo – en el sentido de

¹⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 131, 146, 147.

¹⁵ De acuerdo con el apartado XXII del Preámbulo de la LO 1/2015, que modifica el CP, [BOE núm. 77, de 30 de marzo], en materia de violencia de género se introducen 4 novedades: en primer lugar, se incorpora la agravante 4º del artículo 22 relativa a la discriminación por género. En segundo lugar, se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada, introducida en el CP mediante la LO 5/2010, [BOE núm. 152, de 22 de junio de 2010], que se puede imponer en delitos contra la vida, de malos tratos y de lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica. Por otro lado, con la desaparición de las faltas, para delitos leves se requiere la denuncia previa del perjudicado; con la excepción de infracciones relacionadas con la violencia de género, en cuyo caso no será necesaria la denuncia previa. Finalmente, se elimina la posibilidad de imposición de penas de multa para este tipo de delitos, con el fin de que no genere consecuencias negativas en el ámbito familiar (podría ser que el agresor alegase falta de recursos para el pago de la pensión alimenticia de los hijos por haber pagado una multa previa por agredir a la mujer, por ejemplo).

deseo por parte del autor de restringir la libertad de la víctima – y en el acoso la voluntad del actor se limita a intención de comunicarse con la persona acechada; así, de acuerdo con GÓMEZ RIVERO, la finalidad de quien sufre hostigamiento es evitar la situación de persecución y la consecuencia indirecta es que cambie sus hábitos para conseguirlo; lo que no es en absoluto el objetivo del acosador¹⁶. Un ejemplo práctico de esta errónea aplicación del artículo 172.2 CP para este comportamiento, es una Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Sevilla, de 8 de junio de 2009¹⁷, cuyos hechos acaecen en el ámbito de una pareja en proceso de divorcio, como viene siendo el caso de Adriano y Agripina. Se probó que el acusado acosaba a la víctima a diario y mostraba actitudes vigilantes (la esperaba en la puerta de casa todos los días y la llamaba por teléfono reiteradamente). El autor de estas actuaciones fue condenado por un delito continuado de coacciones y un delito de amenazas leves, a 9 y 6 meses de cárcel respectivamente, por el correspondiente Juzgado de lo Penal número 6 de Sevilla. Además, dicho Tribunal establece en el FJ 2º que “conductas tales como llamadas telefónicas repetidas al sujeto pasivo, el envío masivo de mensajes telefónicos de texto, seguimientos o acechos en la vía pública y otros actos de similares características englobados genéricamente en el término anglosajón de “stalking” no pueden subsumirse en el delito de coacciones – ni siquiera leves – del artículo 172.2 Código Penal, tanto por ausencia del elemento esencial de violencia o intimidación, que no puede perder su sentido propio, como porque no existe obligación hacia el sujeto pasivo de hacer nada concreto ni se le impide propiamente hacerlo – la víctima no está forzada a recibir la llamada o a abrir los mensajes, tampoco está impedida de salir a la calle o utilizar su teléfono – aunque pueda modificarse su tranquilidad y su sentimiento subjetivo de seguridad hasta hacerle modificar sus hábitos cotidianos”. Es aquí cuando la Sala 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla se refiere expresamente a la necesidad de una tipificación específica de las conductas de acoso o acecho; imitando a países europeos como Países Bajos, Bélgica, Irlanda, Reino Unido e Italia. Por lo tanto, se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre del acusado del delito de coacciones por el que fue condenado en primera instancia, manteniendo en cambio su condena por amenazas.

España ha reivindicado su interés en la lucha contra la violencia de género al firmar un *Convenio del Consejo de Europa para la Prevención de la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica*¹⁸; conocido también por “*Convenio de Estambul*”, adoptado en el año 2011 y que entró en vigor el 1 de agosto de 2014. Ya fue ratificado por 10 Estados, de los cuales, ocho formaban parte del Consejo de Europa: Albania, Andorra, Austria, Bosnia y Herzegovina, Dinamarca, Italia, Montenegro, Portugal, Serbia, España y Turquía. El objetivo de este convenio es la protección de las víctimas y la prevención de la comisión de este tipo de delitos. Entre las disposiciones a adoptar por los Estados Parte en el ámbito del Derecho sustantivo, el artículo 34 del Convenio prevé la adopción de medidas legislativas necesarias para tipificar como delictivas aquellas actuaciones realizadas intencionadamente, que sean amenazantes hacia otra persona; y que ésta tema por su seguridad; independientemente de cual sea el género del sujeto activo y del pasivo.

Mediante la inclusión de este precepto en el CP, nuestra legislación se está adelantando al cumplimiento de obligaciones internacionales de incriminación. Estas, son asumidas por el Estado en materia de violencia de género, llenando el vacío punitivo de las conductas severamente atentatorias contra la libertad de obrar¹⁹.

c) Interpretación del delito por diferentes autores

¹⁶ Vid. GÓMEZ RIVERO, M.C.: “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en AA.VV, *El acoso: tratamiento penal y procesal*. (MARTINEZ GONZÁLEZ, M. I., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 43.

¹⁷SAP de Sevilla, de 8 de junio de 2009, [JUR 2009\377646]

¹⁸ BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, pp. 42946-42976.

¹⁹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de Stalking”, en AA.VV *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*, (LAFONT NICUESA, L., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 205-210.

PATHÉ o MULLEN definen el *stalking* como “una constelación de comportamientos en los que un individuo inflige a otro repetidas y no deseadas intrusiones o comunicaciones”²⁰. Identifican la intrusión con el hecho de perseguir, merodear cerca, vigilar, aproximarse y comunicarse con conductas como enviar cartas, efectuar llamadas telefónicas, enviar e-mails, efectuar pintadas o notas en el coche de la víctima, etc. También incluyen en este delito actuaciones como encargar bienes o servicios en nombre de la víctima, allanar su propiedad, efectuar falsas acusaciones o formular amenazas. Esta doctrina además concreta que para que estas actuaciones reiteradas se consideren acoso, habrían de producirse en, al menos, diez ocasiones en un período de cuatro semanas; aportando un elemento cuantitativo dentro de la conducta delictiva.²¹

Siguiendo esta línea de pensamiento, ante la tipificación de tal conducta en España no han faltado opiniones al respecto de expertos como MUÑOZ CONDE, el cual expone que la expresión “*de forma insistente y reiterada*” que expone nuestro precepto penal (artículo 172 ter), exige una prueba de más de tres hechos delictivos en un corto espacio temporal. En coherencia con esta afirmación, el autor considera acoso actuaciones como las del “cobrador del frac” o los de la realización de campañas reiteradas para que no se compre en un determinado establecimiento.

El Tribunal Supremo (en adelante, TS)²², matiza que la reiteración de conductas a la que se refiere la ley es compatible con la combinación de las diferentes formas de acoso. Así, se puede sumar acercamiento físico con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo, pero siempre que se trate de acciones descritas en los cuatro apartados del precepto. Algunas podrían invadir por sí solas la esfera penal, pero la mayoría no. Los concretos actos descritos como conductas de acoso, como, por ejemplo, llamadas no consentidas, no tienen suficiente entidad para ser consideradas delictivas. Lo que las hace penalmente relevantes es la persistencia de esas intrusiones en la medida en la que rebasa el ámbito simplemente molesto. El reproche penal se agota cuando en un periodo intermedio de actuaciones cesa la actividad acosadora. Lo que se busca al establecer estos requisitos es que la víctima se vea obligada a alterar sus hábitos cotidianos para tipificar estas acciones.

En campos como la sociología, psiquiatría o psicología es muy común establecer notas características de este comportamiento: obsesión – al menos aparente –, aptitud para generar temor o desasosiego o condicionar la vida de la víctima, u oposición de ésta. En línea con esto, también es frecuente exigir un cierto lapso temporal. Algunos hablan de un período no inferior a un mes, otros hablan de seis meses realizando estas persecuciones²³.

La interpretación de estas ramas científicas no condiciona la concreta formulación típica que elija el legislador. Estos ámbitos tienen como objetivo favorecer el análisis desde su perspectiva del fenómeno delictivo y su comprensión clínica. Aunque no se descartan estas matizaciones – que ayudan a esclarecer la conducta que el legislador quiere reprimir penalmente y desentrañar lo que exige el tipo penal –, sí se considera que no es pertinente establecer un número mínimo de actos intrusivos (como lo hacen muchos autores), ni fijar un mínimo lapso temporal. Lo único que se puede exigir es cierta vocación de perdurabilidad²⁴.

²⁰ Vid. MULLEN, P.E. y PATHÉ, M.: “The impact of stalkers on their victims”, en *British Journal of Psychiatry*, Cambridge University Press, Cambridge, núm. 174, 1997, p. 12

²¹ Vid. MULLEN, P.E., PATHÉ, M., PURCELL, R. y STUART, G.W.: “A study of stalkers”, en *American Journal of Psychiatry*, American Psychiatric Association, Washington DC, núm. 156, 1999, p. 1244.

²² STS, de 8 de mayo de 2017, [RJ 2017\2385] Se trata de un recurso interpuesto contra una resolución del Juzgado de lo Penal núm. 33 de Madrid y la Audiencia Provincial de Madrid, que habían calificado de coacciones los siguientes hechos: un hombre realiza diversos comportamientos de hostigamiento durante una semana hacia su ex pareja, siendo el último un acercamiento físico para pedirle que le devolviera una pulsera. El TS considera en el FJ 4º. que en este caso no hay viso de continuidad en estas actuaciones y desestima el recurso, considerando acertada la correspondiente condena por coacciones.

²³ Vid. BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J., ENCINAR DEL POZO, M.A. y VILLEGAS GARCÍA, MªA.: “Comentario al artículo 172 ter del Código Penal”, en AA.VV. *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, (JUANES PECES, A., coord), Lefebvre el Derecho, Colección Tribunal Supremo, Madrid, 2017, p. 552.

²⁴ Vid. BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J., ENCINAR DEL POZO, M.A., y VILLEGAS GARCÍA, MªA.: “Comentario al artículo 172 ter del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 551, 552.

Además, un segundo elemento que debe concurrir para que una conducta sea típica es que el autor no se encuentre “*legítimamente autorizado*” para realizarla. Esto nos lleva a la siguiente pregunta: ¿qué persona podría estar legitimada para desarrollar una conducta de hostigamiento que se pudiese encuadrar en el artículo 172 ter CP? Esta cuestión no ha dejado indiferentes a la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) y al Consejo de Estado, los cuales han sido críticos con ella en sus correspondientes informes.

En este sentido, MAGRO SERVET²⁵ establece su aprobación a la reforma del Código Penal de 2015 que introduce este nuevo tipo delictivo. El autor es consciente de la frecuencia con la que se repiten estas conductas en el ámbito de violencia de género. Asimismo, manifiesta MAGRO SERVET que es habitual que la mujer en la relación de pareja no hubiese sufrido episodios de malos tratos, pero a raíz de la separación el hombre comience a acosarla, vigilarla y perseguirla. En el supuesto de hecho aquí presente, la víctima no había sufrido malos tratos en la relación afectiva con su agresor. Todo comenzó cuando ésta quiso poner fin a la relación y éste no asumió la decisión y empezó a tomar actitudes de hostigamiento y agresividad hacia ella.

MAGRO SERVET critica que la víctima no pueda pedir una orden de alejamiento porque el acosador no ha cometido “todavía” un delito de maltrato físico, ni amenaza o coacciones. ¿Tiene que estar esperando la víctima a que su ex pareja cometa uno de estos delitos para que pueda intervenir la justicia?

Al parecer de autores como MATA LLÍN EVANGELIO, se trata de una realización insistente y reiterada de coacciones que nada tiene que ver con el significado de “acoso”. En consecuencia, considera que no procede su tipificación en el Código Penal. La justificación del delito dada por MAGRO SERVET no resulta sostenible, puesto que no se han tipificado acosos gravemente lesivos para la libertad necesitados de tutela penal, sino, en muchas ocasiones, conductas molestas, cuya criminalización resulta discutible desde el punto de vista de principios penales como el de “intervención mínima”. Además, critica el requisito de que el sujeto pasivo vea gravemente alterado el desarrollo de su vida cotidiana, pues enlaza este resultado con la libertad del sujeto: es posible que la víctima altere el orden normal de su vida sin ser a consecuencia de sufrir un acto de hostigamiento. Así, establece que el bien jurídico protegido debería ser la integridad moral, y no la libertad de obrar de la víctima. También se mantiene firme en su posición en el caso de la segunda agravante tipificada: existencia de un vínculo familiar o afectivo entre los sujetos del delito, afirmando que “*es una agravación innecesaria por su posible solapamiento con el delito de violencia doméstica del artículo 173.2 CP*”, lo que podría constituir una vulneración del principio *ne bis in idem*. Adicionalmente, estima que estas conductas realizadas en el ámbito de una relación familiar o doméstica pueden generar el ambiente de violencia física o psíquica, por lo que procedería en este caso la exclusiva aplicación de este precepto. Mantiene que la aplicación del 172.2 ter CP privilegia al acosador al prever una pena menor que la establecida para supuestos de violencia doméstica del artículo 173.2 CP²⁶.

De acuerdo con la crítica de autores como QUERALT JIMÉNEZ, el delito de hostigamiento es *pluriofensivo*. Considera que se trata de “*infracciones altamente insatisfactorias*” por su falta de precisión, y su punición bajo otros “*nomina iuris*”, desborda las previsiones de una interpretación razonable del principio de legalidad²⁷.

²⁵ Vid. MAGRO SERVET, V.: “Los delitos del sexting (197.7) y Stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal”, 2015, pp. 11-19, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484 (última consulta: 18-06-2018)

²⁶ Vid. MATA LLÍN EVANGELIO, A: “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en AA.VV, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (GONZÁLEZ CUSSAC, JL., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 575-589.

²⁷ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 176.

En respuesta a estos autores que se arriesgan a considerar que se está criminalizando la mera molestia y esto vulnera el principio de intervención mínima de nuestro ordenamiento²⁸, lo cierto es que se hace necesaria la punibilidad de este comportamiento. Pues al parecer de algunos autores, criterio que yo misma comparto, al contradecir la voluntad de la víctima, la cual rechaza y pone de manifiesto que no desea mantener ningún tipo de contacto con el agresor. En nuestro caso, Agripina le respondía a su futuro ex marido que dejase de enviarle mensajes. Por este motivo, el stalker está dañando su integridad psíquica²⁹. En este sentido, cabe destacar que en ocasiones este comportamiento genera en el afectado alteraciones de conducta o desarrollo de psicosis que culminan por hacerle cometer autolesiones o directamente llegar al suicidio³⁰. En otros casos, el propio autor del stalking va más allá y termina por degenerar su conducta en agresiones de mayor gravedad, mediante una escalada criminal que en ocasiones termina en lesiones graves o incluso el homicidio de la víctima. Esto es exactamente lo que ocurre en nuestro caso, donde Agripina terminó herida tras dos disparos con el arma reglamentaria de su ex pareja, Cabo Primero de la Guardia Civil.

En un estudio realizado en el año 2014 a mujeres de todos los países de la UE, se llegó a la conclusión de que, en primer lugar, las diversas formas de agresión psicológica (entre las que cabe incluir el stalking), suelen ir acompañadas de agresiones físicas y/o sexuales en las relaciones. Además, dicho estudio establece que una de cada cinco mujeres sufrió alguna forma de acoso desde los 15 años de edad a lo largo de su vida. El 5% de las encuestadas manifiesta haberlo sufrido en el último año. Además, estas mujeres manifiestan que nunca llegaron a denunciarlo. De estas mujeres que han experimentado estas actuaciones hacia su persona, una de cada cinco afirma que el hostigamiento duró dos o más años. Además, la gran parte de mujeres jóvenes aseguran que estos comportamientos se realizaron a través de las TIC, es decir, sufrieron acoso cibernético. La escandalosa cifra de este tipo de víctimas durante el último año, asciende a 1,5 millones de mujeres en los 28 países de la UE. Además, el 23% de las víctimas asegura que ha tenido que cambiar su número de teléfono o su dirección de correo electrónico, dada la gravedad del caso³¹.

Y es que en realidad la conducta de acoso llevada a un extremo es una forma de violencia en tanto en cuanto afecta a la libertad de autodeterminación y a la salud mental y física de la víctima. Así lo manifiesta la Ley Orgánica 1/2004, al definir en el artículo 1.3, que se entiende por violencia de género *todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*³².

Diversos estudios psicológicos demuestran que la gravedad de los efectos nocivos en la víctima del *stalking* es directamente proporcional a la duración de la conducta, pudiendo incluso estos síntomas transformarse en verdaderas patologías³³. Una prueba de ello es una encuesta de

²⁸ Vid. CUERDA ARNAU, M.L y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 174-176.

²⁹ En tal sentido, se entiende por lesión a la integridad psíquica o psicológica generar sufrimientos en la víctima tales como miedo, inseguridad y preocupación; así como inferir en sus dinámicas mentales, dificultar la realización de actividades diarias o sobrecargar a la ofendida con exigencias y expectativas que no puede cumplir. Así lo determina, vid. GONZÁLEZ DE RIVIERA, J.L.: *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del mobbing y otras formas de acoso*, Espasa, Madrid, 2002.

³⁰ Vid. ABOSO, G.E.: *Derecho Penal Cibernético: La cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, BdeF, Buenos Aires, 2017, pp. 267, 273.

³¹ Todo ello se puede ver en una encuesta realizada por la European Union Agency for Fundamental Rights (en adelante, FRA) sobre violencia de género contra las mujeres del año 2012, que se encuentra recogida en European Union Agency for Fundamental Rights, *“Violencia de género contra las mujeres. Una encuesta a escala de la UE*, Luxemburgo, 2014, p. 12-30. En este sentido, la FRA es una agencia especializada de la UE. Fue creada en 2007 para prestar asesoramiento en materia de derechos fundamentales a las instituciones de la UE y a los Estados Miembros. Para más información, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1964-FRA-2012_Booklet_ES.pdf (última consulta: 18-06-2018).

³² BOE núm. 313, de 28 de diciembre de 2004, sobre Protección Integral contra la Violencia de Género

³³ Vid. MAUGERI, A.M.: “El stalking como delito contra la intimidad”, en AA.VV, *Aspectos referidos a los delitos contra la vida y la salud, violencia de género, tráfico de órganos humanos, stalking, contra la libertad y la indemnidad sexuales y dopaje*. (DOVAL PAIS, A.: Dir., MOYA GUILLEM, C., coord.), Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 67-69.

victimización realizada por VILLACAMPA y PUJOLS del año 2017³⁴ en la que se realiza una recogida de datos a una muestra de 1.162 estudiantes universitarios de los grados en derecho, criminología e investigación privada de universidades de Catalunya y la Comunidad Valenciana. La mayor parte de las víctimas de estas actuaciones, concretamente un 81,6%, declararon haber padecido consecuencias psicológicas adversas. A pesar de que los efectos psicológicos más comunes fueron afectaciones que podrían calificarse como de menor intensidad (dificultades de concentración, pérdida de confianza en sí mismo, vulnerabilidad...), cabe destacar que el 17,1% de las víctimas sufrieron afectaciones más severas: el 11,8% padecieron depresión y el 6,6% sufrieron ataques de pánico.

Es relevante la relación previa existente entre víctima y ofensor; pues las personas ofendidas que habían tenido una relación íntima previa con su agresor se mostraron más vulnerables a padecer estos efectos psicológicos negativos; siendo estos efectos también más severos que en aquellos casos en los que el *stalker* era menos próximo a la persona acosada. En nuestro caso, al estar Adriano y Agripina casados y en un proceso de divorcio, se entiende que es más probable que la víctima vea afectada su integridad psíquica al sufrir este hostigamiento.

d) El acoso cibernético

El acoso que se lleva a cabo mediante tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC) – mediante GPS, teléfono, internet, cámaras espía o cualquier medio tecnológico análogo – se denomina ciberacoso o cyberstalking. Recordando el caso que estamos tratando, Adriano contactaba en numerosas ocasiones vía WhatsApp³⁵ con su mujer. Incluso llegó a crearse una cuenta falsa de Facebook para establecer una conversación con ella. Las conductas de hostigamiento a través de los citados mecanismos tecnológicos, especialmente en los supuestos en los que la actividad desarrollada se limita a acciones de acorralamiento, persecución y búsqueda permanente de contacto; pese a no materializarse en actos concretos de intimidación u ofensas determinadas, afectan seriamente al sentimiento de libertad y seguridad de la víctima. Produce un atosigamiento contra las personas que lo sufren: perturban su tranquilidad y menoscaban su libertad de obrar. La angustia y el miedo les impiden desarrollar su vida normal.

Un sector doctrinal concluye que el cyberstalking supone un ataque a determinados bienes jurídicos de la víctima, tales como la libertad de comunicación y expresión de ideas, la integridad psicofísica y la autodeterminación informática. Pues, este tipo de conductas están signadas por el uso abusivo de los medios informáticos para lesionar la libertad personal de otro usuario. Las redes telemáticas han servido como base para expandir de manera ilimitada las relaciones intersubjetivas que ahora no necesitan un conocimiento personal previo. Millones de usuarios de las redes exponen aspectos de su vida personal sin tener un control efectivo de los destinatarios de esta información. En este aspecto, la autodeterminación informática surge como uno de los modernos pilares sobre los que se asienta el uso y goce de esta nueva forma de comunicación a través de la red. Así, aunque existen

³⁴ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. y PUJOLS PÉREZ, A.: “Stalking: efectos de las víctimas, estrategias de afrontamiento y propuestas legislativas derivadas, en *InDret, revista para el análisis del Derecho*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2017, pp.7, 13-16.

³⁵ WhatsApp: es una aplicación para teléfonos móviles de última generación (Smartphones) que permite el envío de mensajes instantáneos entre usuarios a través de Internet, así como vídeos, llamadas, fotografías y notas de voz. Fue creada en 2009 por un ingeniero ucraniano en Estados Unidos, Jan Koum y en el año 2014 esta aplicación fue adquirida por Facebook, la red social más popular y a la vez peligrosa del mundo, creada por un estudiante de Harvard, Mark Zuckerberg en 2004. Permite a los usuarios tener su lista de amigos con los que compartir publicaciones, contenido fotográfico o vídeos, unirse a páginas de grupos milenarios de gente con intereses comunes, así como tener conversaciones privadas mediante un chat. La peligrosidad de esta plataforma estriba en que facilita a los delincuentes informáticos datos sobre sus víctimas (lugar de trabajo, lugar de residencia, familiares y amigos, sitios que frecuenta, etc.), e incluso es un camino para ejercer sus actuaciones ilícitas interactuando con personas a través de cuentas falsas. Para más información, consultar <http://www.fotonostora.com/digital/whatsapp.htm>, <https://definicion.de/whatsapp/>, <http://www.economista.es/evasion/tec/noticias/7422343/03/16/Jan-Koum-el-millonario-creador-de-WhatsApp-que-habia-sido-rechazado-por-Facebook.html> (última consulta: 18-06-2018).

regulaciones sobre el almacenamiento y tratamiento de datos personales por las agencias particulares y estatales, esta forma de criminalidad se alimenta precisamente de la libertad de comunicación y expresión de ideas, acompañada de la difusión de los diferentes aspectos íntimos de la vida personal de la víctima. Por todo ello, cabría considerar el cyberstalking como un comportamiento delictivo pluriofensivo³⁶.

Además, en cuanto al alcance de este delito, muy superior a su modelo más tradicional, podría interpretarse en un sentido estricto y otro amplio. En el sentido estricto, comprende la persecución persistente de la víctima en el medio virtual, usando incluso amenazas y coacciones. En sentido amplio, podría interpretarse este delito en un abanico de modalidades de criminalidad informática que pueden llegar a lesionar el honor e intimidad del ofendido (acceso a cuentas de correo electrónico ajenas, interceptación de comunicaciones o datos, etc.). Adriano no ha llegado tan lejos en esta ocasión, pero sí ha hecho uso del llamado “*telefonterror*” (acoso telefónico)³⁷, motivo por el cual su mujer le ha bloqueado de la aplicación Whatsapp³⁸.

Al igual que en la figura clásica del acoso, las conductas hostigantes incrementan su incidencia en el marco de la violencia de género, donde el maltratador aprovecha para manifestar sus sentimientos de odio, obsesión amorosa o venganza contra la víctima³⁹.

Este delito en el CP no es independiente del delito de acoso tradicional, sino que se incluye en el mismo precepto 172 ter, en el apartado 2, donde dice que el que “*establezca o intente establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas*”.

No cabe duda de que las TIC han incrementado el bienestar individual y el progreso social. Esto, a su vez, ha tenido repercusiones negativas: la elevación de los factores de riesgo de la sociedad. Ahora existen nuevos focos desencadenantes del mismo y mayor capacidad de proyección de daños.

Además, el carácter descentralizado y transfronterizo de Internet y la imposibilidad de que la red sea gestionada por un único organismo, hace que se dificulte la adaptación y tipificación de delitos cibernéticos a los ordenamientos jurídicos de los diferentes países.

Con la expansión de Internet han aparecido diversas actuaciones que producen lesiones a los bienes jurídicos relevantes y protegidos por el Derecho Penal. Muchas de estas actividades suponen una adaptación de conductas lesivas clásicas al espacio virtual. Asimismo, lo que antes eran hechos delictivos residuales e individuales ahora se han convertido en masivos. Todo esto ha provocado, junto con la influencia de la opinión pública sobre estos comportamientos, una sensación social de amenaza e inseguridad con respecto a las TIC.

En relación con este tipo de delitos informáticos, cabe hacer hincapié en un aspecto de nuestro caso: cuando la víctima bloqueó el número de teléfono de su stalker, éste continuó contactando con ella a través de la aplicación de mensajería de la red social Facebook con un perfil falso.

Bien, en este caso estamos ante un supuesto de anonimato potencial del autor del delito de acoso cibernético. El hecho de que puedan darse dificultades para identificar al agresor, hace que este actúe con sensación de impunidad; lo cual le genera cierta percepción de poder y libertad y haga o diga

³⁶ Vid. ABOSO, G.E.: “*Derecho penal cibernético: la cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*”, *op.cit.*, pp. 271, 272.

³⁷ Vid. ABOSO, G.E.: “*Derecho penal cibernético: la cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*”, *op. cit.*, p. 275 y 289. El autor menciona el término *telefonterror*, que como su propio nombre indica, consiste en un envío masivo de mensajes o llamadas por parte del acosador a su víctima, intentando contactar con ella por todos los medios tecnológicos que están a su alcance. El autor asimismo indica que las comunicaciones telefónicas indeseadas representan actualmente el 63,5% de la modalidad más frecuente de acoso.

³⁸ Para todo, vid. ABOSO, G.E.: “*Derecho penal cibernético: la cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*”, *op. cit.*, pp. 288-290.

³⁹ Vid. MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, A.M y TEJADA ELVIRA.: “Las conductas de ciberacoso en Derecho Penal”, AA.VV *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*, (LAFONT NICUESA, L., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 183-185.

cosas que no tendrían lugar fuera de la red. Otras características que benefician la sensación de liberación del ciberacosador son la facilidad de accesibilidad al contacto con la víctima – Internet está siempre disponible, es constante y carece de horarios – o la ausencia de mecanismos rápidos y efectivos de protección para la víctima (se observa claramente en nuestro sujeto: Adriano abrió una cuenta de Facebook falsa al ver que su esposa lo había bloqueado en el WhatsApp). Existe además una apariencia auténtica de realidad: al establecer la conexión con la red, la realidad exterior se sustituye por una realidad virtual mediante la cual el cibernauta es engañado por una persona con una falsa identidad tras la pantalla. Esta experiencia se torna adictiva lo que alimenta todavía más las posibilidades de crear una historia interminable en la red⁴⁰. En este punto cobra sentido lo establecido recientemente, de acuerdo con ABOSO, sobre la facilidad de acceso de Adriano a los datos personales de la vida de su futura ex mujer a través de las redes sociales⁴¹.

e) Características de la conducta de *stalking* y los diferentes tipos de acosador

En cuanto a los rasgos de identificación de la conducta delictiva, WESTRUP propone tres notas características del acoso: en primer lugar, que una o varias actuaciones se dirijan repetitivamente a un individuo concreto. En segundo lugar, el receptor debe ver estos comportamientos como intrusivos y no deseados. Por último, estos actos han de causar miedo o preocupación en el sujeto pasivo⁴². En esta línea, FINCH añade en la tercera característica la sensación de inseguridad como reacción de la víctima ante la conducta acosadora⁴³.

Por lo que respecta a la figura del stalker, la doctrina ha utilizado diferentes métodos de clasificación. Por ejemplo, KAMIR opta por una perspectiva de género, tomando como referencia la sociedad patriarcal⁴⁴. Otros autores deciden clasificarlos en función de los desórdenes mentales del sujeto; según el nivel relacional entre el delincuente y la víctima o también con arreglo a los motivos que llevan al sujeto a cometer el delito⁴⁵.

Concretamente en este caso, desde un punto de análisis socio-criminológico, que tome como marco de análisis las desigualdades entre mujeres y hombres generadas por la dinámica social patriarcal, estamos ante un stalker masculino del que habla KAMIR, el cual tiene una actitud controladora, dominante, opresiva y omnipresente.

Por otra parte, atendiendo al tipo de relación entre el stalker y la víctima nos encontramos con autores como WRIGHT, BURGUESS, LASZLO, MACGRAY y DOUGLAS⁴⁶, cuya clasificación nos lleva a situar a nuestro acosador ante la denominación de un *stalker doméstico*⁴⁷. En esta línea

⁴⁰ Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, J.: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 17-22. (referido al ciberbullying pero extrapolable al cyberstalking).

⁴¹ Vid. ABOSO, G.E.: “*Derecho penal cibernético: la cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*”, *op. cit.*, pp. 271, 272.

⁴² Vid. WESTRUP, D.: “Applying Functional Analysis to Stalking Behavior”, en AA.VV, *The Psychology of Stalking. Clinical and Forensic Perspectives*, (REID MELOY, J., Dir.), Academic Press, San Diego, 1998, pp. 276-277; y vid. WESTRUP, D., FREMOUW, W.J.: “Stalking behavior: a literature review and suggested functional analytic assessment technology” en *Aggression and Violent Behavior*, Elsevier, San Diego, núm. 3, 1998, p. 255.

⁴³ Vid. FINCH, E.: *The criminalisation of Stalking: constructing the problem and evaluating the solution*, *op. cit.*, p.35.

⁴⁴ Para un desarrollo más en profundidad de esta cuestión vid KAMIR, O.: *Every breath you take. Stalking narratives and the Law*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2004.

⁴⁵ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking en el Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, *op. cit.*, pp. 94-103.

⁴⁶ Vid. WRIGHT, J.A., BURGUESS, A.W., LASZLO, A.T., McCRAY, G., DOUGLAS, J: “A typology of interpersonal stalking”, en *Journal of Interpersonal Violence*, SAGE Publications, Washington DC, núm. 11(4), 1996, pp. 487 y ss. Se trata de una clasificación basada en la precedente de ZONA y en características teóricas que los autores consideraron oportunas.

⁴⁷ Vid. WRIGHT, J.A., BURGUESS, A.W., LASZLO, A.T., McCRAY, G., DOUGLAS, J: “A typology of interpersonal stalking”, *op. cit.*, pp. 487 y ss. Se trata de una clasificación basada en la precedente de ZONA y en características teóricas que los autores consideraron oportunas. El concepto *Stalker doméstico* mencionado por estos autores es aquel que persigue a una persona concreta con la que ha tenido una relación previa, generalmente afectiva, aunque también en este grupo se incluyen vecinos, conocidos, contactos profesionales o compañeros de trabajo, p. 487.

cabe acudir a la denominación de acosador perseguidor/hostil en lo que nos concierne a nosotros en este caso concreto, la cual es ideada por HARMON/ROSNER y OWENS⁴⁸. Se trata de una relación con la víctima en una de las siguientes categorías: profesional, personal, empleo, medios de comunicación, conocidos, ninguna o desconocida. Con arreglo a esta clasificación, se consideró que el stalker perseguidor u hostil era aquel que perseguía de forma real o imaginaria un maltrato o incluso la lesión de la víctima. En estos casos es evidente la existencia de un previo vínculo afectivo con la persona perjudicada. En ocasiones incluso los agresores llegan a amenazar a terceras personas considerándolas peligrosas en su relación con su objetivo. El diagnóstico psicológico de estos sujetos suele llevar a desórdenes de humor, de adaptación y de personalidad; así como falsas ilusiones.

Finalmente, una corriente más contemporánea que también atiende a la relación entre el actor y la víctima, establece una clasificación denominada RECON (*relationship and context based typology*)⁴⁹. Para establecer los tipos de *stalkers*, parten de una muestra compuesta por 2300 casos acaecidos en 17 meses (entre marzo de 2003 y junio de 2004), obtenidos de diferentes fuentes (fiscalías, departamentos de policía, etc.) relacionados con los diversos tipos de acoso: terrorista, criminal, violencia doméstica, etc. En este sentido, se separan los acechantes en función de su previa relación con la víctima, considerándose que esta suele ser la clave del futuro comportamiento del delincuente. Así, en el tipo I se enmarcan aquellos sujetos que han tenido una previa relación con la víctima y en el tipo II están aquellos casos en los que apenas ha existido contacto previo con la víctima. En función de la intensidad de dicha relación se distingue entre los stalkers íntimos y los conocidos. En el primer subgrupo se encuentra Adriano. Según esta corriente doctrinal, los acechadores más peligrosos son los íntimos, entre los cuales se encuentra Adriano, el Cabo primero de la Guardia Civil. Por lo general, habitualmente presentan comportamientos violentos y, a pesar de que no suelen presentar rasgos psicóticos, es frecuente en ellos el consumo de alcohol y estupefacientes. El grado de intensidad de las conductas perseguidoras suele crecer gradualmente.

Por lo que respecta al último criterio de distribución del perseguidor, este se basa en la motivación que lleva a esta persona a ejecutar la conducta acosadora. De acuerdo con la clasificación hecha por HOLMES⁵⁰, basada en variables teóricas seleccionadas para valorar el móvil de la actuación y su beneficio, podríamos encajarlo de nuevo en el llamado stalker doméstico, ya mencionado por anteriores autores. Normalmente en estos casos, y en concreto en el nuestro, el perseguidor forma ha mantenido una relación matrimonial con su víctima. En este caso se cumple el pronóstico establecido por Holmes y la conducta acechante termina con la violencia fatal.

Finalmente, la propuesta clasificatoria de MULLEN, PATHÉ, PURCELL y STUART, consideran que la motivación del stalker es multifactorial. Estos autores se basan en la experiencia profesional de un centro de tratamiento de *stalkers*. La motivación del stalker, a grandes rasgos, puede dar lugar a la siguiente clasificación: los rechazados, los resentidos, los depredadores y los incompetentes⁵¹. En nuestro caso, podríamos clasificar a Adriano en el primero de los grupos; pues

⁴⁸ Vid. HARMON, R.P., ROSNER, R, y OWENS, R.L.: "Obsessional Harassment and Erotomania in a criminal court population", en *Journal of Forensic Sciences*, Wiley, Colorado Springs, núm. 40, 1995, pp. 188-196.

⁴⁹ Vid. MOHANDIE, K, MELOY, R., GREEN MACGOWAN, M., WILLIAMS, J.: "The RECON Typology of Stalking: Reliability and Validity Based upon a Large Sample of North American Stalkers", en *Journal of Forensic Sciences*, Wiley, Colorado Springs, vol. 51, núm. 1, 2006, pp.147 y ss. Estos autores realizan una propuesta de tipología de stalkers que parte de 2.300 casos ocurridos en 17 meses, obtenidos de fiscalías, departamentos de policía y departamentos de seguridad de la zona de California; relacionados con el acoso, amenazas y violencia doméstica. RECON divide a los stalkers en dos grupos, en función de la relación que han mantenido con su presa: al tipo I pertenecen los stalkers que han mantenido una relación con la víctima y al tipo II pertenecen los que no han tenido previa relación con la víctima o han tenido con ella un contacto esporádico.

⁵⁰ Vid. HOLMES, R.M.: "Criminal Stalking; An Analysis of the Various Typologies of Stalkers", en *Stalking Crimes and Victim Protection. Prevention, Intervention, Threat Assessment, and Case Management*, CRC Press, Boca Raton/London/New York/Washington D.C., 2001, pp.23 y ss. Holmes distingue una larga lista de tipologías: stalker de celebridades, lujurioso, maltratador, desdénado, doméstico y de políticos.

⁵¹ Vid. MULLEN.P.E., PATHÉ, M., PURCELL, R y STUART, G.W: "A Study of Stalkers", *op.cit.*, pp. 1244 y ss.; MULLEN, P.E., PATHÉ, M y PURCELL, R.: *Stalkers and their victims, op. cit.*, pp. 75 y ss.

responde a un no deseado final de una relación afectiva con acciones que pretenden, en un principio, conseguir una reconciliación o reparación, o ambas a la vez.

f) Las consecuencias punitivas del acoso

La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos: prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; y la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares, son penas accesorias previstas para ser aplicadas, si se considera oportuno a juicio de los tribunales y jueces, en casos de delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente. Se encuentran en el artículo 48 CP, modificado en diversas ocasiones (en el año 1999, 2003, 2010 y, finalmente, en 2015). Dicho precepto dispone además la suspensión del régimen de visitas de los hijos, comunicación y estancia con éstos hasta que se cumple el total de la pena. Asimismo, el penado tiene prohibido establecer con las personas determinadas por el juez cualquier contacto, incluyendo aquí los medios de comunicación, medios informáticos o telemáticos, escritos, verbales o visuales⁵².

Actualmente, las penas aquí contempladas pueden adoptarse como medidas cautelares, a lo que habría que añadir que también pueden imponerse como deberes o reglas de conducta en las suspensiones condicionales de la pena de prisión⁵³.

En efecto, siguiendo un orden lógico, el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim)⁵⁴, permite acordar como primeras diligencias las necesarias para proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares de protección previstas en los artículos 544 bis y 544 ter LECrim.

Por su parte, el artículo que nos concierne es el 544 ter de la LECrim, que está previsto para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal⁵⁵, resulte una situación

⁵² El CP pone de manifiesto, en el artículo 48, lo siguiente: “1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

⁵³ Vid. AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., PERRINO PÉREZ, A.L.: *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 148 - 153

⁵⁴ BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, de 17 de septiembre de 1882.

⁵⁵ El artículo 173.2 CP, se refiere a los siguientes sujetos: quien haya sido su cónyuge o persona ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, a los descendientes, ascendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o se hallen sujetos a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge conviviente, o la persona amparada en cualquier otra relación que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados.

objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

Esta orden de protección puede solicitarse ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o incluso ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. En cualquier caso, debe ser remitida de forma inmediata al juez competente, el cual, una vez recibida la solicitud, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado. También se convoca al Ministerio Fiscal.

Combatir el stalking en su modalidad del ciberespacio es un reto cada vez más complejo. Al parecer de algunos autores, al tratarse de hechos cometidos a través de Internet al que el acceso es cada vez más fácil, debería preverse la pena accesoria de prohibición durante el tiempo de la condena de acceso a toda la red, a las redes sociales y a aquellos sitios web a través de los cuales se cometió el delito⁵⁶. Un enfoque similar es el realizado por MAGRO SERVET⁵⁷, al considerar la peligrosa habitualidad con la que se suelen producir las comunicaciones por redes sociales como Facebook, Instagram y Whatsapp incluso una vez dictada una sentencia condenatoria aplicando la pena de aproximación y comunicación con la víctima. En nuestro caso no se trata exactamente de una sentencia condenatoria, pues Adriano todavía no había sido denunciado por Agripina cuando comenzó a contactar vía Facebook con ella, pero sí que había sido bloqueado su número de teléfono por iniciativa de la víctima; lo cual hizo que éste se crease un perfil falso de Facebook para continuar acosándola.

Lo que propone, en definitiva, este autor es mejorar las medidas en la lucha contra la violencia de género y aplicar una pena menos grave de “prohibición del uso de las redes sociales”, mediante una reforma del texto penal, la cual fue ya propuesta ante la Comisión de Igualdad del Senado⁵⁸. La AP de Madrid se pronuncia ante la necesidad de tipificar esta pena. Considera que existe una afectación directa de estas comunicaciones en el aspecto psicológico de las víctimas; que pueden causar un daño más grave que el delito mismo.

Por lo tanto, el Tribunal reitera que en este sistema de imposición de pena de prohibición de comunicación por redes sociales, el mero hecho de indicar “me gusta” en una fotografía de la víctima, o comentarios en sus fotografías o en su perfil de Facebook o redes similares, integraría un delito de quebrantamiento de condena por haberse comunicado con la víctima.

2.2.El delito de lesiones

En segundo lugar, cabe centrarse en los hechos ocurridos el día 7 de septiembre a las 18:00h, en el domicilio conyugal. Adriano fue a recoger unas pertenencias y para llevar un regalo a su hija pequeña. Aprovechó que Agripina estaba de espaldas y le disparó dos tiros con su arma

⁵⁶ Vid. MENDOZA LOSANA, A.I.: *Eficacia privada de la pena de “destierro virtual. ¿Están los proveedores de acceso a internet obligados a negarse a contratar con los condenados por delitos cometidos a través de la red?”*, 2013, disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/eficacia-privada-de-la-pena-de-destierro-virtual-estan-los-proveedores-de-acceso-a-internet-obligados-a-negarse-a-contratar-con-los-condenados-por-delitos-cometidos-a-traves-de-la-red.pdf> (última consulta: 18-06-2018). La autora hizo un comentario sobre una Sentencia del Juzgado de lo Penal condenatoria por intercambio de pornografía infantil a través de la red, del Juzgado de lo Penal nº2 de Huelva, de 17 de octubre de 2012 (Ejecutoria nº 217/2012 del Procedimiento Abreviado nº 217/2012). Manifiesta su opinión acerca del “destierro virtual” –prohibición del uso de las nuevas tecnologías a una persona que ha cometido un delito -. En la opinión de MENDOZA LOSANA, *está totalmente justificada la prohibición de acceso a las webs donde se cometen los delitos y otras similares, pero no se puede impedir al delincuente el uso de toda herramienta tecnológica, puesto que “la red tiene otros usos aparte del delictivo”*.

⁵⁷ Vid. MAGRO SERVET, V.: “La pena de prohibición de comunicación y su aplicación al uso de redes sociales (Facebook, instagram, etc.), en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, Madrid, núm. 9098, 2017, pp. 1-4.

⁵⁸ En el Senado se ha incluido la Propuesta nº 246: *Prohibición de uso de internet y nuevas tecnologías como pena de alejamiento del agresor. Incluir como medida cautelar y como pena privativa de derechos la prohibición de acudir a determinados dominios o sitios web cuando el delito se cometa a través de las nuevas tecnologías*. Art 39f) (LA LEY 3996/1995), 48.1º (LA LEY 3996/1995) y 57 CP (LA LEY 3996/1995)

reglamentaria. Uno de los disparos impactó en el omóplato derecho de su cónyuge y el segundo le provocó una lesión bronco-pulmonar de carácter grave. Después de disparar, Adriano llamó al servicio de urgencias para informar de que Agripina estaba herida de gravedad y en segundo lugar, llamó al Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo para comunicarle lo que había hecho.

En vista de estos hechos podríamos entender este delito de dos formas: delito de lesiones o un homicidio o asesinato en grado de tentativa en un contexto situacional de violencia de género.

En la teoría es fácil llegar a diferenciar estas dos figuras delictivas: comete homicidio/asesinato el que tiene dolo o intención de matar, pero en la práctica la delimitación se torna complicada debido a la pertenencia al ámbito interno de la persona de este elemento subjetivo del crimen.

a) La diferencia entre *animus necandi* y *animus laedendi*

Para enmarcar jurídicamente los hechos ocurridos en un delito de lesiones o de homicidio en grado de tentativa, es preciso atender al dolo o intención del sujeto activo⁵⁹, es decir, al *animus laedendi* o *animus necandi*⁶⁰ del responsable de los hechos⁶¹.

En este aspecto, se necesita una indagación cuidadosa de todas las circunstancias de hecho, las cuales aparecen recogidas en el fundamento jurídico 3º de una conocida sentencia del TS 7465/1996, de 21 de diciembre [nº Res. CENDOJ 1040/1996] FJ. 3º⁶². Esta indica que los criterios de inferencia para los órganos jurisdiccionales pueden ser: dirección, número y violencia de los golpes; condiciones de espacio y tiempo; circunstancias conexas con la acción; manifestaciones del propio culpable – las palabras precedentes y acompañantes de la agresión, así como actividad previa y posterior al delito –; la causa del delito; las relaciones previas entre autor y víctima – también la existencia de resentimiento por parte del autor, como se puede probar en la propia sentencia ahora citada: el procesado estaba resentido porque el hijo de su víctima había matado a su hermana. Se trataba de un ajuste de cuentas familiar –.

Atendiendo a nuestro supuesto de hecho, la víctima había sufrido previamente un acoso continuo por parte de su agresor. Esto podría deberse a cierto resentimiento por la decisión de Agripina de divorciarse de él. Por lo que respecta a las condiciones de espacio y tiempo, existe cierta unanimidad jurisprudencial⁶³ al determinar que se deduce que el agresor pretende acabar con la vida de la víctima cuando realiza el hecho delictivo hallándose ésta de espaldas (alevosía). Por su parte, el instrumento empleado y su idoneidad para lesionar o matar, es un criterio jurisprudencial clave⁶⁴ utilizado en

⁵⁹ Al respecto, la STS de 22 de diciembre de 2008 [ROJ: STS 7270/2008], FJ: 4º, manifiesta que cuando se habla de dolo de matar se abarcan tres supuestos distintos: dolo directo de primer grado (se actúa con intención directa de causar como resultado la muerte de otro), dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias (el resultado de la muerte va unido al querido directamente por el autor) y dolo eventual (el sujeto actúa aceptando el resultado de fallecimiento que eventualmente pudiera producirse).

⁶⁰ Se entiende por *animus laedendi* el dolo o intención de lesionar, mientras que por *animus necandi* se conoce la intención de matar.

⁶¹ Vid. ALADRO FERNÁNDEZ, J.C. y FRIAS MARTINEZ, E.: “Comentario al artículo 138 CP”, en AA.VV., *Código Penal comentado*, (ROMA VALDÉS, A., Dir.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 261-263.

⁶² STS de 21 de diciembre [nº Res. CENDOJ 1040/1996] FJ. 3º ya citada, sobre la existencia del *animus necandi*: “*el ánimo homicida o propósito de ocasionar la muerte y no otro resultado lesivo pertenece al agente y por ello, salvo que el propio acusado lo reconozca, debe inferirse por el juzgador de una pluralidad de datos, suficientemente acreditados con la prueba, que hagan salir a la superficie ese elemento subjetivo escondido en el interior del sujeto*”. A continuación enumera alguno de los posibles criterios para determinar este *animus necandi*.

⁶³ Vid. como ejemplo, STS de 5 de abril de 2000, [RJ 2000\3729] en el FJ 2º (apartado B): “*la calificación efectuada por el Tribunal de instancia fue correcta al calificar el hecho de alevoso y, en consecuencia, tipificarlo como un delito de asesinato en grado de tentativa (...)*”, así como STS de 20 de marzo, [RJ 1997\1948] FJ. 2º: “*En los supuestos alevosos existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, (...), y también una mayor antijuridicidad por estimarse más graves y más lesivo para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo)*”; entre otras.

⁶⁴ En este sentido, vid. STS de 23 de febrero, [RJ 1999\1186], FJ 1º, sobre el uso de armas para lesionar o matar. Se dispone en este FJ 1º lo siguiente: “*el comportamiento descrito es, por sí mismo, ilustrativo de una secuencia de objetiva*

todas las resoluciones para definir la intención del agente. Se llega a la conclusión mayoritaria de que las armas de fuego son los utensilios de cuya utilización se infiere una intención nítida de finalizar con la vida de una persona; aunque tampoco es determinante en este sentido la voluntad homicida; pues también se atiende al número de disparos realizados y a la zona del cuerpo a donde se dirigen para discernir la verdadera voluntad del sujeto activo⁶⁵. De este modo, Adriano le propinó a Agripina dos disparos en la espalda con un arma de fuego, a sabiendas de que su actuación suponía un grave riesgo para la vida de esta, pues se trataba de un instrumento potencialmente peligroso. Esta circunstancia se agrava si atendemos al criterio de personalidades del agresor y la víctima; Adriano es Guardia Civil y por lo tanto, es deducible su adiestramiento en el uso de armas. Esto hace que se pueda presuponer una mayor tendencia a matar, ya que conoce los riesgos de estos instrumentos.

Al parecer del TS⁶⁶, ayudan a esclarecer la intención del sujeto las palabras utilizadas inmediatamente antes de cometer el ilícito – en nuestro caso no mediaron palabras en este intervalo temporal, lo cual por otra parte parece lógico ya que todo apunta a que la intención de Adriano era sorprender a su todavía esposa, eliminando así toda posibilidad de defensa por su parte –. De igual forma es importante en la carga valorativa la expresión posterior a los hechos cometidos: si el individuo confiesa el hecho a familiares o autoridades; o si no prosigue con la agresión iniciada. Adriano opta por solicitar asistencia médica para su ex pareja y le comunica lo ocurrido al Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo. Por estas coyunturas podría apreciarse la existencia de *animus laedendi*, en cuyo caso estaríamos ante un delito de resultado de lesiones recogido en el artículo 148.1º, en relación con el artículo 147 CP⁶⁷. Esta sería una posible interpretación de los hechos.

No obstante, existe una segunda comprensión, en mi opinión más correcta, para nuestro supuesto. Bien, es preciso aclarar que el *animus laedendi* implica que las lesiones se deben producir siempre sin un ánimo de producir la muerte. Se trata de una cuestión muy importante, puesto que la falta de resultado de fallecimiento no acarrea necesariamente la inexistencia del *animus necandi* del sujeto⁶⁸. Así, visto lo anterior y las circunstancias contextuales que acompañan a los hechos, cabe considerar la existencia de *animus necandi* y, con ello, la consecuente aplicación al autor de un delito de homicidio o asesinato en grado de tentativa. A continuación, profundizaremos más en esta segunda interpretación de las actuaciones que, dadas las circunstancias, parece más adaptada a nuestro caso.

b) Homicidio/asesinato en grado de tentativa. Desistimiento.

En primer lugar hay que especificar si se trata de un delito de homicidio o de asesinato:

agresividad que, tanto por la potencia letal del arma utilizada como por la proximidad del disparo y la zona corporal herida, exterioriza intenciones que exceden con mucho de las meramente lesivas”.

⁶⁵ Vid. 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. 444-449: “la relación entre sujeto y víctima (...) puede basarse en un resentimiento previo, cuando la ex esposa ha sido ya víctima de amenazas en casos anteriores”. A posteriori indica que no necesariamente esta circunstancia determina el *animus necandi* del actor.

⁶⁶ Auto del TS de 20 de abril de 2001, FJ 2º, [RJ 2001\9259] se refiere a la doctrina de la Sala de lo Penal del TS, la cual establece como criterio para determinar el ánimo de matar “las palabras que precedieron o acompañaron la agresión; por cuanto constituyen a veces confesión espontánea del alcance de la intención lesiva”

⁶⁷ En este sentido, el artículo 147 CP establece una pena de prisión de 3 meses a 3 años o multa de 6 a 12 meses a aquel que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa y un correspondiente tratamiento médico o quirúrgico. Por su parte, el artículo 148 prevé las siguientes agravantes para los hechos contemplados en el artículo anterior: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1º si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2º si hubiere mediado alevosía, 4º si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.

⁶⁸ Vid. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 217-219.

El asesinato es la muerte de otra persona ejecutada con las circunstancias mencionadas en el artículo 139.1⁶⁹. De acuerdo con esta distinción, es preciso señalar que homicidio y asesinato tienen características comunes como la igualdad en el bien jurídico protegido, la coincidencia de sujetos, activo y pasivo, el objeto material y los problemas de la relación de causalidad e imputación objetiva⁷⁰.

Por lo que respecta a la circunstancia que convierte el homicidio en asesinato, aplicable en nuestro supuesto, es la alevosía. Se recoge como circunstancia agravante genérica en el artículo 22.1 CP⁷¹. Persigue un doble fin: de un lado, el aseguramiento de ejecución de los hechos, y, de otro, la ausencia de riesgo ante la defensa del ofendido. Por lo tanto, no exige premeditación o preparación: puede surgir en el momento en que se ejecuta el hecho. Basta con que el sujeto busque la situación favorable para cometer el delito y la aproveche⁷².

En cuanto al grado de comisión de delito, este se califica de tentativa, pues no se ha causado el resultado querido por el sujeto activo: el fallecimiento de su ex mujer. Para estos casos, indica MUÑOZ CONDE, que si se da por probado el dolo de matar pero la tentativa causó lesiones, la conducta será típica de tentativa de homicidio y de lesiones dolosas consumadas, pero entre ambos delitos hay un concurso de leyes que se resuelve aplicando la pena de mayor gravedad (alternatividad). Sin embargo, se indica a continuación que cuando son varios los actos de agresión continuados en un breve lapso temporal (por ejemplo, varios disparos) y la víctima no ha fallecido, existe un único delito de homicidio intentado⁷³. Como Adriano le propinó dos disparos a su mujer, se considera que entra dentro de este último caso y existe un delito de homicidio intentado.

Por lo que respecta a la tentativa, hay que diferenciar dos escalones del proceso ejecutivo del delito: la tentativa acabada y la inacabada⁷⁴. En nuestro supuesto, las actuaciones habían sido las necesarias para consumir el delito de asesinato; pero por circunstancias ajenas al agente este no se produjo (la víctima resistió a los disparos, pero el resultado podría haber sido otro mucho peor). En efecto, atendiendo a lo dispuesto en el precepto 62 CP⁷⁵, es lógico pensar que la tentativa acabada supone una mayor pena para el acusado que la inacabada; pues el peligro es mayor en el primer caso.

Si bien es cierto que Adriano le ocasionó a su mujer dos disparos pero no un tercero, que podría ser el decisivo para acabar con su vida; se plantea la duda en este punto de si existe un desistimiento tipificado en el artículo 16 CP⁷⁶ por su parte que, de ser voluntario, daría lugar a la impunidad de la

⁶⁹ Vid. artículo 139.1 CP: “será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1º alevosía, 2º por precio, promesa o recompensa, 3º con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; o 4º, para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

⁷⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 43, 44

⁷¹ El artículo 22.1 CP sobre la alevosía dispone lo siguiente: “hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pueda proceder de la defensa por parte del ofendido.

⁷² Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, parte especial, op. cit.*, pp. 42-46

⁷³ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, parte especial, op. cit.*, pp. 41, 42.

⁷⁴ La tentativa es acabada cuando las actuaciones del sujeto activo deberían producir objetivamente el resultado; mientras que se considera la tentativa inacabada en los supuestos en que el sujeto activo comete parte de las actuaciones que deberían dar lugar a la consumación del delito.

⁷⁵ El artículo 62 CP establece que a los autores de la tentativa de delito se le impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

⁷⁶ El artículo 16.1 y 2 surgen de la reforma del CP por la LO 1/2015 y establecen lo siguiente en cuanto a la tentativa y a su impunidad: 1. *Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, no se produce por causas independientes a la voluntad del autor.* 2. *Quedarán exentos 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.*

tentativa. Esta es un asunto muy discutido en la doctrina alemana, cuyos planteamientos han sido trasladados a nuestro país⁷⁷. Actualmente existen dos tesis para resolver estas cuestiones:

En primer lugar, *la teoría de la consideración global*. Los defensores de esta, entienden la tentativa fracasada en tanto en cuanto el sujeto pueda todavía perseguir la producción del resultado, realizando actos ejecutivos que se encuentren inmediatamente conectados con los llevados a cabo hasta entonces. Todo ello, independientemente de que haya habido previamente fracasos parciales. En estos casos estamos ante una tentativa inacabada del delito, y el consiguiente desistimiento basta con que sea pasivo⁷⁸.

En segundo lugar, *la teoría de la consideración individualizada*: al parecer de los representantes de esta teoría, la tentativa ya se considera fracasada tras el primer intento apto para producir el resultado, con lo que queda excluido el desistimiento. La tentativa está acabada en los ejemplos en los que solo es posible un desistimiento activo.

En España, dada la tradicional distinción legal entre la realización parcial y total de los actos ejecutivos, la doctrina ha elaborado criterios para distinguir una de otra independientes de la cuestión de desistimiento. El problema es que las definiciones obtenidas que sirven de base para delimitar los supuestos de desistimiento, contienen incoherencias: un sector doctrinal mayoritario⁷⁹ considera que la tentativa acabada tiene como caso paradigmático el de un sujeto que dispara a otro con un arma de fuego pero no alcanza a la víctima. Estos mismos autores se declaran partidarios de la primera tesis descrita, la cual admite la impunidad por desistimiento si el sujeto no continúa disparando a pesar de tener posibilidades de consumar el delito. No obstante, si la acción de disparar con un arma de fuego apuntando a otro con dolo de matar es tentativa acabada, el consiguiente desistimiento debería de ser activo (es decir, sería el agente quien debería evitar la comisión del delito a través de una acción), y sin embargo admiten un desistimiento pasivo (simplemente el agente deja de ejecutar el delito). Podría decirse que se trata de una excepción a la regla general. Por otro lado, en nuestra doctrina hay algunos representantes de la segunda teoría⁸⁰, de consideración individualizada, por lo que se niega el desistimiento en supuestos de tentativa acabada⁸¹.

Vistas las opiniones doctrinales al respecto, queda ver cómo las interpreta el TS. El Alto Tribunal admite en una sentencia reciente⁸² el desistimiento en un caso similar al nuestro. Así, si bien es cierto que sentencias más antiguas del TS no se admite el desistimiento activo como una circunstancia de arrepentimiento, considerando que no reduce los niveles de específica antijuridicidad del delito homicida, en esta resolución se interpreta lo siguiente: “*El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por: a) realización de hechos exteriores (...), b) que implican comienzo de “directa” ejecución (...), c) que “objetivamente” esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste la*

⁷⁷ Autores españoles han trasladado esta doctrina alemana a nuestro país: vid. MUÑOZ CONDE, F.: *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Bosch, Barcelona, 1972, p. 111, 112, entre otros.

⁷⁸ Hay dos tipos de desistimiento: el pasivo y el activo. Como sus propios nombres indican, la diferencia entre uno y otro es que el pasivo – normalmente vinculado a la tentativa inacabada – exige únicamente que el agente deje de actuar; mientras que el activo – unido a la tentativa acabada – exige que el sujeto, además de cesar en sus actuaciones, ha de hacer algo para evitar que se produzca el resultado final del delito.

⁷⁹ Vid. en este sentido, CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal español, Parte General, Volumen II, Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 135.

⁸⁰ En este sentido, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: “El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1967, p. 198.

⁸¹ Vid. ALASTUEY DOBÓN, C.: “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento.”, en *UNED. Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, núm. 5, 2011, pp. 14-24.

⁸² STS, de 30 de noviembre de 2017 [ROJ 4375/2017], FJ 11. Se trata de la resolución a un recurso de casación impuesto a la SAP de Ourense, [Sumario Ordinario núm. 1778/2013] sobre unos hechos probados del año 2013, donde el propietario de un taller disparó con un arma de fuego a una persona que se había colado en su negocio con intención de sacar un beneficio ilícito. El sujeto pasivo sufrió lesiones y necesitó tratamiento médico-quirúrgico. En esta resolución se discute la existencia del ánimo homicida del agente, y la tipificación del hecho en un delito de lesiones del artículo 148.1 CP, planteándose la posibilidad de desistimiento.

convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía incurrir y, d) que ese resultado no se produzca. Subjetivamente se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo injusto de la tentativa". Asimismo, hace hincapié en un último requisito negativo que debe unirse a estos elementos, y es que el autor *"haya evitado la consumación, porque en tal caso, la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 CP"*. Así, el Tribunal admite esta excusa absolutoria del delito de homicidio o asesinato, y convierte así al agente del delito en responsable criminal por las lesiones causadas. El Tribunal asimismo deja reflejada la relevancia de que esta conducta de desistimiento ha de poseer voluntariedad y ha de ser efectiva para causar la no producción del resultado, para poder considerarse la aplicación del artículo 16.2 CP. El Supremo aprovecha para matizar que la apreciación de esta eximente de responsabilidad por delito de homicidio será irrelevante si la tentativa se considera acabada o inacabada; y si actuó activa o pasivamente para evitar el resultado; admitiendo así la figura del desistimiento con gran amplitud; e independientemente de que el dolo inicial del agente fuese el de *animus necandi*.

Con respecto a esta decisión del TS que, como bien indica este órgano, supone un giro jurisprudencial en torno a la aplicación de este artículo 16.2 en relación con el 62 CP, algunos autores no están muy conformes. De acuerdo con la obra de ALASTUEY DOBÓN⁸³, en virtud de la teoría de la consideración individualizada, es frecuente alegar que no puede legitimarse la exención de pena por desistimiento cuando al sujeto ya se le ha ido completamente de las manos el suceso; pues en este caso, dice la doctrina, ya no podría considerarse que hay modificación del hecho, sino comportamiento postdelictivo. Los autores que se contraponen a esta teoría, se basan en que esta tesis no puede explicar por qué en los casos de tentativa acabada en los que el sujeto, tras ejecutar una acción, cuenta con la posibilidad de que se produzca el resultado, cabe obtener la posibilidad por desistimiento activo; mientras que, en los casos de tentativa inacabada se cierran las puertas al desistimiento. No obstante, hay autores defensores de esta teoría que tampoco aceptan la posibilidad de desistimiento en el caso de la tentativa inacabada. Es el caso de GIMBERNAT, que considera que *"para que pueda entrar en juego el desistimiento voluntario se exige previamente, en el artículo 16.1, que no haya sido el azar el que ha decidido la no producción del resultado, sino únicamente una causa reconducible al autor, esto es: una causa exclusivamente dependiente de la voluntad de éste. Sólo en este caso (...) de acuerdo con el artículo 16.2, el autor está todavía a tiempo de desistir voluntariamente si, mediante una acción, logra que el resultado no se produzca"*⁸⁴.

Por este motivo es criticable la jurisprudencia del TS al respecto, la cual se apoya en razones político-criminales para admitir el desistimiento en estos casos de tentativa acabada donde la no producción del resultado, como bien afirmaba antes, es en parte debido al azar y a que la víctima ha resistido a dos disparos de arma de fuego en los cuales podría haber perdido la vida. El autor del delito – descrito en el supuesto práctico - merecería una atenuación de la pena por haber evitado la muerte de su esposa, pues avisó inmediatamente a los servicios sanitarios, en lugar de continuar disparando hasta conseguir el resultado final. Sin embargo, bajo mi punto de vista, esta actuación posterior al delito, no debería, bajo ningún concepto, determinar la impunidad de la tentativa por desistimiento.

En conclusión a este controvertido asunto y centrándonos en nuestro caso, quedaría impune la tentativa de homicidio para Adriano y se pasarían a considerar los hechos como un delito de resultado de lesiones.

⁸³ Vid. ALASTUEY DOBÓN, C.: "Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento.", *op. cit.*, pp. 40-44.

⁸⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: "El desistimiento en la tentativa acabada. *Lectio doctoralis*", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 59, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006, p. 30

c) Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Atenuantes.

Entrando ya a valorar las posibles circunstancias modificativas de responsabilidad que disminuyen la pena del delito, se le aplicaría a Adriano una atenuante de la pena por la confesión de lo ocurrido (artículo 21.4º CP)⁸⁵ con el fundamento de colaborar con la Administración de Justicia. Recordando los hechos del pasado 7 de septiembre, Adriano inmediatamente después de herir a su ex esposa de gravedad llamó por teléfono al Comandante de Arévalo. Doctrinalmente se considera que además de esta colaboración con la justicia podría darse un signo de arrepentimiento por parte del actor al confesar su infracción a las Autoridades; aunque la razón del delito, de acuerdo con el TS, no es en absoluto este elemento subjetivo⁸⁶. El requisito fundamental que exige esta atenuante es que, para poder ser aplicada, el culpable no debe saber que el procedimiento judicial⁸⁷ se dirige contra él; pues en este caso perdería la esencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad⁸⁸.

En palabras de SERRANO BUTRAGUEÑO, se refiere a las diferentes razones de política criminal que justifican la apreciación de esta atenuante: en primer lugar, la colaboración con la justicia facilita la investigación de los hechos y de los responsables de los mismos; en segundo lugar, facilita la existencia de una respuesta punitiva rápida, eficaz y al verdadero merecedor de la misma; sin perjuicio de que el juez compruebe la veracidad de la confesión. Por último, por razones de estricta justicia, ya que la persona que produce efectos beneficiosos para el sistema penal, debe obtener una correspondiente compensación. Esta se refleja en la atenuación de la sanción que le corresponde por el delito cometido⁸⁹.

Asimismo, indica FARALDO CABANA, de acuerdo con otros autores, que no se considerará una atenuación de la pena si el autor del delito aporta una versión desfigurada de los hechos, o tergiversándolos de manera favorecedora para sí mismo; pues esto sería incoherente con el fundamento de la circunstancia atenuante de la pena⁹⁰.

En segundo lugar, y en relación con los hechos, Adriano ha procedido a llamar a los servicios de emergencias sanitarias para solicitar asistencia inmediata por las lesiones causadas a su mujer. Estamos ante una circunstancia atenuante de la pena por razones lógicas, que se incluye en el artículo 21.5º CP⁹¹, relativa a la reparación o disminución de los efectos del daño causado. La inclusión de esta atenuante se debe a razones político-criminales, para incentivar la reparación de la víctima. Esta circunstancia exige tres requisitos para que pueda ser aplicable. El primero es el elemento objetivo, también llamado acto de reparación. Está conformado por la reparación del daño o la disminución de sus efectos; lo cual permite compensar el desvalor de la conducta. El segundo requisito es subjetivo: aunque prevalece la naturaleza objetiva de la atenuante, se trata de un aspecto colateral que establece que debe tratarse de actos personales y voluntarios del sujeto activo, o al menos, haber tenido esta participación activa en la reparación. Esto significa que aquellos casos en los que son terceros los que reparan el daño causado, no se aplica esta circunstancia modificativa de la pena. En último lugar, el elemento cronológico establece que ha de repararse el daño antes de la celebración del juicio oral.

⁸⁵ El artículo 21.4º CP especifica que es una circunstancia atenuante de la pena “*la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*”

⁸⁶ STS de 22 de julio de 2003 [RJ 2003/6473] en la que subraya que la razón de ser de esta atenuante no radica en el elemento subjetivo de arrepentimiento, sino en razones político-criminales de utilidad y pragmatismo.

⁸⁷ Y se entiende, en este sentido, incluidas en “procedimiento judicial” las diligencias policiales previas, en virtud de la STS de 23 de noviembre de 2005 [RJ 2006/728]

⁸⁸ Vid. MUÑOZ RUIZ, J.: *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas*. Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 104-108. La finalidad principal del establecimiento de esta atenuante es, de algún modo, “agradecer” al culpable la facilitación de la instrucción de la causa criminal y el consecuente ahorro de los costosos y sucesivos trámites de la investigación.

⁸⁹ Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *Código Penal, comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2001, p.460.

⁹⁰ Vid. FARALDO CABANA, P.: *Las causas del levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 305.

⁹¹ El artículo 21.5º CP sostiene que es circunstancia atenuante de la pena “*la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento anterior al juicio oral*”.

Este plazo es más amplio que en la atenuante antes citada. El motivo no es otro que favorecer en mayor medida la actuación reparadora⁹².

De acuerdo con mi criterio jurídico hasta ahora comentado, he de señalar la innecesaria aplicación, a mi parecer, de esta circunstancia modificativa de responsabilidad criminal. El motivo de mi opinión no es otro que el hecho de haber optado anteriormente por aplicarle al sujeto activo la impunidad de la tentativa de homicidio derivada del desistimiento. Las razones de las consideraciones jurídicas que permiten aplicar el artículo 138.1º, relativo al delito de lesiones graves, - en lugar de un asesinato en grado de tentativa, a pesar de la existencia de *animus necandi* -, son las mismas que nos llevarían a apreciar esta atenuante de reparación del daño.

d) Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes.

La primera de las agravantes del delito de lesiones, es la referida a la peligrosidad del instrumento utilizado para producir el resultado. En este caso el arma de fuego⁹³. Se trata de una agravación específica aplicable al delito de lesiones, siendo el autor consciente de su peligrosidad. El uso de armas aumenta considerablemente la vulnerabilidad de la víctima frente a su agresor, y afecta gravemente a otros bienes jurídicos protegidos como la vida, la integridad física y la salud del sujeto pasivo⁹⁴.

La segunda circunstancia modificativa de responsabilidad hace mención a la alevosía, aplicable por la situación de espaldas de la víctima con respecto al agresor. Esta agravación se introduce en el año 2004, por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁹⁵, constituyendo una novedad respecto de las lesiones, puesto que en el CP ya estaba incluida para el delito de asesinato y como una circunstancia genérica de agravación (artículo 22.1 CP⁹⁶). En este punto cabe hacer una aclaración: es aplicable al caso la circunstancia de alevosía en el delito de lesiones porque no se ha optado por la vía jurisprudencial de estimar un asesinato intentado; en cuyo caso la circunstancia agravatoria ya estaría incluida en el tipo básico del delito (artículo 139 CP).

De acuerdo con la jurisprudencia del TS⁹⁷, el fundamento de la previsión de esta circunstancia es un plus de antijuridicidad y culpabilidad. Además, de acuerdo con este Tribunal, existen distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa: alevosía “proditoria” es la equivalente a la traición. Incluye acechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar inesperado para esta; el segundo tipo de alevosía se denomina súbita o “inopinada”: 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 y repentina. Es el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa; pues quien no espera el ataque no puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia. Por último, la alevosía de desvalimiento se refiere aprovechamiento de una situación de desamparo de la víctima como edad –

⁹² Vid. MUÑOZ RUIZ, J.: *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas*, op. cit., pp. 113-119

⁹³ Vid. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 66 que define armas de fuego como aquellas que utilizan la energía de los gases producidos por la combustión de la pólvora para lanzar un proyectil a distancia. A continuación, se hace una clasificación de armas de fuego en cortas y largas, en función de si pueden dispararse con una sola mano o son más prolongadas. En nuestro caso estamos ante un arma corta: una pistola.

⁹⁴ Vid. OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Agresiones específicas y prohibición de incurrir in bis in idem*. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 67-71.

⁹⁵ BOE núm. 313, de 28 de diciembre de 2004, sobre Protección Integral contra la Violencia de Género

⁹⁶ Artículo ya mencionado cuando hablaba de la diferencia entre homicidio y asesinato. De ahí que se trate de una agravante genérica aplicable tanto al homicidio como a las lesiones.

⁹⁷ STS de 24 de mayo, [JUR 2018\158520], en el FJ 3º sostiene una clara interpretación del artículo 22.1º CP. Clasifica las distintas modalidades de alevosía (proditoria, inopinada y de desvalimiento), menciona los elementos de la alevosía (que veremos a continuación) y, para terminar, hace referencia a la STS 467/2015, de 20 de julio [RJ 2015\4491], la cual estableció en su FJ 1º, el carácter subjetivo de la alevosía (que supone mayor culpabilidad) y hace referencia a la tendencia de la Sala de admitir un carácter mixto (de culpabilidad y antijuridicidad), aunque con un predominio del carácter objetivo de la alevosía (que implica mayor antijuridicidad).

niño o anciano –, enfermedad grave, personas drogadas, dormidas o ebrias⁹⁸. Con arreglo a estos rasgos, la que sería más aplicable a la intención de Adriano es la segunda: súbita o inopinada, que más coloquialmente se conoce como “sorpresa”: Agripina, al estar de espaldas, no se esperaba para nada esta actuación de su ex pareja y esta sorpresa eliminó su posibilidad de defensa.

Es necesario señalar con respecto a esta agravante genérica, que los elementos que configuran la alevosía son tres⁹⁹:

- 1) Normativo: se aplica en delitos contra personas.
- 2) Objetivo: ya que se refiere a la actuación del sujeto activo tendente a suprimir las posibilidades de defensa del ofendido.
- 3) Subjetivo: se exige una acción dolosa (intención situarse en una situación de superioridad para con la víctima). Es decir, el agresor ha de conocer esta situación de desequilibrio de fuerzas y ha de aprovecharse de esta para cometer el delito. Aunque no se haya buscado a propósito, debe existir un aprovechamiento intencional¹⁰⁰.

Se trata de una circunstancia de naturaleza mixta que plantea problemas con otra agravante relativa al abuso de superioridad, la cual es considerada por el TS como una alevosía menor o de segundo grado¹⁰¹.

Para terminar con los factores agravantes aplicables a Adriano, cabe mencionar la agravante mixta de parentesco recogida en el artículo 23 CP¹⁰². Existen también controversias al respecto de esta agravante, pues también el artículo 148.4º recoge, para casos como el nuestro de lesiones graves causadas a la mujer, por una persona unida en el presente o con anterioridad a ella por una relación afectiva, una agravante específica de la pena que, al igual que ocurre con la utilización de armas, conforma una pena de 2 a 5 años de prisión para el autor de las lesiones. En este punto, la STS de 12 de septiembre de 2017, [RJ\2017\3907]¹⁰³ FJ 1º, establece que se trata de una pena facultativa para el Juzgador. Se fundamenta, al igual que la circunstancia genérica, en el plus de culpabilidad que refleja que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene o ha tenido con la víctima. Este artículo 148.4º, a diferencia de la agravante genérica recogida en el 23 CP, dice el TS que “*exige un juicio negativo del comportamiento, que el legislador centra en el riesgo al que se somete la víctima (desvalor de la acción), o un juicio negativo de cómo el comportamiento ha afectado al bien jurídico (desvalor del resultado)*”.

Aunque es cierto que el comportamiento de Adriano ha afectado seriamente al bien jurídico protegido (la integridad física de la víctima, al causarle lesiones graves) y ha existido un desvalor del resultado; y, consecuentemente, se podría aplicar perfectamente esta agravante específica; vamos a optar por aplicar la agravante genérica. El motivo de esta decisión se encuentra en la Circular 6/2011 de la FGE, la cual explica lo siguiente:

⁹⁸ Vid. BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J., VILLEGAS GARCÍA, M.A., y ENCINAR DEL POZO, M.A.: “Comentario al artículo 21 CP”, *op. cit.*, p. 137.

⁹⁹ SAP de Pontevedra, 21 de junio de 2010, [ARP\2010\1259], FJ 2º hace referencia en la p. 10 a estos elementos que configuran la aplicación de la alevosía, establecidos por la jurisprudencia del TS. Lo curioso de esta SAP es que los hechos ocurren entre un guardia civil y su ex pareja. El GC dispara su arma reglamentaria hacia la cabeza de su ex mujer, la cual muere en el acto. La STS citada recientemente, STS de 24 de mayo, [JUR 2018\158520], FJ 3º también hace mención a estos elementos.

¹⁰⁰ STS de 27 de diciembre, de 2012, [RJ\2012\9832], FJ 2º. Se entiende por “situación de seguridad”, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia; bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), o bien al hecho de que concurren pluralidad de personas atacantes (superioridad personal).

¹⁰¹ Vid. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, *op. cit.*, p. 76-77, para la agravante de alevosía.

¹⁰² El artículo 23 CP establece, sobre la circunstancia mixta de parentesco, lo siguiente: “*es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.*”

¹⁰³ STS de 12 de septiembre de 2017 [RJ\2017\3907], FJ 1º.

La Exposición de Motivos de la Ley que introduce la agravante específica al artículo 148.4º CP (LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), establece que la pretensión de la introducción de los tipos agravados de lesiones es incrementar la sanción penal, *cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*. Por ello, la intención del legislador era agravar la pena cuando la mujer resulta con lesiones graves por la acción de quien es o ha sido su esposo o compañero y cuando no concurre ninguna de las demás circunstancias previstas en el mismo artículo. Asimismo, para terminar, cuando la agresión se produce con armas, alevosía o ensañamiento, el hecho deberá ser sancionado conforme al párrafo 1º o 2º del artículo 148 CP, pero no procede aplicar la 4ª circunstancia; pues ya no es necesaria para constituir el subtipo agravado y, por lo tanto, hay que proceder a aplicar la circunstancia agravante de parentesco introducida por el artículo 23 CP¹⁰⁴.

Por lo tanto, según todo lo mencionado, Adriano será sancionado con la agravante mixta de parentesco del artículo 23 CP antes mencionado y no se le aplicará en este caso el artículo 148.4º.

En materia de violencia de género, algunos autores como GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN se muestran críticos con la protección de esta Ley Orgánica solamente a las mujeres, fundamentándose en una posición de desigualdad de sujeto pasivo varón, pues asegura que *“un sector de la ciudadanía está excluido de este ámbito de protección”*¹⁰⁵. En respuesta a este parecer ha de decirse que este problema existe prácticamente en todo el mundo, aunque varía la intensidad, las circunstancias y la forma de ejercerla. En opinión de SAN SEGUNDO MANUEL, *“no puede considerarse la violencia de género como unas agresiones aisladas que llevan a cabo algunos hombres por motivos personales, pues se trata de patrones de carácter cultural y social identificable”*. Con esta afirmación, la autora deja claro el carácter sociocultural de la violencia de género, sufrida por un importante número de mujeres. De ahí la necesidad de combatirla, *“no sólo con leyes, sino con la concienciación social”*. La sociedad en general parte de un sistema de valores que otorga unos roles muy distintos al hombre y a la mujer¹⁰⁶: comportamientos, vestimenta, actitudes, etc.¹⁰⁷. En efecto, la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, declara la violencia de género como un problema social y no privado; y afirma que se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad social. Considera que las mujeres que sufren la violencia de género, es por el simple hecho de ser mujeres, y por ser consideradas por sus agresores como seres carentes de libertad, de respeto y capacidad de decisión¹⁰⁸. Para hacernos una idea aproximada de la relevancia de este problema social, en el año 2017¹⁰⁹. en España se han registrado 51 víctimas mortales por violencia de género; de las cuales habían denunciado 39. Asimismo, 9 de ellas estaban en proceso de separación, igual que ocurre en nuestro caso: Agripina ya había presentado a Adriano su demanda de divorcio.

¹⁰⁴ Vid. Circular núm. 6 de 11 de noviembre de 2011, de la FGE. p. 44

¹⁰⁵ En este sentido, vid. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit. pp. 84, 85.

¹⁰⁶ En este punto es fundamental no confundir las diferencias biológicas entre ambos sexos con las culturales. Nos referimos aquí al papel que adquiere cada persona desde el momento de su nacimiento en función de pertenecer a uno u otro sexo. Ejemplo: los niños varones juegan al fútbol mientras que las féminas utilizan muñecas o cocinas de juguete. Indirectamente se crean prejuicios sociales que afectan a la ideología de unos y otros, al inculcar, por ejemplo, a los niños varones que no pueden llorar en público, pues deben simbolizar fortaleza y la expresión de sentimientos es una faceta del “sexo débil”.

¹⁰⁷ Vid. SAN SEGUNDO MANUEL, T.: “La violencia de género. La asistencia social ante la violencia de género.”, en AA.VV, *A vueltas con la violencia. Una aproximación multidisciplinar a la violencia de género*. (SAN SEGUNDO MANUEL, T., Dir.), Technos, Madrid, 2016, pp. 19-21.

¹⁰⁸ En este sentido, de nuevo vid. BOE núm. 313, de 28 de diciembre de 2004, sobre Protección Integral contra la Violencia de Género, Exposición de Motivos, I.

¹⁰⁹ Para más información, estadísticas disponibles en: <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es/> (última consulta: 18-06-2018)

En la línea de esta autora, el CGPJ emite un informe¹¹⁰ acerca de la constitucionalidad de la LO 1/2004; pues esta había sido criticada al dejar fuera de este ámbito de protección a hombres ancianos y menores, víctimas de violencia doméstica; para centrarse en una protección global de la mujer. Bien, este argumento defendido en el informe mayoritario del CGPJ, previo a la LO 1/2004, no parece del todo correcto al seguir en vigor la Ley 27/2003 que creó la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica¹¹¹. Asimismo, la violencia doméstica generalmente se clasifica en tres grandes grupos de víctimas: mujeres, ancianos y menores. El CGPJ opina que el mero hecho de que existan muchos menos casos de personas ancianas y menores víctimas de violencia doméstica, no es causa suficiente para no extender el ámbito de protección a todas estas personas. Finalmente, el Consejo entiende que se está aplicando la teoría de discriminación positiva en materia punitiva con la tramitación parlamentaria de la Ley Integral.

Por el contrario, en cuanto a la opinión del Tribunal Constitucional español (en adelante, TC)¹¹², esta Ley que incluye únicamente la violencia contra la mujer, es un derecho “*desigual igualitario*”; fundamentado en la desfavorable posición de la mujer por situaciones heredadas, tradiciones y hábitos sociales que deben ser proscritos. Así, considera el TC que para que actúe la acción positiva, es necesario: que exista una situación de real desequilibrio en el grupo de las mujeres; que es necesario tomar medidas para lograr la igualdad de oportunidades entre ambos sexos; que los obstáculos pueden ser removidos apoyando al colectivo ahora desfavorecido por la sociedad; y que el trato especial más favorable es necesario como consecuencia de escasez de bienes a los que deben acceder las mujeres¹¹³.

Por su parte, la FGE se pronuncia al respecto de esta LO 1/2004 y considera una doble motivación que justifica la existencia de esta Ley exclusivamente para proteger a la mujer víctima de violencia de género:

En primer lugar, un elemento de carácter cuantitativo. Las estadísticas previas de violencia doméstica ponen de manifiesto la abrumadora mayoría de agresores masculinos. Las mujeres representan un 90,2% de las víctimas en el total de 99,11% de denuncias presentadas en 2004, y el 94% del total de víctimas amparadas por la concesión de órdenes de protección, adoptadas tras la entrada en vigor de la ley 27/2003 antes mencionada. Además, un alto porcentaje de agresores masculinos está o ha estado vinculado afectivamente a la víctima por una relación de pareja.

¹¹⁰ Vid. Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 2004, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer> (última consulta: 18-06-2018), pp.15 a 134.

¹¹¹ BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica

¹¹² STC de 2 de julio, de 1981 [RTC 1981\22]. Esta STC centra en el FJ 3º el derecho fundamental recogido en el artículo 14 CE desde la óptica de enviar dicho principio entendido como hacia los Poderes Públicos y el Poder Legislativo, no implica que a todos los casos se lesione un tratamiento igual, sino que el diferente trato vendrá derivado de si concurre una relevancia jurídica importante. El artículo 14 CE dice lo siguiente: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Además, indica el TC en este FJ 3º: “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación*”. El artículo 14 de este Convenio Europeo [BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, pp. 16808 a 16816), relativo a la prohibición de la discriminación, pone de manifiesto que “*el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

¹¹³ Vid. RUBIDO DE LA TORRE, J.L.: *Ley de violencia de género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 37-42. Asimismo, también una importante STC 59/2008, de 14 de mayo, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 CP, introducido por la LO 1/2004. Este recurso denuncia una supuesta vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad por el diferente trato penal que se le da a la mujer con respecto al hombre en la comisión de este tipo de delitos. El TC [ECLI:ES:TC:2008:59], asegura que no se vulnera el correspondiente artículo 14 CE, pues establece en el FJ 12º que esta diferenciación busca *proteger la seguridad, libertad y dignidad de las mujeres*.

En segundo lugar, el requisito cualitativo se deriva de la constatación de que la violencia degrada los valores en que se apoyan las relaciones afectivas. En otras palabras; se menoscaba la integridad física y moral de la mujer, su libertad, su dignidad humana, su igualdad y el derecho a no ser discriminadas por razón de sexo del artículo 14 CE. De esta manera, el artículo 9.2 de la Constitución Española (en adelante, CE)¹¹⁴ sustenta esta nueva LO 1/2004 de protección de las mujeres en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia ejercida sobre las mujeres, diseñando un tratamiento integral del fenómeno de violencia contra la mujer que permita atajar las causas que favorecen su aparición¹¹⁵.

2.3.Conclusión. Concurso real de delitos.

Una vez calificados todos los hechos cometidos por Adriano en el supuesto, cabe hacer mención a sus correspondientes preceptos penales. En primer lugar, es autor de un delito de stalking en el ámbito de violencia de género, del artículo 172 ter.2. En segundo lugar, es responsable de un delito de lesiones agravadas por el uso de un arma de fuego (artículo 148.1º CP), cometidas en el ámbito de violencia de género (por lo cual se aplica la circunstancia mixta de parentesco, agravante en este caso, del artículo 23 CP), y siendo también de aplicación la agravante genérica de alevosía (artículo 22.1º CP). Asimismo, concurre la atenuante de confesión del artículo 21.4º CP).

Dicho esto, corresponde hacer una breve alusión al concurso real de delitos¹¹⁶: hay concurso real (artículo 73 CP)¹¹⁷ cuando un mismo agente realiza pluralidad de hechos que dan lugar a pluralidad de infracciones. En estos casos, se suman las penas de las infracciones cometidas y se unifican en una única condena. Adriano ha cometido dos infracciones, las cuales lesionan diferentes bienes jurídicos. En el caso de stalking, el bien jurídico protegido es la libertad de obrar de la víctima. En las lesiones, se protege la integridad física de la misma. Por otra parte, también ha habido pluralidad de hechos (es decir, es necesario que las infracciones no sean todas ellas consecuencia de un mismo hecho. De ser así, estaríamos ante un concurso ideal). En nuestro caso, Adriano ha quebrantado varias normas penales: por un lado, por los intentos de comunicación con Agripina en contra de su voluntad; por otro, por los disparos en la espalda en el domicilio de la víctima. Otro requisito, que es el más obvio, para la existencia del concurso material de delitos es la unidad de sujetos. En este sentido, Adriano ha sido el único autor de los ilícitos y Agripina la única víctima directa de los mismos. Por estos motivos, nos hallamos ante un concurso real de delitos.

De acuerdo con el actual CP, por las actuaciones de hostigamiento, agravadas por dirigirse contra una de las personas incluidas en el artículo 173.2 CP (cónyuge, en este caso), Adriano se enfrentaría a una pena de uno a dos años de prisión; o, en su caso, de 60 a 120 días de trabajos en beneficio de la comunidad; sin posibilidad de sustituir dichas medidas por el pago de una multa.

¹¹⁴ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, la Constitución Española. El artículo 9.2 de la Carta Magna establece que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”*

¹¹⁵ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir04-2005.pdf?idFile=68e14af0-540b-4a07-ae32-1dd79eb3a8ed (última consulta: 18-06-2018).

¹¹⁶ Vid. SUÁREZ LÓPEZ, J.M.: *El concurso real de delitos*, Edersa, Madrid, 2001, pp. 62-65, 69, 85-88. También establece este manual en las pp. 85-88, que ha de existir unidad de enjuiciamiento: no se trata exactamente de un requisito penal, sino procesal. De no concurrir esta unidad de enjuiciamiento, se impide la aplicación de los límites propios del criterio de acumulación jurídica.

¹¹⁷ Vid. Artículo 73 CP: *“al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”*.

Las penas accesorias aplicables a este caso son: inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de acuerdo con el artículo 44 CP¹¹⁸, así como la correspondiente prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio o lugar de residencia, y permanecer en los lugares donde habitualmente se encuentra Agripina, y de comunicarse con ella por un tiempo de entre uno y cinco años. Del mismo modo, quedaría en suspenso, respecto a la hija en común, el régimen de visitas, comunicación y estancia hasta el total cumplimiento de la pena, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 57.1 y 2, 48.1 y 2 CP, respectivamente¹¹⁹. La duración de estas medidas, al igual que en el caso anterior, oscila entre uno y cinco años de acuerdo con el artículo 57.2 CP.

En cuanto a la tipificación de la segunda infracción cometida por el guardia civil, cabe resumir brevemente lo siguiente: se ha considerado la admisión del desistimiento de acuerdo con la jurisprudencia vigente del TS. Por lo tanto, se aplica la impunidad de la tentativa de asesinato contra la todavía mujer de Adriano. En consecuencia, se condena al sujeto activo a un delito de resultado de lesiones agravadas por el uso de armas recogido en el artículo 148.1º CP, con las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: circunstancias genéricas: agravante mixta de parentesco (artículo 23 CP), alevosía (artículo 22 CP) y atenuante de confesión (artículo 21.4º). Por lo que respecta a los años de condena por estos hechos ilícitos, cabe mencionar que la atenuante, que concurre con 2 circunstancias agravatorias genéricas de la pena y con una agravante específica (la del uso de armas, implícita en el artículo 148.1º CP), queda sin eficacia al considerarse que se mantiene un fundamento cualificado de la agravación¹²⁰.

Por lo tanto, considerando que el artículo 148.1º CP relativa a las lesiones graves con uso de armas, prevé una pena de 2 a 5 años, que concurre con dos agravantes genéricas, (alevosía y mixta de parentesco), cabe condenar a Adriano a una pena en su mitad superior (es decir, de tres años y seis meses a cinco años).

Finalmente, por este último ilícito, además de la pena privativa de libertad cuya duración oscila entre tres años y seis meses; y los cinco años, se le condenará al guardia civil a una pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio o lugar de residencia, permanecer en los

¹¹⁸ Esta medida se ve reflejada en el artículo 56.2º: *“en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces y tribunales impondrán, atendiendo al delito, como pena accesoria, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena”*. Esta pena concreta de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo se recoge en el artículo 44 CP.

¹¹⁹ Por su parte, establece el artículo 57 CP que *“los jueces y tribunales, en delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, (...), atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de 10 años si el delito fuese grave y de 5 si fuese menos grave”*. El precepto continúa estableciendo que *“si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”*. Por su parte, el apartado 2 del artículo establece que en casos de que el delito fuera cometido contra el cónyuge o persona que está o ha estado unida al condenado por una relación análoga de afectividad aun sin convivencia, se acordarán siempre las medidas del artículo 48.2 CP. El artículo 48.2 dispone que *“la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares (...) impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto del régimen de visitas, comunicación y estancia (...)”*. Por su parte el apartado 3 del artículo 38 pone de manifiesto que la *“prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares (...), impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio telemático, contacto escrito, verbal o visual”*.

¹²⁰ Vid. BESIO HERNÁNDEZ, M.: *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 568. La información por la que se aprecian las agravantes y se excluye la atenuante se basa en un cuadro dispuesto por este autor en la página indicada; sobre la compensación racional de circunstancias modificativas de la pena; que a su vez atiende a lo establecido en el artículo 66.7º CP: *7ª Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior”*.

lugares donde habitualmente esta se encuentra, y comunicarse con ella durante el tiempo de condena, así como quedaría en suspenso, respecto a la hija en común, el régimen de visitas, comunicación y estancia hasta el total cumplimiento de la pena. Todo ello de acuerdo con los artículos 57 y 48 CP explicados *ex ante*. Del mismo modo, se le aplicaría la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de acuerdo con el artículo 44 CP.

Además, se prevé la necesidad de imponer a Adriano la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público dispuesta en el artículo 42 CP¹²¹; que supone el cese inmediato de su cargo. Está motivada por el uso del arma reglamentaria en la comisión del delito y la falta de capacidad para ejercer su cargo como Cabo primero de la Guardia Civil.

Por lo tanto, para concluir: Adriano será condenado a una pena de privación de libertad entre 1 y 2 años por el delito de stalking (artículo 172 ter, apartado 2 CP), y 3 años y 6 meses a 5 años por la infracción de lesiones (artículo 148.1º CP); además de ser condenado al cumplimiento de todas las penas accesorias antes mencionadas.

3. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por empleo del arma reglamentaria

3.1. La responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Tipificación.

Para comenzar, es necesario hacer una referencia previa a la CE que recoge en su artículo 106.2¹²² el derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones sufridas en cualquiera de sus bienes o derechos cuando estas sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

En primera instancia, se excluye la aplicación del Código Penal Militar (en adelante, CPM), de 2015¹²³ pues, de acuerdo con el artículo 1.1 CPM, éste sólo será de aplicación a las “*infracciones que constituyan delitos militares. Las infracciones disciplinarias cometidas por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil se regirán por su legislación específica*”. En este sentido, habrá que acudir al artículo 9 CPM para saber qué se entiende por delitos militares. En virtud de este precepto: “*son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código. Asimismo, son delitos militares cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el CP como delitos de traición y delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (...), delitos de rebelión, en caso de conflicto armado internacional.*”. De acuerdo con esto, no nos hallamos en ninguno de los casos establecidos. En consecuencia, nos remitiremos al CP:

Nuestro CP, incluye la “*responsabilidad civil subsidiaria*” en el artículo 120. Es una responsabilidad indirecta que sólo puede ser declarada “en defecto” de la que corresponda a los criminalmente responsables y respecto de los sujetos o entidades que menciona el propio precepto, entre muchas otras, se encuentran *las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas*¹²⁴. En este caso el vehículo de riesgo era el arma reglamentaria de la que disponía el Cabo primero de la Guardia Civil, a su vez autor del delito de lesiones a su esposa.

¹²¹ Artículo 42 CP: “*La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.*”

¹²² Artículo 106.2 CE: “*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*”.

¹²³ BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2015, del Código Penal Militar.

¹²⁴ En este sentido, STS de 22 de noviembre de 2006 [RJ 2006\8222] manifiesta que ha de existir una declaración previa de una responsabilidad civil directa y únicamente si falta este presupuesto puede entrarse a dilucidar si concurre esta segunda especie de responsabilidad civil defectiva, que únicamente actúa cuando existe responsabilidad criminal.

El artículo 121 CP¹²⁵ tiene sus antecedentes en Códigos anteriores¹²⁶. Establece una triple condición para que los entes públicos respondan subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos dolosos o culposos¹²⁷. Estos requisitos se analizarán en el apartado siguiente.

Además, el precepto exige expresamente que se dirija la acción, además de contra el autor del hecho, contra la Administración o ente público correspondiente¹²⁸. En nuestro caso, Adriano es Cabo Primero de la Guardia Civil, y su arma reglamentaria pertenece a la Dirección General de la Guardia Civil, la cual será la responsable subsidiaria de los daños que se causen con la misma.

Asimismo, la responsabilidad del Estado debe hacerse efectiva cuando el condenado haya sido declarado insolvente¹²⁹. No procede, por tanto, llevar a efecto el pronunciamiento judicial declarando la responsabilidad civil subsidiaria del condenado en el caso de que este sea solvente. De esta manera, se entiende por solvencia la posibilidad real de afrontar el pago de indemnizaciones debidas a las víctimas (en este caso, Agripina, su mujer) en un plazo razonable. En el caso de que Adriano dispusiese de la solvencia suficiente para indemnizar a su mujer por los daños causados con su arma reglamentaria, no tendría lugar la responsabilidad civil subsidiaria de la Dirección General de la Guardia Civil.

Cabe además la posibilidad de la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil suscrito por la Administración como tomadora y cuyos beneficiarios sean sus agentes, funcionarios o empleados. En este caso, es posible dirigirse a la entidad aseguradora para que ésta haga efectiva la cantidad determinada en el pronunciamiento judicial. Agripina tiene acción directa contra la entidad aseguradora para obtener el resarcimiento de los daños, en virtud del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) de 8 de octubre de 1980¹³⁰.

3.2. Requisitos de la caracterización de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado

De acuerdo con el artículo 121 CP, se atribuye la responsabilidad civil subsidiaria al Estado por los hechos ilícitos dañosos cometidos por los penalmente responsables *“de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados”*.

Este precepto condiciona la imposición de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado a los siguientes requisitos¹³¹:

¹²⁵ Artículo 121 CP: *“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal y anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas del procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”*.

¹²⁶ Concretamente, arts. 21 y 22 CP de 1973 (BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre).

¹²⁷ Vid. BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J., ENCINAR DEL POZO, M.A., y VILLEGAS GARCÍA, M^oA.: “Comentario al artículo 121 del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 374, 375

¹²⁸ Vid. BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J., ENCINAR DEL POZO, M.A., y VILLEGAS GARCÍA, M^oA.: “Comentario al artículo 61 CP”, *op. cit.*, pp. 227, 228.

¹²⁹ Vid. MARTINEZ-CARDOS RUIZ, J.L.: “Responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito del Estado”, en *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, Ministerio de Interior, Madrid, núm. 53, 2016, p. 72.

¹³⁰ BOE núm. 250, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. El artículo 76 establece el derecho a acción directa contra el perjudicado y sus herederos contra el asegurador para el cumplimiento de la obligación de indemnizar en materia de seguros contra daños.

¹³¹ Vid. STS núm. 1280, de 5 de julio de 2002 [EDJ 28393]

En primer lugar, el requisito subjetivo del delito es ser agente de la Autoridad, o Funcionario público. El elemento subjetivo del delito está claro: Adriano es Cabo primero de la Guardia Civil y por lo tanto un agente de la Autoridad del Estado (tal y como lo establece el artículo 2 LOFCS: “*Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación, b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas, c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales*). Por lo general, este requisito no ofrece demasiadas controversias.

En segundo lugar, más complicado de detectar será el requisito objetivo o de la acción delictiva: la ejecución de ésta es necesario que el sujeto haya actuado “*en el ejercicio de sus cargos o funciones*”. Se exige una vinculación con el contenido propio de la función desempeñada por el sujeto de la acción.

En tercer y último lugar, se exigen requisitos de resultado: la lesión cuya reparación se exige como responsabilidad civil ha de encontrarse, respecto de la acción penal, reprochada en relación de causa a efecto. Sin ella, no cabe imponer al criminalmente responsable de la acción la responsabilidad civil, y sin ésta no cabe hablar de subsidiariedad de la Administración correspondiente. Dicho de otra manera, es necesario que “*la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos*”¹³².

3.3. Evolución jurisprudencial y doctrinal en la materia.

El límite de la imputación de responsabilidad civil de la Administración se encuentra en las actividades realizadas estrictamente en un ámbito privado. No obstante, ¿cuándo se considera que un agente se encuentra bajo la órbita de las funciones públicas? Respecto de esta cuestión existen tres posicionamientos distintos¹³³:

- En primer lugar, se considera que el agente actúa fuera de servicio cuando la infracción penal cometida no guarda relación alguna con las funciones atribuidas a los funcionarios policiales. En estos casos, la conducta del sujeto no conlleva la declaración de responsabilidad de la Administración correspondiente; aunque en la comisión del delito utilizase, por ejemplo, su arma reglamentaria. Este criterio fue mantenido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo durante la década de 1980¹³⁴. Posicionamiento este que, en la actualidad, está superado.
- Un segundo modelo, declara la responsabilidad civil subsidiaria por hechos delictivos causados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que se encuentran fuera de servicio, cuando hay algún elemento que permite que renazca la vinculación con el servicio público. En este supuesto, podemos diferenciar dos situaciones: por un lado, un primer grupo comprende aquellos casos en que existe una actuación del infractor que puede entenderse inmersa dentro de las funciones públicas; asimismo, cuando un policía realiza determinados actos que permiten entrever su condición de agente de la autoridad, deja de actuar como un particular. En la década de 1990 la Sala de lo Penal del TS¹³⁵ declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por

¹³² Vid. BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J., ENCINAR DEL POZO, M.A., y VILLEGAS GARCÍA, M^aA. “Comentario al artículo 120 CP”, *op. cit.*, pp. 374, 375

¹³³ 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*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, núm. 52, 2016, pp. 5-32.

¹³⁴ Vid. en este sentido STS de 20 de abril de 1985 [RJ 1985/2114]. El TS dicta sentencia no reconociendo la responsabilidad civil subsidiaria del Estado de los hechos detallados en el CONSIDERANDO 3º (un Policía Nacional franco de servicio al que se le disparó el arma reglamentaria en una Sala de Fiestas y produjo el fallecimiento de una persona. El sujeto activo había ingerido bebidas alcohólicas. El TS estima en el CONSIDERANDO 4º que el único responsable de portar y exhibir el arma reglamentaria, incumpliendo la Ley de Policía en ese momento vigente, es el procesado. Asimismo, establece que por encontrarse éste franco de servicio y vestido de paisano, se excluye la responsabilidad del Estado de los hechos sucedidos.

¹³⁵ En este sentido, vid. STS de 21 de octubre de 1997 [ROJ: 6246/1997] se reitera en el fallo correspondiente la aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho: (AH 1º):

los hechos ilícitos delictivos cometidos por funcionarios policiales, aunque estén fuera de servicio, si la actuación que han realizado se incluye dentro de las funciones que pueden considerarse como propias de los agentes de autoridad. Por otro lado, un segundo grupo comprende aquellos casos en los que un agente policial actúa fuera de servicio ante la presencia de un delito que objetivamente reclama su intervención; no obstante, en estos casos si dicho agente comete una infracción, conlleva una responsabilidad civil de la Dirección General de la Guardia Civil.

- Finalmente, un tercer modelo¹³⁶, es también de la década de 1990 y paralelo al anterior. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los hechos ilícitos delictivos cometidos por los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad fuera de servicio, con su arma reglamentaria, con arreglo al elevado riesgo que conlleva utilizar estos instrumentos. Este criterio de imputación parte de que la Administración debe responder para optar por una solución de la que se deriva una creación de riesgo importante. El servicio público de seguridad puede organizarse de varias formas, pero indiscutiblemente, otorgar la posibilidad de que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan llevar arma reglamentaria, implica unos riesgos.

Atendiendo a nuestro supuesto de hecho, los daños han sido causados por un agente con el arma reglamentaria y fuera de servicio. Así, la doctrina, de acuerdo con *SURROCA ACOSTA*¹³⁷, establece que deben subdividirse en dos supuestos. En primer lugar, existen los hechos ilícitos dañosos causados con el arma reglamentaria estando el agente franco de servicio, pero existiendo por su parte una serie de actos que permiten conectar su comportamiento con el servicio público. Si el policía se encuentra fuera de servicio pero en el curso de su infracción delictiva realiza actuaciones como pedir la identificación o proceder a la detención de un ciudadano, dichos actos se enmarcan nuevamente en el funcionamiento de los servicios públicos ya que, el artículo 5.4 LOFCS¹³⁸ establece que el funcionario policial deberá intervenir siempre. En segundo lugar, un problema distinto es la relación con los hechos ilícitos dañosos causados por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con el arma reglamentaria, francos de servicio y sin existir ninguna actuación que pueda entenderse que los conecte nuevamente con el servicio público. Tal podría ser el presente caso en el ámbito de violencia doméstica cometido por el Cabo Primero de la Guardia Civil con el arma reglamentaria en un ámbito estrictamente familiar. Aquí salta a la vista el hecho de que el único vínculo para que pueda declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente es que el daño haya sido causado con el arma reglamentaria – requisito que Adriano cumple –. La cuestión aquí es dilucidar si este vínculo es suficiente para conllevar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración: se ha afirmado que el hecho de que el daño se haya cometido con un arma reglamentaria o particular no puede determinar la imputación del daño a la Administración, ya que lo que realmente trascendente es que el resultado dañoso sea la actualización de la situación de riesgo potencial creado o vinculado al funcionamiento de los servicios públicos.

un Policía Nacional, fuera de servicio pero en un intento de ejercer sus funciones como Policía, golpea levemente a una persona que estaba cazando con un hurón en un coto privado de caza.

¹³⁶ Vid. STS de 19 de octubre de 2001 [ROJ 8045/2001] FJ 5º en la que se aprecia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado fundamentándose en la teoría del riesgo por las lesiones ocasionadas por un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que hizo un mal uso de su arma reglamentaria y disparó a su pareja sentimental, estando franco de servicio. En el mismo sentido, más reciente es la STS de 16 de enero de 2013 [ROJ 235/2013] FJ 5º que, tras hacer una interpretación del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 17 de julio de 2002 (antes citado), deja clara la esencialidad de la concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad para apreciar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Asimismo, continúa el TS: “*si bien se admite esa responsabilidad civil subsidiaria del Estado, si existen datos debidamente acreditados de que el arma debió habersele retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión*”.

¹³⁷ Vid. *SURROCA COSTA, A.*: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *op. cit.*, pp. 45-68.

¹³⁸ BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986. Artículo 5.4 LOFCS: “*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*”.

Aunque bien es cierto que los daños causados por un arma reglamentaria son más fácilmente imputables al Estado que los causados con un arma particular.

En relación con este último modelo doctrinal de los años 90, cabe mencionar a LLOVERAS FERRER¹³⁹ y su interesante artículo sobre la teoría del riesgo. En este punto es necesario hacernos la siguiente pregunta que nos lleva a una posible relación de causalidad: ¿el hecho de que Adriano dispusiese de su arma reglamentaria ha sido el agente principal de la producción dañosa? Bien, pues, de acuerdo con este documento, a menudo llegamos a la responsabilidad sin causalidad directa utilizando los criterios doctrinales conocidos como imputación objetiva, generalmente estructurados como negadores de la imputación pero utilizados para afirmarla cuando la conducta a la que queremos imputar el daño ha sobrepasado los límites del criterio de imputación. De acuerdo con LLOVERAS, la Sala de lo Penal del TS establece en la STS de 21 de diciembre de 1993 [RJ 1993\9589]¹⁴⁰ en el FJ 4º que la obligación de portar armas y estar de servicio permanentemente comporta la creación de un peligro, “*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 que la Administración crea un riesgo prácticamente incontrolable, (...), también debe responder por tales excesos, implícitos en el riesgo creado*”. Además, dice la resolución en el FJ 3º que “*no sólo se debe acreditar que entre la acción y el resultado existe una relación de causalidad (...), sino que es necesario comprobar además que la realización de la acción, como tal, constituye un peligro jurídicamente desaprobado y que el resultado producido es la realización de dicho peligro*” (el peligro, en nuestro caso, es portar el arma)¹⁴¹.

3.4.El ámbito privado del agente.

Una vez asumido dicho posicionamiento se establece un criterio en virtud del cual se puede afirmar que de todos los daños causados con un arma reglamentaria por un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad responde la Administración. Recordando de nuevo el artículo 121 CP, la infracción criminal ha de ser cometida en el ejercicio de sus funciones y ha de ser consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. Es innegable que este último requisito concurre con nuestro caso; pero Adriano no se encontraba de servicio en ese momento.

Por este motivo, se ha afirmado que no puede imputarse a la Administración una responsabilidad civil subsidiaria por los hechos ilícitos dañosos causados por Agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mediante sus armas reglamentarias cuando el hecho ilícito dañoso se comete en el ámbito íntimo y privado del domicilio familiar¹⁴².

Con arreglo a esto y a lo explicado de mano de LLOVERAS, este ha analizado en otro artículo un caso de un policía que intenta asesinar a su esposa; en la STS 390/1996, de 8 de mayo [RJ 1996\3802]¹⁴³. En el FJ 4º el Tribunal establece que no se aprecia la responsabilidad subsidiaria del Estado. El acusado utilizó el arma reglamentaria en el intento de homicidio, pero podría haber utilizado cualquier otro instrumento. Por tanto, concluye que el mero hecho de poseer el arma reglamentaria en el domicilio no genera un riesgo relevante para hacer responsable a quien ha autorizado el uso del arma; ni tampoco se admite la concreción de riesgo derivada del servicio público

Esta es la regla general, a la que existen excepciones. Una de ellas es la existencia de culpa *in vigilando*, *in eligendo*, o creación de riesgo por parte del Estado. Así se aprecia la responsabilidad

¹³⁹ Vid. LLOVERAS i FERRER, M.R.: “Causalidad, información que genera riesgo y derecho al honor: una lectura de la STS, 1ª, 10.1.2011”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2002, p. 6.

¹⁴⁰ STS núm. 2871, de 21 de diciembre de 1993, FJ 3º y 4º, [RJ 1993\9589]

¹⁴¹ Vid. SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *op. cit.*, pp. 29, 30.

¹⁴² Vid. SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *op. cit.* pp. 47-71

¹⁴³ STS de 8 de mayo de 1996 [RJ 1996\3802], FJ 4º.

civil subsidiaria en una sentencia de 1996¹⁴⁴ en la que se considera que un agente es responsable criminal de asesinar a su mujer. Este, a pesar de haber actuado fuera de servicio, se encontraba en estado depresivo y, por lo tanto, existe una creación de riesgo directa por parte del Estado. Pues, es lógico que la administración está obligada a velar por la salud mental de los agentes y controlarla, adoptando las medidas que sean necesarias para garantizar la seguridad ciudadana. Incluso, si fuere necesario, ha de llegar a separar al agente del servicio y a retirarle el arma reglamentaria cuando sus condiciones no sean las adecuadas para poseerla¹⁴⁵.

Bien, atendiendo al supuesto de hecho, por lo que aquí se establece, no existiría responsabilidad civil subsidiaria del Estado. No obstante, existe una particularidad muy importante en nuestros hechos que supone un giro en el criterio de atribución de responsabilidad: el autor del crimen, Adriano, Cabo primero de la Guardia Civil, había pasado un tiempo de baja laboral 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. Pero unos meses antes del delito de lesiones cometido, se reincorporó a su puesto de trabajo, con la reposición de su arma reglamentaria y el médico dejó en este momento de efectuarle seguimientos médicos a su estado psíquico. Esto tiene relación con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2002 [JUR 2002\195351]¹⁴⁶, según el cual la mera utilización del arma reglamentaria no genera necesariamente la responsabilidad civil subsidiaria del Estado; y por lo tanto, *“queda ésta excluida en los supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad”*. Seguidamente, el mencionado Acuerdo incluye entre los supuestos las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él. Asimismo, se concluye en el último párrafo del Acuerdo que *“habrá responsabilidad civil subsidiaria, si existen datos debidamente acreditados, de que el arma debió retirársele al sujeto por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión”*.

Autores como JAÉN VALLEJO¹⁴⁷ hacen hincapié en este último párrafo del mencionado Acuerdo. Según mi interpretación técnico-jurídica de los hechos, la importancia de este condicionante para declarar la responsabilidad del Estado en delitos de la autoridad contra sus familiares determina la aplicación de este artículo 121 CP a nuestro caso. Pues, en este punto se encuentra Adriano: se podría acreditar su baja médica previa a la comisión del delito, – durante la cual le fue retirada su arma reglamentaria por considerar que no estaba capacitado para su posesión – y declarar la responsabilidad del Estado con motivo de realizar la devolución del arma sin un seguimiento médico durante su posesión.

Así, la jurisprudencia de la Sala Penal del TS¹⁴⁸ establece que la Administración debe responder de los daños causados por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria, estén o no de servicio, ya que la posibilidad de que puedan llevar armas de fuego de forma permanente deriva directamente del funcionamiento de los servicios públicos.

¹⁴⁴ Así se establece en la STS de 28 de octubre de 1996, [RJ 1996\9680], FJ 9º

¹⁴⁵ Vid. LLOVERAS i FERRER, M.R.: “Policías que disparan. Los daños causados por armas de fuego utilizadas por la policía”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2000, pp. 11-15.

¹⁴⁶ Vid. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS 17 de julio de 2002, [JUR 2002\195351], p. 38.

¹⁴⁷ Vid. JAÉN VALLEJO, M.: “Responsabilidad civil subsidiaria del Estado (artículo 121 CP). Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada, Instituto de Criminología, Granada, núm. 04-j12, 2002, , pp. 1-4.

¹⁴⁸ En virtud de esta interpretación de la década de 1990, vid. STS de 2 de octubre de 1997 [ROJ: 5824/1997]. FJ. 4º. Se aprecia la responsabilidad civil del Estado en base a la existencia de antecedentes respecto a su adicción al alcohol y a la fragilidad psíquica de un Guardia Civil que se sometía a revisiones psiquiátricas periódicas. Considera el TS que no se considera admisible que este sujeto se mantuviese en el servicio activo y con armas, por lo que es obvio que existe una omisión del deber de vigilancia por parte del Estado, y el proceso de control sobre el mismo, lo que integra la culpa in vigilando; pues, el daño ocasionado fue una concreción del riesgo derivado de la disponibilidad del arma reglamentaria.

El Alto Tribunal en la STS núm. 61/2013, de 7 de febrero (FJ 12º)¹⁴⁹ dispone que el Consejo de Estado estableció doctrinalmente que la Administración Pública debía responder por los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esto, por razones objetivas, derivadas del derecho de la ciudadanía a la seguridad de protección frente a cualquier exceso cometido por personas pertenecientes a las funciones públicas. Y esta es la idea que finalmente se ha asentado jurisprudencialmente: la responsabilidad civil subsidiaria por daños causados por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, utilizando su arma de fuego reglamentaria. Esta STS cita otras anteriores como la STS núm. 496/2000, de 29 de marzo¹⁵⁰ la cual en su FJ 3º menciona la responsabilidad civil subsidiaria por lesiones causadas por los miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado utilizando su arma reglamentaria abusivamente, fundamentándose en el *principio de creación de riesgo, derivado directamente de la forma de organizar el servicio de la Seguridad pública*.

Al parecer del TS, por tanto, el riesgo derivado de la especial responsabilidad encomendada y del manejo del arma de fuego reglamentaria determina la especial responsabilidad en las labores de selección y posterior control por parte del Estado (*in eligendo* e *in vigilando*, respectivamente), para evitar que el arma constituya una fuente de riesgo en manos de quien no se encuentra en condiciones de utilizarla cuidadosamente – dicho sea de paso que es obligatorio su porte por parte de los agentes de acuerdo con el artículo 5.4º LO 2/1986, de 13 de marzo –.

Dice finalmente la sentencia en este FJ 3º que “*el Estado dota de armas a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y debe establecer controles y exámenes pertinentes para asegurar que esos funcionarios estén en debidas condiciones psíquicas para su porte y utilización, debiendo responder, con carácter de responsabilidad civil subsidiario, de los hechos criminales producidos por el uso de tales armas, cuando el funcionario no está en condiciones para realizar un buen uso de la pistola que tiene adjudicada*”. En relación con Adriano, sus antecedentes médicos son indicios de su falta de capacidad psíquica para poseer este tipo de instrumentos de acuerdo con el principio de creación de riesgo.

Para concluir, la responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta en que, quien obtiene beneficios del servicio debe asumir los daños; ya sea con base a la moderna concepción de *creación del riesgo*, o con arreglo a los clásicos criterios de culpa *in vigilando* (relacionada con la vigilancia) o *in eligendo* (con la elección del personal)¹⁵¹.

De este modo, tal y como establece la SAP de Barcelona de 1995 en su FJ. 4º¹⁵², la Administración del Estado tiene el deber de vigilar el estado de salud mental de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con objeto de adoptar las pertinentes medidas terapéuticas, llegando, incluso, a la separación del servicio activo cuando los agentes constituyan un grave riesgo potencial para los ciudadanos. En nuestro caso concreto, Adriano debió haber sido objeto de los correspondientes controles derivados de la responsabilidad “*in vigilando*” de la Administración (en este caso, la Dirección General de la Guardia Civil).

3.5. Conclusión

En vista de todo lo anterior y teniendo en cuenta la patente obligación de las autoridades de la Guardia Civil de controlar el estado mental y la capacidad de sus agentes para la tenencia de armas, concierne condenar al Estado como responsable civil subsidiario del delito cometido por Adriano. Todo ello, a pesar de que los hechos fueran cometidos en el ámbito de su vida privada utilizando el arma reglamentaria. Por tanto, cabe apreciar una culpa “*in vigilando*” por parte de la Administración (Dirección General de la Guardia Civil) por dos motivos:

¹⁴⁹ STS de 7 de febrero de 2013 [RJ 2013\8381], FJ 12º

¹⁵⁰ STS de 29 de marzo de 2000, [RJ 2000\3482], Sala de lo Penal. FJ: 3º

¹⁵¹ Vid. AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., PERRINO PÉREZ, A.L.: *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, p. 200-203.

¹⁵² En este sentido, vid. SAP de Barcelona, de 12 de septiembre de 1995 [ARP\1995\975]

- 1) Por haber entregado el arma al Cabo primero de la Guardia Civil, pese a los antecedentes clínicos de éste y la baja laboral previa por padecer un síndrome ansioso relativo al estrés laboral; y sufrir un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa.
- 2) Asimismo, por reponerle el arma reglamentaria al incorporarse al puesto de trabajo tras los meses de baja laboral; sin hacerle el seguimiento médico de su estado psíquico correspondiente (por orden del médico).

4. Cuestiones penitenciarias

4.1. Principio *non bis in ídem*.

El principio *non bis in ídem*¹⁵³ aparece reconocido de modo tácito en el texto constitucional (artículo 25.1 CE¹⁵⁴). No se recoge expresamente porque el desarrollo de este aparece con posterioridad a la publicación de nuestra CE. Este principio tiene dos vertientes: la material y la procesal. La primera de ellas es entendida como una duplicidad de sanciones. La segunda, que es a la que se enfoca nuestro caso; supone el derecho a no ser sometido a un doble procesamiento o enjuiciamiento. El *non bis in ídem* procesal, se fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵⁵ y el principio de seguridad jurídica. En coherencia con lo anterior, para que concurra la aplicación de esta regla, es necesaria la existencia de una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento. De no existir una de estas identidades, no estaríamos incurriendo en *non bis in ídem*¹⁵⁶.

Una vez explicado esto brevemente, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*, si aplicásemos a Adriano un procedimiento penal por los delitos cometidos, y el procedimiento disciplinario de la Guardia Civil?

En primer lugar, una Sentencia del Tribunal Militar Territorial (en adelante, STMT), sección 1ª¹⁵⁷, dispone en su FJ 4º que los miembros de la Guardia Civil están sometidos a un estatuto jurídico especial. Asimismo, indica este Tribunal, que el Instituto de la Guardia Civil tiene naturaleza militar, característica que hace posible su ubicación entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

De este modo, los miembros de este Cuerpo están sometidos al procedimiento disciplinario de la LO 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil¹⁵⁸.

Una vez explicado esto, conviene citar a GARCÍA PLANAS¹⁵⁹, que concluye la existencia de un doble fundamento de la sanción en estos casos: Cuando se sanciona a un profesional como puede ser un letrado o un Guardia Civil, por la comisión de un delito, existen dos tipos de sanciones: la penal, por la comisión del delito y consecuente puesta en peligro del bien jurídico protegido en ese tipo penal. La segunda sanción sería una medida disciplinaria; que se impone con arreglo a la realización de un hecho atentatorio a la dignidad de la profesión. Además, en este sentido se pronuncia más tarde el TC en la STC 129/2002, de 3 de junio¹⁶⁰, en un procedimiento contra un Abogado. Este alegaba

¹⁵³ *Principio non bis in ídem*: es un principio general del derecho penal que prohíbe que una persona sea juzgada dos veces por lo mismo. Para que concurra esta prohibición debe existir identidad de sujetos, hechos y fundamento.

¹⁵⁴ Establece el precepto 25.1 CE: “Nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan el delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

¹⁵⁵ La tutela judicial efectiva está recogida en el artículo 24.1 CE: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

¹⁵⁶ Vid. OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Agresiones específicas y prohibición de incurrir en bis in ídem*, op. cit., pp. 94-100

¹⁵⁷ STMT de 9 de abril de 2014, [ROJ 54/2014], FJ 4º

¹⁵⁸ BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2007, del régimen disciplinario de la Guardia Civil

¹⁵⁹ Vid. GARCÍAS PLANAS, G.: “Consecuencias del principio “non bis in ídem” en Derecho penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 42, Ministerio de Justicia, Madrid 1989, p 122.

¹⁶⁰ STC 129/2002, de 3 de junio; [RTC 2002\129]. El procedimiento se dirige contra un abogado que ha formulado un motivo de recusación de dos magistrados del TS por enemistad manifiesta con él y con su cliente. El Ministerio Fiscal (en adelante, MF), ha manifestado en un informe que dicha recusación se había formulado con mala fe por parte del letrado. En consecuencia, se ha condenado a este al pago de una multa penal; y también a su cliente.

una vulneración a la regla *non bis in ídem* al “duplicar” una multa a él y a su cliente por los mismos hechos. El Abogado de Estado, por su parte, consideró que no se había infringido este principio “*porque no existen dos sanciones con respecto a un mismo sujeto, sino contra dos personas distintas*” (AH 8º). Esta misma línea ha seguido el propio TC en el FJ 4º al afirmar que “*falta la primera y la más elemental de las tres identidades necesarias para que pueda estimarse una vulneración del principio constitucional: la que se refiere al sujeto, que debe acompañarse de las identidades de hecho y fundamento*”, en referencia al artículo 25.1 CE.

Aplicación análoga es la que ha utilizado este mismo Tribunal dos años más tarde, en la STC 180/2004, de 2 de noviembre de 2004¹⁶¹. En esta ocasión se trata de una supuesta lesión al principio *non bis in ídem* por haberse impuesto al recurrente (un Guardia Civil) dos sanciones que tienen su origen en los mismos hechos. Ante esto, el Tribunal pone de manifiesto, en el FJ 5º de la resolución, que en cuanto al fundamento en el que se apoya la imposición del procedimiento disciplinario es distinto al de la sanción penal. Pues, la sanción penal deriva de las lesiones producidas al conductor del ciclomotor. La otra sanción, fue impuesta con arreglo a la LO 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil¹⁶². Concretamente, el precepto 7.22 de dicha ley derogada, preveía la imposición de una sanción por “*realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la institución*”. Por tanto, ya no se estaría incurriendo en un “*bis in ídem*” al no existir la triple identidad que exige la aplicación de esta regla.

Asimismo, la LO 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, dispone en sus artículos 3 y 4¹⁶³, respectivamente, que se aplica el régimen disciplinario previsto en la ley sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal correspondiente. Asimismo, cabe la tramitación del procedimiento penal contra miembros de la Guardia Civil y expedientes disciplinarios por los mismos hechos.

Por otro lado, esta misma Ley en su artículo 5 establece que “*constituye falta disciplinaria toda acción u omisión prevista como tal en esta ley*”. En relación con ello, el artículo 8.23º, relativo a las faltas graves, considera que “*son faltas graves, siempre que no constituyan delito o falta muy grave: la ostentación o utilización de armas sin causa justificada, así como su uso en acto de servicio o fuera de él, infringiendo los principios y normas que regulan su empleo*”. En relación con este artículo, el precepto 11.2 establece que “*las sanciones que pueden imponerse por faltas graves son: suspensión de empleo de un mes a tres meses, pérdida de cinco a veinte días de haberes con suspensión de funciones, pérdida de destino*”. Estas premisas están correlacionadas con el artículo 12.2 CPM que establece que “*Las penas de privación de libertad impuestas a militares se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar designado por el Ministerio de Defensa, salvo que se trate de pena privativa de libertad impuesta por delito común que lleve consigo la baja en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, en cuyo caso se extinguirá en establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de los penados*”.

4.2. Centro penitenciario de destino.

Como bien establecen las Leyes analizadas recientemente, aplicables a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (LO 12/2007 y el artículo 12.2 CPM, respectivamente), nuestro penado cumplirá condena en un centro penitenciario ordinario.

¹⁶¹ STC de 2 de noviembre de 2004 [RTC 2004\180]. El demandado, un Guardia Civil, tras haber abandonado el servicio de armas que prestaba, condujo un automóvil a velocidad elevada tras haber ingerido gran cantidad de bebidas alcohólicas y ha tenido un accidente con un ciclomotor, causando graves lesiones al conductor del mismo.

¹⁶² BOE núm. 145, de 18 de junio de 1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil es una disposición ahora derogada. Fue sustituida por la hoy vigente LO 12/2007, de 22 de octubre.

¹⁶³ El artículo 3 dice así: “*el régimen disciplinario regulado en esta Ley se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que puedan incurrir los miembros de la Guardia Civil y se hará efectiva en la forma prevista en las correspondientes disposiciones legales*”. Por su parte, el precepto siguiente establece que “*la iniciación de un procedimiento penal contra miembros de la Guardia Civil no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos (...)*”

Recordando los conocimientos básicos de nuestro sistema penitenciario, se puede apreciar un régimen abierto (que se corresponde con los internos de tercer grado), un régimen ordinario (referido a los internos de segundo grado) y un régimen subsidiario que es el cerrado, al que se someterán los internos de primer grado. Estos criterios de clasificación de los penados aparecen recogidos en el artículo 102 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP)¹⁶⁴. Este precepto, igual que los artículos 63 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP)¹⁶⁵, -“*para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. 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*”- y 72.1 LOGP -“*Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal*”- establecen una individualización de tratamiento de los reclusos; lo cual nos lleva a valorar las características personales, familiares, sociales y delictivas de cada persona; así como la duración de la pena y las medidas penales que se le impongan.

Nuestro recluso se destinará a un régimen ordinario, ya que el grado de clasificación que le corresponde es el 2º, en virtud de lo establecido en el artículo 72.2 LOGP. Este precepto realiza una correlación entre grado de clasificación y tratamiento. Dicha vinculación puede verse reflejada también en el artículo 102 RP, el cual establece además las condiciones para que se aplique el régimen de primer grado¹⁶⁶. En este caso, a Adriano no podría aplicársele el primer grado de clasificación, que conllevaría al régimen cerrado de tratamiento; puesto que no muestra una peligrosidad extrema ni una inadaptación grave al régimen penitenciario ordinario.

Recordando las penas a las que fue sometido el sujeto, cabe la posibilidad de que el juez en la sentencia le estableciese la pena recogida en el artículo 42 CP, sobre la inhabilitación especial para empleo como Guardia Civil. Esta pérdida de empleo supone, de acuerdo con el artículo 15 de la LO 12/2007, la pérdida de destino (una de las posibilidades citadas en el artículo 11.2 de esta misma ley, sobre las posibles sanciones a imponerle a un sujeto que comete una falta grave; como en nuestro caso). Esta pérdida de destino implica, en virtud de este precepto, lo siguiente: “*el cese en el que viniera ocupando el infractor quien, durante dos años, no podrá solicitar otro en la misma Unidad o especialidad que determine, de manera motivada y atendiendo a la relación directa con la infracción cometida, la resolución sancionadora*”. Esto conlleva a la pérdida de condición de Guardia Civil y su baja en dicho Cuerpo. Por lo tanto, Adriano, en virtud del antes citado artículo 12.2 CPM, cumplirá condena en un establecimiento penitenciario ordinario.

La consecuencia jurídica que determina el cumplimiento de la pena de prisión en un establecimiento ordinario, es la comisión, por parte de este miembro de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, de un delito común que lleve aparejada esta pena de inhabilitación recogida en el artículo 42 CP, bien sea principal o accesoria¹⁶⁷.

En este sentido se manifiesta el artículo 99 RP al especificar en su apartado 2 lo siguiente: “*respecto a la separación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los militares que sean internados en Establecimientos penitenciarios comunes, deberá observarse lo*

¹⁶⁴ BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1996.

¹⁶⁵ BOE núm. 239, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

¹⁶⁶ El artículo 102.5 RP establece que “*(...) se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada*”.

¹⁶⁷ Vid. RENART GARCÍA, F.: “Las penas privativas de libertad en la Legislación Militar: su tratamiento jurídico-penal y penitenciario” En *Revista de Estudios Penitenciarios*, Ministerio de Interior, Madrid, 2017, núm. 260, p. 69.

dispuesto en la legislación correspondiente". Por lo tanto, este artículo nos remite a la correspondiente LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹⁶⁸, que en su artículo 8.2 pone de manifiesto que *"el cumplimiento de la prisión preventiva y de las penas privativas de libertad por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se realizarán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de detenidos o presos"*.

En esta línea, FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN¹⁶⁹ comprenden la clasificación como procedimiento y como resolución. Asimismo, definen la clasificación inicial como *"el conjunto de actuaciones de la Administración Penitenciaria que concluyen en una resolución que atribuye al penado un grado de tratamiento, o bien cambia uno que se había asignado anteriormente (...)"*. Con respecto a la clasificación como resolución, la definen como *"aquella decisión administrativa que en base a una propuesta elaborada luego de un estudio multidisciplinar, asigna el modelo regimental más adecuado a las exigencias del tratamiento"*. Estas definiciones hacen hincapié en el status jurídico del reo. En este punto cabe mencionar la separación interior regulada en el artículo 16 LOGP¹⁷⁰, en relación con la clasificación de los reos para crear grupos homogéneos¹⁷¹. Por lo tanto, Adriano únicamente podría ingresar en prisiones que dispusiesen del módulo correspondiente del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (en adelante, FIES), que sería el FIES-4, relativo a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e Instituciones Penitenciarias. Ahora veremos en qué consiste el FIES:

4.3.El Fichero de Internos de Especial Seguimiento.

El motivo esencial de la separación de nuestro reo de los demás internos es la seguridad y protección del mismo, en virtud del artículo 3.4 LOGP, que dispone lo siguiente: *"la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos"*. Esto significa que las propias instituciones penitenciarias deberán proteger a Adriano de las potenciales agresiones que pueda sufrir en el interior de la prisión, derivadas de su condición de Guardia Civil. Adriano es un reo susceptible de especial seguimiento por su pertenecía al Cuerpo de la Guardia Civil y esto podría generar problemas si no se le aplicasen estas medidas de separación. Los otros reos podrían ver al Guardia Civil como una posible amenaza, dada su condición de Autoridad; y esto podría conllevar a serios enfrentamientos y consecuentes infracciones penales contra el recién llegado.

Así, el Fichero de Internos de Especial Seguimiento¹⁷² es una base de datos que recoge información de algunos internos de especial vigilancia. Se trata de colectivos de alta peligrosidad (en atención a la gravedad de su historial delictivo o a su trayectoria penitenciaria), o bien, necesitados de protección especial¹⁷³. En este último grupo se encontraría el caso del Cabo primero de la Guardia Civil que estamos analizando. Este fichero incluye distintas clasificaciones en atención a los delitos cometidos, repercusión social de los mismos, pertenencia a bandas organizadas y criminales, peligrosidad u otros factores. En el FIES-4 estaría Adriano; pues se agrupa a aquellos que pertenecen o han pertenecido a las Fuerzas de Seguridad y funcionarios de Instituciones Penitenciarias, cuya

¹⁶⁸ BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

¹⁶⁹ Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 455

¹⁷⁰ El artículo 16 LOGP dispone: *"cualquiera que sea el centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias de tratamiento"*.

¹⁷¹ En este sentido, vid. CAROU GARCÍA, S: "La controvertida historia del Fichero de Internos de Especial Seguimiento. Desde su nacimiento a la actualidad", en AA.VV, *Cuestiones penitenciarias actuales. Criminología, Derecho y práctica* (FERNÁNDEZ BERMEJO, D., coord.), Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2017, p. 96.

¹⁷² El FIES aparece regulado en la Instrucción 6/2006, de 22 de febrero.

¹⁷³ El fichero FIES fue establecido por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en 1991 y aplicado con regularidad a partir de 1996. Para más información, consultar <http://www.infoprision.com/fies> (última consulta: 18-06-2018).

integridad física y seguridad es preciso proteger conforme a lo previsto en el artículo 8 de la LOFCSE. El FIES establece que en la práctica penitenciaria existe cierta preocupación a que los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y de Instituciones Penitenciarias formen un grupo natural de separación interior orientado a evitar posibles represalias del resto de la población reclusa¹⁷⁴. Por este motivo, se incluyen una serie de medidas generales y específicas orientadas a garantizar la seguridad de algunos internos susceptibles de ser incluidos en esta base de datos. Con carácter general, se fija una mayor atención a estas personas en el desarrollo de su vida, conducta y características personales de cada uno. Se fijan unas medidas de seguridad interior más intensas que las previstas en el artículo 65 RP¹⁷⁵.

4.4. Grado de tratamiento.

En primer lugar, cabe destacar la estructura modular existente en los Centros Penitenciarios españoles, lo cual permite distribuir a la población en pequeños grupos más o menos homogéneos. Esta estructura está diseñada para desarrollar la necesidad reglamentaria de la separación interior. Asimismo, en esta línea, cabe diferenciar “clasificación interior” y “separación interior”. La clasificación se refiere a la asignación del grado al que se va a someter al reo. La separación se refiere a una ubicación que se asigna en el interior del Centro a los distintos internos. Así, el fundamento de esta separación de los internos no es otro que aumentar la homogeneidad de los grupos de clasificación resultante a nivel personal, penal, penitenciario y otros; y buscar la compatibilidad de los penados cuando constituyen un grupo heterogéneo (pues, no siempre es posible alcanzar una homogeneidad perfecta)¹⁷⁶.

En cuanto a la individualización científica del reo para su clasificación en módulos en prisión¹⁷⁷, la LOGP pone de manifiesto en el precepto 72.1: “*Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal*”. Este sistema permite adaptar el sistema penitenciario a las circunstancias personales y necesidades de cada recluso¹⁷⁸. Además, establece el artículo 63 LOGP que, una vez realizada dicha individualización del penado, “*se clasificará y se destinará a un establecimiento cuyo régimen sea el más adecuado para el tratamiento que se le haya señalado y al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. Además, la clasificación debe tener en cuenta, además de la personalidad y el historial personal, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena y medidas penales implementadas; así como los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento*”.

Por otro lado, si atendemos al artículo 102 RP, su apartado 3 establece que “*serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias penitenciarias de normal*

¹⁷⁴ Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2009, pp. 278.

¹⁷⁵ Este precepto (65 RP) impone las siguientes medidas de seguridad interior: “1. *Las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos consistirán en la observación de los internos, los recuentos de población reclusa, los registros, los cacheos, las requisas, los controles, los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y las actividades y cautelas propias de las salidas tanto fuera de los módulos como fuera del establecimiento. 2. La intensidad de las medidas señaladas en el apartado anterior se ajustará a la potencial peligrosidad de los internos a que se apliquen, particularmente en los supuestos de internos pertenecientes a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema, respetándose, en todo caso, los principios a que se refiere el artículo 71.3. Al fin señalado en el apartado anterior, la Administración penitenciaria podrá constituir grupos especializados de funcionarios*”.

¹⁷⁶ Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2009, pp. 276, 279.

¹⁷⁷ En este sentido, para más información, vid. JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 131-149

¹⁷⁸ Vid. CAROU GARCÍA, S.: *Primer grado penitenciario y Estado de Derecho. El estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 80

convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad". De acuerdo con ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ¹⁷⁹, el régimen ordinario supone un nivel intermedio de control institucional, y se aplica cuando no concurren circunstancias específicas previstas para aplicar un régimen cerrado o abierto, respectivamente. Asimismo, es el más habitual de los tres posibles regímenes penitenciarios. Asimismo, el artículo 74.1 RP indica que *"el régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos"*.

Un interno puede hallarse en seis situaciones distintas: detenido (se trata de una medida interpuesta por la Autoridad competente, consistente en el ingreso en un Centro Penitenciario de manera transitoria, hasta un máximo de setenta y dos horas. La siguiente condición es la de preso; que se da con la existencia de una medida cautelar de restricción de libertad ambulatoria, por el tiempo máximo previsto en la Ley. Las personas que se hallan bajo estas dos denominaciones no son susceptibles de clasificación. En tercer lugar, tenemos al penado sin clasificar: se hallan en esta situación las personas que han sido condenadas a pena privativa de libertad por sentencia firme, pero que aún no se ha recibido en el Centro correspondiente el testimonio de sentencia, o sí se ha recibido pero no se ha formulado todavía la propuesta de clasificación inicial. En cuarto lugar, se encuentran los penados clasificados en segundo grado. En quinta posición, se encuentran los reos sin clasificar que tienen decretada simultáneamente prisión preventiva por otra causa. No se pueden clasificar por impedimentos legales. Finalmente, tenemos al penado clasificado en primer o tercer grado.

Todas estas circunstancias, excepto la última, son susceptibles de ser clasificadas en un régimen ordinario, de segundo grado, en concordancia con el artículo 74.1 RP antes citado. Nuestro sujeto activo se hallaría en la cuarta.

4.5. Conclusiones.

Las actuaciones punibles realizadas por Adriano contra su esposa son constitutivas de un delito común, ya que han sido cometidos estando el agente franco de servicio. Por otra parte, dada la gravedad de los hechos, se ha aplicado al Cabo primero la pena accesoria impuesta por el artículo 42 CP relativa a la inhabilitación para el puesto de trabajo, la cual tiene carácter permanente en el tiempo. Por lo tanto, nuestro penado deja de ser miembro del Cuerpo de la Guardia Civil y, consiguientemente, su condena ha de ser cumplida, en virtud del artículo 10 LOGP, en un centro penitenciario ordinario. No obstante, dada la posible problemática con la demás población penitenciaria por tratarse de un agente de la Autoridad, se prevé que la condena sea cumplida en un módulo separado de los demás reos, en virtud del artículo 12 CPM.

Asimismo, se establece en virtud de la Instrucción 6/2006 el cumplimiento de condena en un régimen penitenciario ordinario en un Centro que disponga del módulo FIES-4, para su necesaria protección, por existir un riesgo potencial para su integridad física por su condición de Guardia Civil. De forma análoga, resulta aplicable un segundo grado de tratamiento, por sus circunstancias personales de normal convivencia con los demás penados; no siendo éstas suficientes para la aplicación de un régimen abierto de tercer grado.

Por lo tanto, para concluir, Adriano únicamente podrá ser destinado a uno de los siguientes Centros penitenciarios: Estremera, Mairena del Alcor, Albocasser, La Roca del Vallés, Logroño y Monterroso; que son los que disponen de un módulo adaptado a sus condiciones personales.

5. Conclusiones finales

A lo largo de este trabajo se han analizado, de acuerdo con el supuesto de hecho, dos tipos penales, recogidos en los artículos 172 ter.2 y 148.1º CP, sobre el delito de acoso y de lesiones graves con armas de fuego, respectivamente. A mayores, se ha analizado la concurrencia de una

¹⁷⁹ Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia, op. cit.*, pp. 229, 230.

supuesta responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado con motivo del uso del arma reglamentaria de un Guardia Civil en su ámbito privado, franco de servicio, pero existiendo antecedentes clínicos de incapacitación para uso y posesión de armas de fuego. En tercer lugar, por los hechos ocurridos, se ha establecido una posible condena para el sujeto activo de los hechos ahora citados y, en consecuencia, su posible ingreso en prisión.

Por lo que respecta al tipo penal recogido en el artículo 172 ter, el delito de acoso es relativamente nuevo (se ha incluido en el CP español mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo). A pesar de ello, han existido siempre casos de stalking en los que, en ocasiones se tipificaba el comportamiento como delito de coacciones o amenazas. Además, dada la existencia de una previa relación afectiva a los hechos entre el autor y la víctima (estaban casados en proceso de divorcio); el artículo 172 ter agrava, en el apartado 2, la pena impuesta, que quedaría fijada en 1 o 2 años de prisión, con la potestad judicial de aplicar la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días, según corresponda.

Por lo que respecta a la forma de hostigamiento del sujeto activo, este utilizaba dispositivos electrónicos como el teléfono para enviar mensajes continuamente a su mujer, redes sociales como el Facebook para intentar contactar con ella, y también realizaba conductas de persecuimiento por la calle, simulando un encuentro causal con la víctima. Por todo ello es preciso hablar de ciberacoso; realizado a través de las TICs. Esta modalidad es más agresiva que lo que conocemos tradicionalmente como acoso. El motivo es la sensación de impunidad que produce en el agresor el hecho de poder hacer y decir cosas sin ser identificado; pues en numerosas ocasiones, actúan bajo el anonimato. También es, para ellos, una ventaja la accesibilidad a la víctima a través de estos medios tecnológicos. En nuestro caso, Adriano actuaba con cierta percepción de poder y libertad, y además, cuando fue bloqueado en la aplicación WhatsApp, procedió a crearse una cuenta falsa de Facebook para intentar contactar con su mujer.

Los diferentes sectores doctrinales, han clasificado a los actores de este delito en diversas categorías: según la relación previa con la víctima, según el proceder conductual del agresor, etc. De acuerdo con la más reciente de las clasificaciones, realizada por HOLMES, Adriano encajaría en el término “stalker doméstico”, ya mencionado por otros autores. En estos casos, la conducta de hostigamiento suele terminar con una violencia de mayor calibre; como posteriormente ocurre en este supuesto. Otros autores, utilizan términos clasificatorios como: los rechazados, resentidos, depredadores e incompetentes. Bien, en este caso, Adriano se encontraría en el primer grupo; pues su comportamiento responde a un no deseado final de una relación afectiva y sus conductas, al menos en un principio, pretenden conseguir la reconciliación con Agripina.

Por lo que respecta al segundo ilícito cometido por el Cabo primero de la Guardia Civil, se trata de un delito de lesiones con la agravación específica del uso de armas (artículo 148.1º CP). En un principio, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, y aspectos contextuales de los hechos: dos disparos por la espalda con su arma de fuego, anteriores conductas de stalking hacia su ex mujer, resentimiento por la finalización de su relación, etc.; cabría concretar la existencia de un *animus necandi* o ánimo de matar. Esto haría que se tratase de un delito de asesinato en grado de tentativa (asesinato porque existe alevosía: le disparó por la espalda, sin mediar palabra, para coger a la víctima por sorpresa y eliminar sus posibilidades de defensa, asegurando la comisión de los hechos). No obstante, se aprecia un desistimiento activo en la conducta posterior a los hechos del agente: se dispone a llamar a los servicios de urgencias para salvar la vida de su mujer y a confesar los hechos al Comandante de su puesto de la Guardia Civil. Por ello, queda impune la tentativa acabada de asesinato para dar paso a un delito de resultado de lesiones graves en el ámbito de violencia de género. Aunque, en mi opinión técnico-jurídica, al tratarse de una actuación post delictiva, no debería de apreciarse el desistimiento, el Tribunal Supremo ha optado por aplicar esta figura en los últimos años en sentido amplio.

Por lo que respecta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se aprecia una atenuante por la confesión de los hechos antes de conocer que el procedimiento judicial se

dirigía contra él (artículo 21.4° CP). Podría aplicarse también la atenuante de reparación del daño recogida en el artículo 21.5° CP, pues Adriano llamó a los servicios de urgencias de inmediato para disminuir los efectos del delito. No obstante, bajo mi criterio, al apreciarse el desistimiento de la tentativa de asesinato por las mismas razones que conllevarían al establecimiento de dicha atenuación, no procedería la aplicación de esta. Por otro lado, concurren las circunstancias de agravación de la pena genéricas establecidas en los artículos 22.1° y 23 CP, respectivamente; relativas a la alevosía y la circunstancia mixta de parentesco, al ser la víctima su cónyuge. Esta última circunstancia califica el hecho de “violencia de género”, al ser causadas las agresiones contra la mujer del agresor.

Finalmente, como ha habido dos delitos que lesionan bienes jurídicos diferentes: el primero lesiona la libertad de obrar de la víctima y el segundo su integridad física, cabe emplear un concurso real de delitos. Para que este sea susceptible de aplicación han de concurrir tres requisitos: en primer lugar, identidad de sujetos, activo y pasivo, en ambos delitos. En segundo lugar, la lesión de bienes jurídicos diferentes, o el mismo varias veces. Por último, la existencia de pluralidad de infracciones. En nuestro supuesto de hecho se cumplen estas tres identidades.

Además, se le atribuyen al autor una serie de medidas accesorias como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, de acuerdo con el artículo 44 CP, la prohibición de aproximación a la víctima, a su domicilio o lugar de residencia, así como permanecer en los lugares donde habitualmente se encuentra esta, y de comunicarse con ella por un tiempo de entre uno y cinco años. Así, queda también en suspenso, por el delito de stalking, el régimen de visitas con la descendiente en común. No obstante, con motivo de la comisión del segundo delito delante de la menor, el juez tiene la potestad de suspender la patria potestad con respecto a la hija en común por el delito de lesiones cometido en su presencia. Todo ello con arreglo a los preceptos 57 y 48 CP, respectivamente. Además, por el uso del arma reglamentaria corresponde aplicarle al guardia civil una inhabilitación especial para el empleo o cargo público dispuesta en el artículo 42 CP, prohibiéndole así ejercer como Guardia Civil y teniendo que cesar de su puesto, de forma permanente.

Por lo que respecta a la posible concurrencia de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en primer lugar, cabe referirse al artículo 106.2 CE, relativo al derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones sufridas por cualquiera de sus bienes o derechos cuando éstas sean en consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Por otro lado, nuestro sistema penal, recoge en los artículos 120.3 y 121 CP, respectivamente, la responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos, en casos de delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos. Con arreglo a estos preceptos, ha existido una larga evolución jurisprudencial, de la que se deducen los siguientes requisitos para que concurra la responsabilidad del Estado: en primer lugar, un requisito subjetivo: ser Agente de la Autoridad o Funcionario público. Adriano, cabo primero de la Guardia Civil, es un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en virtud del artículo 2 LOFCSE. Su arma reglamentaria pertenece a la Dirección General de la Guardia Civil, la cual, en su caso, sería la responsable subsidiaria de los daños causados con la misma. En segundo lugar, la jurisprudencia actual exige un requisito objetivo de los hechos: se exige una vinculación entre el contenido propio de la función desempeñada por el sujeto de la acción y el cargo que ostenta. En nuestro caso, la relación directa está en el arma utilizada. En último lugar, ha de existir una relación causa-efecto entre la conducta reprochable penalmente y la responsabilidad civil correspondiente. Es decir, la lesión ha de ser consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. De acuerdo con algunas de las sentencias más recientes (desde la década de 1990), se ha optado por considerar la responsabilidad civil subsidiaria en sentido amplio. En este sentido, se aprecian criterios de imputación como: *culpa in vigilando*, *in eligendo* y la creación de riesgo. En nuestro caso, recordando que el agente había estado de baja laboral durante un lapso temporal de 6 meses, con la correspondiente retirada del arma reglamentaria; sería posible la aplicación de la *culpa in vigilando* por parte del Estado. Su

fundamento estaría en que se le ha entregado el arma reglamentaria y no se ha sometido al guardia civil a un seguimiento médico (por recomendación de éste, pero la Dirección General de la Guardia Civil, en tanto en cuanto es responsable de las actuaciones de sus miembros, debería haber previsto la carencia de las condiciones adecuadas de Adriano para poseer el arma). Por lo tanto, en virtud de la obligación de la Dirección General de la Guardia Civil de controlar el estado mental y la capacidad de sus agentes para la tenencia y uso de armas, se declara una responsabilidad civil subsidiaria de la misma, en defecto de solvencia por parte de Adriano para indemnizar a su mujer por los daños causados.

De acuerdo con una posible aplicación de una sanción disciplinaria en conjunto con la sanción penal correspondiente, y el principio *ne bis in ídem*, esto sería posible en tanto en cuanto, de acuerdo con el TC y los artículos 3 y 4 LOFCSE, las penas tienen fundamentos distintos. La sanción disciplinaria se sostiene en un atentado contra la dignidad exigible a los miembros de la institución, y la sanción penal tiene su origen en las lesiones producidas, en este caso, a su mujer.

Finalmente, como consecuencia de la pena especial accesoria de suspensión del empleo del Guardia Civil por un delito común, y en virtud del artículo 11.2 de la LO 12/2007, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, el Cabo primero de la Guardia Civil pierde su condición de miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, consiguientemente, ingresa en un establecimiento penitenciario ordinario. No obstante, se prevé la entrada del Guardia Civil en un módulo separado del resto de los penados, por motivos de protección. Esta medida impuesta se recoge en la Instrucción 6/2006, y establece la base de datos FIES, que clasifica varios grupos de personas susceptibles de especial seguimiento, bien por su peligrosidad, o bien por su necesidad de protección especial. Adriano, dada su condición de miembro de la Guardia Civil, se incluye en el FIES-4 y por lo tanto, ha de ingresar en uno de los Centros penitenciarios que disponga de este módulo. Así, dadas las circunstancias penitenciarias de normal convivencia y la falta de peligrosidad e inadaptación de nuestro recluso, cabe someterlo a un régimen ordinario, de segundo grado. Es el más común entre la población penitenciaria, la cual clasifica a los internos en primero, segundo y tercer grado que van a determinar el ámbito de restricción de su régimen. Para ello, se basan en un estudio científico individualizado de cada recluso, en la medida en que éstos se presten a realizarlos. Por lo tanto, Adriano ingresará en una de las siguientes prisiones: Estremera, Mairena del Alcor, Albocasser, La Roca del Vallés, Logroño y Monterroso; que disponen del módulo FIES-4, adaptado para él.

6. Apéndice jurisprudencial

SAP de Barcelona de 12 de septiembre de 1995 [ARP\1995\975]
SAP de León, de 20 de marzo de 1997 [JUR 2007\248545]
SAP de Pontevedra, 21 de junio de 2010 [ARP\2010\1259]
SAP de Sevilla, de 8 de junio de 2009 [JUR 2009\377646]
SAP de Valencia de 7 de mayo de 2018 [JUR\2018\126330]
SJPI de Tudela, de 23 de marzo de 2016 [ARP 2016\215]
STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008 [ECLI:ES:TC:2008:59]
STC de 2 de noviembre de 2004 [RTC 2004\180]
STC 129/2002, de 3 de junio de 2002 [RTC 2002\129]
STC 22/1981 de 2 de julio, de 1981 [RTC 1981\22]
Auto del TS de 20 de abril de 2001 [RJ 2001\9259]
Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS, de 17 de julio de 2002 [JUR 2002\195351]
STS de 24 de mayo de 2018 [JUR 2018\158520]
STS de 30 de noviembre de 2017 [ROJ 4375/2017]
STS de 12 de septiembre de 2017 [RJ\2017\3907]
STS de 8 de mayo de 2017 [RJ 2017\2385]
STS de 20 de julio de 2015 [RJ 2015\4491]
STS, de 7 de febrero de 2013 [RJ 2013\8381]
STS de 16 de enero de 2013 [ROJ 235/2013]
STS de 27 de diciembre, de 2012 [RJ\2012\9832]
STS de 22 de diciembre de 2008 FJ: 4º [ROJ: STS 7270/2008]
STS de 22 de noviembre de 2006 [RJ 2006\8222]
STS de 23 de noviembre de 2005 [RJ 2006\728]
STS de 22 de julio de 2003 [RJ 2003\6473]
STS de 5 de julio de 2002 [EDJ 28393]
STS de 19 de octubre de 2001 [ROJ 8045/2001]
STS de 5 de abril de 2000, [RJ 2000\3729]
STS de 29 de marzo de 2000, [RJ 2000\3482]
STS de 23 de febrero de 1999 [RJ 1999\1186]
STS de 21 de octubre de 1997 [ROJ: 6246/1997]
STS de 2 de octubre de 1997 [ROJ: 5824/1997]
STS de 20 de marzo de 1997 [RJ 1997\1948]
STS de 21 de diciembre de 1996 [ROJ 1040/1996]
STS, de 28 de octubre de 1996 FJ 9º [RJ 1996\9680]
STS, de 8 de mayo de 1996 [RJ 1996\3802]
STS de 21 de diciembre de 1993 [RJ\1993\9589]
STS de 20 de abril de 1985 [RJ 1985/2114]
STMT de 9 de abril de 2014 [ROJ 54/2014]

7. Bibliografía

ABOSO, G.E.: *Derecho Penal Cibernético: La cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, BdeF, Buenos Aires, 2017
ALADRO FERNÁNDEZ, J.C. y FRIAS MARTINEZ, E.: “Comentario al artículo 138 CP”, en AA.VV. *Código penal comentado* - Dir. ROMA VALDÉS, A. - Bosch, Barcelona, 2015, pp. 261-263.
ALASTUEY DOBÓN, C.: “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, en *UNED. Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, núm. 5, 2011, pp. 15-53.
AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., PERRINO PÉREZ, A.L.: *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Dykinson, Madrid, 2017

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2009

BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J., ENCINAR DEL POZO, M.A., y VILLEGAS GARCIA, M.A.: Comentarios a los artículos 21, 61, 120, 121, 172ter, en AA.VV, *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias* - coord. JUANES PECES, A.- Lefebvre el Derecho, Colección Tribunal Supremo, Madrid, 2017, pp. 114-135, 227-228, 360-374, 374-384, 550-552.

BESIO HERNÁNDEZ, M.: *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

CAROU GARCÍA, S.: “La controvertida historia del Fichero de Internos de Especial Seguimiento. Desde su nacimiento a la actualidad”, en AA.VV, *Cuestiones penitenciarias actuales. Criminología, Derecho y práctica* - coord. FERNÁNDEZ BERMEJO, D. - Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2017, pp. 91-98.

CAROU GARCÍA, S.: *Primer grado penitenciario y Estado de Derecho. El estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad*, Bosch, Barcelona, 2017

CRIADO TORRES, L.: “*El papel de la mujer como ciudadana en el siglo XVIII: la educación y lo privado*” en la Universidad de Granada, Granada, 2012

CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal español, Parte General, Volumen II, Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2009

CUERDA ARNAU, M.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

FARALDO CABANA, P.: *Las causas del levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012

FINCH, E.: *The Criminalisation of Stalking. Constructing the Problem and evaluating the solution*, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 2001

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

GARCÍA GONZÁLEZ, J.: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

GARCÍAS PLANAS, G.: “Consecuencias del principio “non bis in ídem” en Derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 42, 1989, pp. 109-123.

GIMBERNAT ORDEIG, E.:

- “El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1967, pp. 195-204.
- “El desistimiento en la tentativa acabada. *Lectio doctoralis*”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 59, 2006, pp. 25-34.

GONZÁLEZ DE RIVERA, J.L.: *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del mobbing y otras formas de acoso*, Espasa, Madrid, 2002

GÓMEZ RIVERO, M.C.: “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en AA.VV., *El acoso: tratamiento penal y procesal* - Dir. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I. - Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 27-48

HARMON, R.P., ROSNER, R., y OWENS, R.L., “Obsessional Harassment and Erotomania in a criminal court population”, *Journal of Forensic Sciences*, núm. 40, 1995, pp. 188-196

HOLMES, R.M.: “Criminal Stalking; An Analysis of the Various Typologies of Stalkers”, en *Stalking Crimes and Victim Protection. Prevention, Intervention, Threat Assessment, and Case Management*, 2001, pp. 317-327

JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2016

KAMIR, O.: *Every breath you take. Stalking narratives and the Law*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2004

LLOVERAS i FERRER, M.R.:

- “Causalidad, información que genera riesgo y derecho al honor: una lectura de la STS, 1ª, 10.1.2011”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2002, pp. 2-15
- “Policías que disparan. Los daños causados por armas de fuego utilizadas por la policía”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2000, pp. 1-14.

MAGRO SERVET, V.:

- *Los delitos del sexting (197.7) y Stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*, 2015. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484 (última consulta: 18-06-2018)
- “La pena de prohibición de comunicación y su aplicación al uso de redes sociales (Facebook, instagram, etc.), en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 9098, 2017, pp. 1-8.

MARTIN MARTIN DE LA ESCALERA, A.M. y TEJADA ELVIRA: “Las conductas de ciberacoso en Derecho Penal”, en AA.VV, *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso* - coord. LAFONT NICUESTA, L. - Dykinson, Madrid, 2017, pp. 173-200.

MARZABAL MANRESA, I.: “El *animus necandi* y factores de riesgo en el delito de asesinato de pareja o ex pareja. Predicción de la violencia”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 2013, pp. 439-461.

MATALLÍN EVANGELIO, A.: “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en AA.VV *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* - Dir., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. - Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 575-589.

MARTINEZ-CARDOS RUIZ, J.L.: “Responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito del Estado”, *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, núm. 53, 2016, pp. 5-125.

MAUGERI, A.M.: “El stalking como delito contra la intimidad”, en AA.VV, *Aspectos referidos a los delitos contra la vida y la salud, violencia de género, tráfico de órganos humanos, stalking, contra la libertad y la indemnidad sexuales y dopaje* - Dir. DOVAL PAIS, A., coord. MOYA GUILLEM, C. - Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 65-73.

MENDOZA LOSANA, A.I.: *Eficacia privada de la pena de “destierro virtual. ¿Están los proveedores de acceso a internet obligados a negarse a contratar con los condenados por delitos cometidos a través de la red?”*, 2013, Disponible en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/eficacia-privada-de-la-pena-de-destierro-virtual-estan-los-proveedores-de-acceso-a-internet-obligados-a-negarse-a-contratar-con-los-condenados-por-delitos-cometidos-a-traves-de-la-red.pdf> (última consulta: 18-06-2018)

MOHANDIE, K, MELOY, R., GREEN MACGOWAN, M., WILLIAMS, J.: “The RECON Typology of Stalking: Reliability and Validity Based upon a Large Sample of North American Stalkers”, *Journal of Forensic Sciencies*, vol. 51, núm. 1, 2006, pp. 147-155

MULLEN, P.E., PATHÉ, M.: “The impact of stalkers on their victims”, en *British Journal of Psychiatry*, núm. 174, 1997, pp. 12-14

MULLEN, P.E., PATHÉ, M., PURCELL, R y STUART, G.W: “A study of stalkers”, en *American Journal of Psychiatry*, núm. 156, 1999, p. 1244-1249

MULLEN, P.E., PATHÉ, M. y PURCELL, R.: *Stalkers and their victims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000

MUÑOZ CONDE, F.:

- *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona, 1972

MUÑOZ RUIZ, J.: *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas*. Aranzadi, Navarra, 2016

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Agresiones específicas y prohibición de incurrir en bis in ídem*. Aranzadi, Navarra, 2007

- RENART GARCÍA, F.: “Las penas privativas de libertad en la Legislación Militar: su tratamiento jurídico-penal y penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 260, 2017, pp. 51-104
- RÍOS MARTÍN, J.C.: “Los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES). Análisis de la normativa reguladora, fundamentos de su ilegalidad y exclusión del ordenamiento jurídico”, disponible en <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=995> (última consulta: 18-06-2018)
- RUBIDO DE LA TORRE, J.L.: *Ley de violencia de género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- SAN SEGUNDO MANUEL, T.: “La violencia de género. La asistencia social ante la violencia de género.”, en AA.VV. *A vueltas con la violencia. Una aproximación multidisciplinar a la violencia de género* – Dir. SAN SEGUNDO MANUEL, T. - Technos, Madrid, 2016, pp. 19-33.
- SERRANO BUTRAGUÑO, I.: *Código Penal, comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2001
- SNOW ROBERT, L.: *Stopping a Stalker: A Cop's Guide to Making the System Work for you*, Da Capo Press, Cambridge, 1998
- SUÁREZ LÓPEZ, J.M.: *El concurso real de delitos*, Edersa, Madrid, 2001
- SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 52, 2016, pp. 120-147.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Wolters Kluwer, 2016
- VILLACAMPA ESTIARTE:
- “El delito de Stalking”, en AA.VV. *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*, - coord. LAFONT NICUESTA, L. -, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 205-247.
 - *Stalking y Derecho Penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. y PUJOLS PÉREZ, A.: “Stalking: efectos de las víctimas, estrategias de afrontamiento y propuestas legislativas y derivadas”, *InDret, revista para el análisis del Derecho*, 2017, pp. 3-33
- WESTRUP, D.: “Applying Functional Analysis to Stalking Behavior”, en AA.VV. *The Psychology of Stalking. Clinical and Forensic Perspectives* - Dir., REID MELOY, J. - Academic Press, San Diego, 1998, pp. 275-294
- WESTRUP, D., FREEMOUW, W.J.: “Stalking behavior: a literatura review and suggested functionalanalytic assessment technology”, *Agression and Violent Behavior*, núm. 3, 1998, pp. 10-294.
- WRIGHT, J.A., BURGUESS, A.W., LASZLO, A.T., McCRARY, G., DOUGLAS, J.: “A typology of interpersonal stalking”, *Journal of Interpersonal Violence*, núm. 11(4), 1996, 487-502
- YOUNG, J.: “El pánico moral. Sus orígenes en la Resistencia, el *ressentiment* y la traducción de la fantasía en realidad”, *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales*, núm. 31, 2011, pp. 8-21