



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

VIOLENCIA DE GÉNERO
VIOLENCIA DE XÉNERO
GENDER VIOLENCE

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho

Curso académico 2017/2018

Autora: Carlota Areal Alonso

Tutora: Carmen Garcimartín Montero

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| ABREVIATURAS | 3 |
| ANTECEDENTES DE HECHO | 4 |
| INTRODUCCIÓN | 6 |
| 1. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y POSIBLES SANCIONES | 8 |
| 1.1. <i>Stalking</i> | 8 |
| 1.1.1. Definición legal de <i>stalking</i> o acoso | 8 |
| 1.1.2. Relación con la violencia de género | 9 |
| 1.1.3. Bien jurídico protegido | 10 |
| 1.1.4. Conducta típica | 11 |
| 1.1.5. Diferencia con las amenazas y las coacciones | 13 |
| 1.2. Homicidio y asesinato | 17 |
| 1.2.1. Definición legal de homicidio y asesinato | 17 |
| 1.2.2. Distinción entre homicidio y asesinato | 18 |
| 1.3. Tentativa | 20 |
| 1.4. Desistimiento | 21 |
| 1.4.1. Definición legal | 21 |
| 1.4.2. Clases y elementos del desistimiento | 22 |
| 1.5. Lesiones | 24 |
| 1.5.1. Definición legal | 24 |
| 1.5.2. Relación con la violencia de género | 25 |
| 1.6. Atenuantes y agravantes | 26 |
| 1.7. Conclusión de la calificación jurídica | 28 |
| 1.8. Sanciones | 28 |
| 2. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO | 32 |
| 3. GRADO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y CENTRO DE DESTINO | 36 |
| 3.1. Introducción | 36 |
| 3.2. Clasificación penitenciaria y grado de tratamiento | 37 |
| 3.3. Centro de destino | 39 |
| 3.4. Tratamiento penitenciario | 41 |
| CONCLUSIONES FINALES | 43 |
| BIBLIOGRAFÍA | 47 |
| APÉNDICE LEGISLATIVO | 49 |
| APÉNDICE JURISPRUDENCIAL | 49 |

ABREVIATURAS

| | |
|-------------------|---|
| AP | Audiencia Provincial |
| art./arts. | Artículo/artículos |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CE | Constitución española |
| CP | Código Penal |
| Dir. | Director |
| Ed. | Editorial |
| etc. | Etcétera |
| FIES | Ficheros de Internos de Especial Seguimiento |
| IIPP | Instituciones Penitenciarias |
| LECrim | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LO | Ley Orgánica |
| LO 1/2015 | Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal |
| LOGP | Ley Orgánica General Penitenciaria |
| LOMPIGV | Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral de la Violencia de Género |
| LOFCS | Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad |
| núm. | Número |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| op. cit. | Obra citada |
| p./pp. | Página/páginas |
| RP | Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario |
| TS | Tribunal Supremo |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| ss. | Siguientes |
| STS/SSTS | Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo |
| Vid. | Véase |

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.

INTRODUCCIÓN

En el presente supuesto práctico trataremos diversos hechos que derivan en unos concretos delitos que serán tanto el de *stalking*, un delito introducido en la última reforma del Código Penal, por lo que al haber pasado tan poco tiempo desde su entrada en vigor no existen unos parámetros completamente definidos para la concreción de este delito y tendremos que basarnos en la poca jurisprudencia existente y en la subjetividad de algunos términos; como el de lesiones, un delito que lleva tanto tiempo en nuestra sociedad que es muy sencillo determinar cuando unas acciones encajan dentro del mismo. Pero antes de llegar a la conclusión de la existencia de este delito de lesiones tendremos que diferenciar los conceptos de homicidio y asesinato junto con los de tentativa y desistimiento.

Además, tendremos que concretar si por este último delito de lesiones que ha sido llevado a cabo con el arma reglamentaria del sujeto en cuestión acarreará una responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado en caso de no haber actuado con la diligencia suficiente o si simplemente no se le puede atribuir dicha responsabilidad. Y, finalmente, si por la comisión de estos delitos se tendrá que imponer una pena privativa de libertad y las características penitenciarias que tendría esa pena.

Pero antes de poder contestar estas preguntas tenemos que hacer una pequeña introducción sobre la base de este caso que es la violencia de género. La violencia de género es un problema real y muy grave al que nos tenemos que enfrentar día a día. Pero esto no significa que sea un problema nuevo. La violencia de género tiene sus raíces en las concepciones que se han venido dando sobre la mujer y su papel en la sociedad desde tiempos inmemoriales, donde se ha establecido una situación de dominación por parte del hombre sobre la mujer.

A lo largo de la historia han sido muchas las mujeres que se han unido a la lucha del feminismo contra todos los problemas a los que se tiene que enfrentar continuamente el género femenino con la finalidad de que se llegue por fin a la liberación de la mujer, lo cual traería de su mano la igualdad entre ambos géneros, ya que, aunque no lo parezca, no hace demasiado tiempo que a las mujeres se les negaba el voto y se les educaba de forma diferente que a los hombres para que aprendiesen su rol de sumisión y sacrificio, vulnerando derechos tan fundamentales que en la sociedad de hoy en día sería impensable.

Sin embargo, hay muchos problemas que se siguen sufriendo en la sociedad actual y uno de los más importantes a los que nos enfrentamos, como ya hemos dicho antes, es la violencia de género y esta es según la ONU *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*¹. La principal diferencia de la violencia de género con la violencia doméstica es que esta última se limita a concretar el lugar en el que sucede la violencia pero le quita importancia a los datos esenciales como quién es la víctima, quién es el agresor y cuál es el motivo y la finalidad de la violencia. Y la finalidad de la violencia no es otra que la de mantener la subordinación que se supone que debe haber entre el hombre agresor y la mujer víctima, tanto dentro del tiempo de la

¹ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104 del 20 de diciembre de 1993

relación (conyugal, de pareja o análogas) como una vez rota esta, ya que la violencia ejercida por el hombre no acaba cuando termina la relación, llegando hasta tal punto en el que la mayoría de las muertes por violencia de género suceden cuando la relación ya está rota.

Además, existen costumbres muy arraigadas en la sociedad que intentan muchas veces culpabilizar o responsabilizar a la víctima para justificar la conducta llevada a cabo por el agresor o incluso llegar a negar la existencia de una víctima por motivos de “provocación” de la violencia o excusando al hombre agresor mediante la locura, el alcohol o las drogas; nada más lejos de la realidad. Es más, la realidad sigue enseñándonos que estamos lejos de conseguir una igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Pero poco a poco, la lucha ha ido recogiendo sus frutos y las mujeres gozan de una libertad mucho mayor que años atrás. Sin embargo, la lucha continúa y el compromiso con la abolición de la situación de inferioridad y control que viven las mujeres es un deber de la sociedad y dentro de esta sociedad, es muy importante el deber de la justicia, el deber de las leyes. Según MAGARIÑOS YÁÑEZ *las leyes no son la única forma de lucha contra la violencia sobre las mujeres, pero sí una parte esencial de ellas. Las leyes configuran la educación, actuación de los medios de comunicación, derechos, instituciones públicas, sanciones penales y procedimientos judiciales. Pero sobre todo, las leyes refuerzan movimientos sociales de rechazo y condena, como el que a la sociedad española merece la violencia machista.*² Con esta finalidad se creó la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género³, estableciendo en su exposición de motivos que *el ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula. La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación. La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización, para ofrecer a las mujeres una protección mayor y contribuir en la consecución de la eliminación de los roles que se han adquirido sobre las ellas y que producen estas conductas de violencia. Ley que ha sufrido muchas críticas por su supuesta vulneración del derecho a la igual, aunque el TC se manifestó sobre esto y estableció que *constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.*⁴*

² MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho contra la Violencia de Género*. Ed. Montecorvo, S.A. 2007, pp. 17 y 18.

³ «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004. En adelante LOMPIVG.

⁴ STC 41/2010 de 22 julio [RTC 2010\41]

1. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y POSIBLES SANCIONES

Una vez contextualizado todo lo expuesto pasaremos a desarrollar el caso, el cual se va a dividir en dos grandes bloques. En el primer bloque trataremos los hechos que podrían ser constitutivos de un delito de *stalking*⁵ y en el segundo, los que podrían ser constitutivos de un delito de tentativa de homicidio o asesinato o un delito lesiones consumado.

Para empezar a tratar los hechos que pueden ser considerados un delito de acoso o *stalking* primero tenemos que explicar profundamente este nuevo delito introducido en la reforma del Código Penal de 2015.

1.1. *Stalking*

1.1.1. Definición legal de *stalking* o acoso

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995⁶, de 23 de noviembre, del Código Penal⁷ tipifica en el art.172 ter el nuevo delito de *stalking*, el cual entró en vigor el 1 de julio de 2015.

Artículo 172 ter CP:

“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:

1. ^a La vigile, la persiga o busque su cercanía física.
2. ^a Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.
3. ^a Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.
4. ^a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la 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 que se refiere el apartado 4 de este artículo.

⁵ De ahora en adelante utilizaremos el término anglosajón *stalking* para referirnos al delito que en España llamamos acoso, puesto que no es una traducción literal que puede dar algunos problemas de interpretación.

⁶ «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. En adelante CP.

⁷ «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

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. ”

En el ordenamiento jurídico español, hasta la última reforma del CP, no se preveía ninguna medida de protección en relación con el *stalking*. Se reguló por primera vez en los Estados Unidos de América, donde se exigía una conducta repetitiva de hostigamiento en contra de una persona concreta a la cual le causara miedo. Esta regulación surgió en los años noventa del siglo pasado y el fenómeno se expandió en Europa a través de los países del *common law*.

Como concepto general, tras muchos intentos de definición del delito de *stalking*⁸, se llega a la conclusión de que así se le llama al acoso predatorio, al acecho, consistente en una conducta con reiteración e intencionalidad de persecución obsesiva⁹. Y este acoso se ha de realizar hacia una persona en contra de su voluntad, provocando en ella una sensación de inseguridad, miedo o semejantes. Sin embargo, es un concepto sobre el que existe una ausencia de consenso en su definición por la conflictividad que supone, ya que consiste en recoger actividades cotidianas que en algunos supuestos pueden resultar incluso agradables, como enviar mensajes, llamadas o regalos, es decir, comportamientos legitimados en nuestra sociedad; y, posteriormente, introducirlas, cuando son rechazadas reiteradamente por la víctima, en lo que se denomina *stalking* o acoso. Es por esto por lo que resulta muy complicado establecer la línea delimitadora entre ambas actitudes.

Han aparecido a lo largo de la historia muchos autores y autoras que han intentado establecer una definición unificadora -sin éxito-. VILLACAMPA ha realizado un examen de las definiciones que se le han dado y todas ellas tienen en común el carácter repetitivo, intrusivo y no deseado de la conducta¹⁰. Estos podrían considerarse los requisitos fundamentales del delito de acoso o *stalking*.

1.1.2. Relación con la violencia de género

El Convenio del Consejo de Europa para la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica adoptado el 11 de mayo de 2011 en

⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid 2009, pp. 23 y ss, donde se establece el significado de la palabra “stalk”: «se identifica tanto con el acto de seguir o acechar a la presa cuanto con el de caminar sigilosamente. Hasta que los medios emplearon dicha expresión para referirse a conductas de persecución y acecho continuados a víctimas que rechazaban el contacto con su perseguidor, el término se había venido utilizando de manera casi exclusiva para referirse al acecho de los cazadores a los ciervos u otro tipo de presa animal en jerga propia de la caza».

⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*, *op. cit.*, p. 428: «las obsesiones se definen como ideas, pensamientos, impulsos o imágenes de carácter persistente que el individuo considera intrusivas e inapropiadas y que provocan una ansiedad o un malestar significativos»

¹⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*, *op. cit.*, p. 37, donde recoge que, por un lado PATHÉ y MULLEN denominaron *stalking* a «una constelación de comportamientos en los que un individuo inflige a otro repetidas y no deseadas intrusiones o comunicaciones» y, por otro lado, MELOY y GOTHAR, que lo llamaron «patrón de o acoso anormal o de larga duración dirigida específicamente a un individuo, de más de un acto manifiesto de persecución no querida por la víctima que es percibida por esta como acosante».

Estambul y ratificado por España¹¹ establece en su artículo 34 que *las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad*. Y, aunque en este precepto no se especifique una distinción de género, la inclusión del mismo se debe a poder establecer una tipificación de estas conductas de violencia contra la mujer que se repiten tanto en la actualidad y que antes no podían ser penadas por escaparse del alcance de las amenazas, coacciones y vejaciones leves.

Es muy frecuente que una mujer que no ha sufrido malos tratos tanto físicos como psicológicos a lo largo de su relación, una vez se produce la separación se desata esta situación en la que el hombre persigue y vigila a la víctima, pero como todavía aún no le ha pegado, amenazado o coaccionado, no puede acudir a la justicia para que la proteja, y esta es la finalidad de la reforma, proteger a la víctima frente a estas conductas que antes no podían ser perseguidas. Por eso se incluye en el artículo 172 *ter* un apartado específico que se refiere a las personas sobre las cuales el delito se agrava, estableciendo una remisión al artículo 173.2 CP.¹²

1.1.3. Bien jurídico protegido

El artículo 172 *ter* CP está incluido dentro del título IV sobre “delitos contra la libertad”. Concretamente, entre los delitos de coacciones. Por lo tanto, lo que se pretende proteger por el legislador es la libertad de la persona, de la víctima, y, específicamente, la libertad en la fase de ejecución, llevar a la práctica las decisiones ya tomadas, junto con la seguridad. Por el hecho de que, ante el hostigamiento producido por el acosador, la víctima puede verse afectada en la toma de decisiones que no escogería de no existir ese acoso. Sin embargo, no se trata de un tipo de coacciones, si no de un delito autónomo de estas.

La exposición de motivos de esta LO 1/2015 establece que el delito de *stalking* *está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento*.

Es discutible, sin embargo, que la tipificación del *stalking* simplemente proteja la libertad de la víctima, puesto que, con la realización de los actos ilícitos que están recogidos en este artículo, la libertad y la seguridad pueden no ser los únicos bienes que

¹¹ «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014.

¹² Artículo 173.2 CP: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”

se dañan. Estas conductas pueden suponer en mayor o en menor medida un menoscabo de la integridad psíquica y moral, debido a comportamientos reiterados que limitan la libertad de las personas motivando cambios en sus conductas, que, finalmente, acaban afectando a su salud psíquica y denigrando a la persona -como se puede observar en los distintos tipos de acoso (laboral, sexual...), los cuales se sitúan entre los ataques contra la integridad moral-, con lo que se puede entender como un daño colateral que se produce por una situación humillante¹³.

1.1.4. Conducta típica

Basándonos en el artículo 172 *ter* CP de nuestro ordenamiento jurídico, podemos vislumbrar los elementos objetivos del tipo que se compondrán de las acciones que se van a encuadrar en el delito y de las conductas que se deben llevar a cabo para que se dé el mismo. Los actos punibles que se integran en el delito serán:

1. Vigilar, perseguir y buscar cercanía física. Es decir, actos como puede ser esperar a la víctima al salir de su casa, su trabajo o algún sitio que tenga establecido como rutina conocida, seguirla, provocar encuentros que parecen ser casuales, persecuciones en coche, la mención de datos obtenidos en esas vigilancias -como decir con quién estaba, qué llevaba, a qué hora abandonó o entró en algún lugar...-, entre otros. Por lo tanto, se incluyen conductas de proximidad física y de observación a distancia.
2. Establecer o intentar establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas. Es decir, la tentativa de contacto también está recogida junto con el propio contacto con la víctima, puesto que lo que importa no es que se llegue a realizar o no el acoso, sino la sensación de vulnerabilidad de la víctima. El contacto debe ser voluntad del acosador que deberá enviar los mensajes, llamadas o regalos en cuestión, es decir, debe ser doloso.
3. Adquirir productos o mercancías, o contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con la víctima mediante el uso indebido de sus datos personales. Donde se recogen los actos más comunes como pueden ser el encargar comida o cualquier cosa con la dirección de entrega del domicilio de la víctima o el proporcionar a terceros en páginas webs el número privado de ella. Aunque estos terceros, al no tener conocimiento del engaño que ha sido realizado por el acosador serían simples instrumentos usados por él.
4. Atentar contra la libertad de la víctima o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Donde se recogen actos como daños en el vehículo, sustracción de mascotas, etc. Sin embargo, hay que especificar que estos actos no pueden ser constitutivos de delito individualmente. En eso se basa la creación de este delito de *stalking*, para penar actos que antes de él eran impunes.

Lo que hay que tener siempre en cuenta es que si dentro de estas acciones, alguna pudiese considerarse un delito per se, ya pasarían a estar fuera de las conductas típicas

¹³ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Ed. Bosch. Barcelona 2016, pp. 141 y 142.

del *stalking*¹⁴ y dentro de dicho delito concreto, como afirma GALDEANO SANTAMARÍA.

Sin embargo, en el artículo 172 *ter* CP no solo se establecen los elementos de la acción típica penada, sino que también una serie de conductas en su redacción las cuales iremos analizando punto por punto. Pero para empezar hay que sentar la base del delito, es decir, que el objetivo sea una persona y que esta no consienta o no desee esa intromisión en su espacio, esa persecución obsesiva por parte del acosador o *stalker*¹⁵, donde se busca la cercanía tanto directa como indirecta.

Partiendo de esta base, estos requisitos se estructurarán de esta manera:

1. Conducta reiterada: el TS establece que *la reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso. La reiteración puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo, pero siempre que se trate de las acciones descritas en los cuatros apartados del precepto. Algunas podrían por sí solas invadir la esfera penal. La mayoría, no. El delito de hostigamiento surge de la sistemática reiteración de unas u otras conductas, que a estos efectos serán valorables aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudiera haber prescrito (si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal)*¹⁶. De esto entendemos que, como el bien jurídico dañado por todas estas conductas es el mismo, esto supone que en vez de fijarse en el número de actos que se han llevado a cabo, habrá que hacerlo en la intensidad del daño del bien jurídico protegido. Por esto, la reiteración puede suceder de varias maneras, por ejemplo, seguirá habiendo reiteración en el caso de que el hostigamiento se produzca por el acosador en un momento y por terceros en otro, siempre y cuando el dolo sea del acosador, que quiere producir esa situación en la víctima. Por lo tanto, el número límite será indeterminado, pueden ser tanto dos, como siete, en resumen, los que sean necesarios para que se provoque la afectación del bien jurídico. Lo que se requiere también, es que, ante la persistencia en el acoso, la víctima se haya opuesto o negado y el acosador insista en sus conductas, por eso es muy importante que la víctima dé a entender que no desea tener contacto con esa persona. Además, la AP de Salamanca, con respecto a la línea temporal que tienen que seguir estas conductas para ser consideradas insistentes y reiteradas, establece que *es necesario igualmente que la conducta no solo sea reiterada en relación a su concreto contenido sino que se lleve a cabo durante un periodo de tiempo significativo tal como se deduce de la expresión insistente y reiterada*.¹⁷
2. Autor no legítimamente autorizado: nos encontramos ante un elemento negativo del tipo un tanto paradójico, ya que estos actos consisten en conductas sobre las cuales no se puede tener una legitimación, puesto que entonces no sería acoso. El acoso ya deriva en sí mismo a una conducta no legitimada la cual no puede

¹⁴ GALDEANO SANTAMARÍA, A.: “Delito de acoso-stalking: Art. 172 *ter*” en *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (ÁLVAREZ GARCÍA F.J., Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 574.

¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*, *op. cit.*, p. 24, definición de *stalker* como un merodeador o un rondador, basándose en MULLEN y PATHÉ, *Stalkers and their victims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.5.

¹⁶ STS 324/2017 de 8 de mayo [RJ 2017, 2385].

¹⁷ Auto de la AP de Salamanca (Sección 1º) 470/2016 de 23 diciembre [JUR 2017/26604].

estar amparada por el ordenamiento jurídico, pensamiento apoyado por el dictamen emitido por el Consejo de Estado¹⁸ y el informe del Consejo Fiscal¹⁹. El único caso en el que se estaría legitimado sería el de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado que investigan y persiguen a un sospechoso.

3. Alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima: estamos ante el elemento más inconcreto e indeterminado de todos por diversos motivos. Tanto la vida cotidiana como la gravedad son conceptos distintos según la persona. Para empezar, no todos los seres humanos poseen las mismas características psíquicas ni la misma capacidad de resistencia. Además de que no todas las personas pueden modificar su rutina aunque así lo deseen (por ejemplo, no pueden llegar tarde al trabajo o no llevar a sus hijos al colegio, etc.), por lo que aunque exista la alteración de la vida cotidiana no puede llevarse a cabo por causas objetivas y externas a la voluntad de la víctima y esto requiere un gran esfuerzo interpretativo. No se puede dar a entender que dependerá de la reacción de la víctima la existencia del delito o no. La AP de Madrid establece que *la afectación grave puede, a nuestro juicio, manifestarse de muchas maneras. Sin tener que seguir un protocolo concreto. No tiene por qué precisar de asistencia psicológica, alterar las funciones del organismo o sumir a la persona una situación de llanto. Bastaría más allá de tales manifestaciones concretas, con sumir a la víctima en un estado de ansiedad que limitara o suprimiera la tranquilidad a la que en el desarrollo vital toda persona tiene derecho, que derivaría, desde un punto estrictamente jurídico, de la dignidad de que es titular en cuanto tal.*²⁰. Lo que se pretende aquí es evitar que conductas con muy poca trascendencia lleguen a ser penadas y más bien perseguir aquellas que incidan en la vida diaria de la víctima, los múltiples mensajes, el encontrarse en todos los sitios, persecuciones, con el fin de instaurar intrusivamente en la víctima una sensación de miedo (llegue a producirse de manera efectiva y contrastada por informes psicológicos o no).

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, como establece TAPIA BALLESTEROS, el delito ha de ser doloso, *un dolo que deberá comprender tanto la propia conducta como el resultado de la misma*²¹, y el sujeto deberá actuar con *animus insidiendi*, es decir, con el ánimo de acosar o acechar a la víctima. Sólo así podríamos hablar de punibilidad.

1.1.5. Diferencia con las amenazas y las coacciones

Las amenazas vienen reguladas en el Capítulo II del Título IV del CP, en los artículos 169 y ss., y el principal requisito para que se lleve a cabo una amenaza es la concreción de un mal tanto constitutivo como no constitutivo de delito que se efectuará contra la víctima, sus familiares o personas con las que esté íntimamente vinculado; y las coacciones vienen reguladas en el Capítulo III del mismo título del CP, en los artículos 172 y ss., y el principal requisito para que se tipifique una acción o una conducta como una coacción, es que se le obligue a la víctima a realizar algo que no quiere o algo que la ley no prohíbe pero siempre con violencia.

¹⁸ Dictamen del Consejo de Estado núm. 358/2013 de 27/6/2013.

¹⁹ *Informe del Consejo Fiscal*, p. 144.

²⁰ SAP de Madrid (Sección 7ª) 799/2016 de 27 diciembre [JUR 2017\25368].

²¹ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 125.

Estos dos conceptos son la principal diferencia con el *stalking*, la existencia de un mal concreto con el que amenazar²² y el empleo de la violencia como medio para conseguir que la víctima realice la conducta que se desea por el autor. Antes de la creación del delito de acoso, algunos casos se intentaron tratar mediante espejismos como amenazas o coacciones, pero otros muchos casos, se escapaban de ellas y quedaban completamente impunes. Es más, el TS establece que *es claro que en relación a este delito en la medida que supone un ataque al bien jurídico de la libertad individual del derecho a vivir tranquilos y sin zozobra, se está ante un caso de merecimiento de pena y de necesidad de la pena, en definitiva, de otorgar relevancia penal a las conductas típicas... En definitiva, el legislador al tipificar el nuevo delito de acoso y hostigamiento ---stalking--- lo hace considerándolo como una variante del delito de coacciones al quedar fuera del ámbito de las coacciones, las conductas de acecho permanente o intento de comunicación reiterada que sin llegar a las coacciones, si tiene la entidad suficiente como para producir una inquietud y desasosiego relevante penalmente y que por ello no debe quedar extramuros de la respuesta penal.*²³

Resumiendo los hechos que nos expone este caso, Adriano y Agripina se separan. Una vez separados, ella inicia los trámites de divorcio y, ante esto, Adriano empieza a mostrar una conducta obsesiva. La misma conducta obsesiva que hemos estado describiendo anteriormente cuando explicábamos el delito de acoso. Empieza a mandar mensajes día sí y día también, afectando la vida diaria de Agripina, con la finalidad de que ella vuelva con él. Él no es capaz de afrontar la decisión tomada por Agripina y empieza a desarrollar estas conductas, empieza a contactar con ella, perseguirla por la calle intentando fingir que lo que ocurre son encuentros casuales y fortuitos, y, en resumen, acosarla.

Hay que destacar uno de los mensajes que más demuestran esta conducta obsesiva, que tiene lugar el día 14 de abril, cuando Adriano le envía una foto de ella en el restaurante en el que se encuentra con el texto “sé en todo momento dónde y con quién estás” y la finalidad es muy clara, la pretensión de infundir un miedo en ella y un control sobre ella.

Como hemos explicado, es muy importante en los delitos de acoso que la víctima muestre que no desea el contacto con la persona acosadora. Y ante los múltiples mensajes enviados ella le pide que deje de mandar mensajes y termina bloqueando el número de Adriano. Pero ahí no termina el acoso, él crea cuentas falsas en redes sociales para poder así intentar que continúe el contacto con ella.

Estos hechos que acabamos de exponer no son difíciles de encuadrar en el artículo 172 *ter* CP, ya que incluso se cumplen más de un tipo de acción penada en sus apartados. Los hechos que consisten en pretender controlar todo lo que su ex pareja hacía, pedirle por mensajes que le informara en todo momento de dónde se encontraba y en qué compañía, incluso llegar a preguntarle si estaba acompañada de algún hombre. Seguirle hasta lugares que ella solía frecuentar y simular encontrarse con ella de casualidad. Pedirle que le diese una última oportunidad. Todas estas son conductas que se pueden encuadrar tanto en el art. 172.1.1ª *ter* -perseguir, vigilar o buscar la cercanía física de la

²² VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*, op. cit., p. 228: expone que «los stalkers no pretenden atemorizar a sus víctimas, sino que realizan una serie de conductas enderezadas a conseguir tener contacto con ellas».

²³ STS 554/2017 de 12 julio [RJ 2017/4136].

víctima- como el 172.1.2^a *ter* -establecer o intentar establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas-.

Ya que al ser un delito prácticamente nuevo y que deja muchos aspectos a las interpretaciones de las personas que lo vayan a juzgar, para apoyarnos en esta determinación creo conveniente recurrir a otro tipo de sentencias que califiquen unos hechos análogos como un delito de *stalking* o que los hayan descartado como tal.

La Audiencia Provincial de Navarra ante unos hechos semejantes, con numerosos mensajes y llamadas telefónicas y encuentros en el trabajo, etc., estableció que, debido a los mensajes insistentes, las llamadas y la presencia del acusado en el lugar de trabajo de la víctima muestran una actuación de hostigamiento continuada que produjo en la víctima un *menoscabo de su libertad y de su sentimiento de seguridad*, limitando la capacidad de obrar y de decidir de la misma, la cual rechazó esa intromisión de manera tajante, mostrando su deseo de que el acusado cesase en su conducta, por lo que se conocía la oposición de la denunciante. Sabiendo esto, el acusado impuso unilateralmente su voluntad de continuar con la comunicación y eso produce en la víctima una sensación de miedo y agobio que no se pueden negar generados por esa situación de hostigamiento.²⁴ También la Audiencia Provincial de Alicante, apreció como punibles unos actos que se podían considerar sucesos muy parecidos a nuestro supuesto práctico, con numerosos mensajes de Whatsapp e intentos de control sobre la vida de la víctima, indicándonos que aunque en este caso la denunciante y el acusado mantenían la convivencia, se seguía considerando que la conducta del acusado era reiterada e insistente, puesto que le preguntaba constantemente dónde se encontraba, cuándo iba a llegar, etc., mostrando esa conducta de intentar controlar todo lo que la víctima hacía en su vida diaria, alterando la misma de manera grave al causar una intranquilidad y un desasosiego notorio.²⁵

Podemos observar como en ambos casos los tribunales aprecian la existencia del delito de *stalking* con todo lo que eso conlleva, es decir, apreciando la conducta reiterada e insistente y la alteración grave de la vida de la víctima, cuando las acciones que se han llevado a cabo por las personas condenadas han sido de menor importancia que las presentes en este caso, ya que la cantidad de mensajes y la duración en el tiempo es inferior.

Además, para poder establecer la diferencia, la Audiencia Provincial de Castellón ha considerado la no existencia de un delito de *stalking*, motivándose en que, en este caso, aunque la pareja estaba pasando por una crisis seguían conviviendo juntos y las llamadas que constaban en el caso no se podían considerar insistentes puesto que no había gran cantidad de ellas y los mensajes contenían conductas que, pudiendo considerarse melosas o incluso cargantes, no pueden tener la condición de intrusivos y de hostigadores, puesto que mantenían conversaciones cotidianas sobre sus hijos en común, sobre su relación y sus sentimientos, mostrando el acusado la voluntad de continuar con la relación y la denunciante una actitud reacia sobre lo mismo. Aunque una conducta concreta del acusado, la de querer investigar el teléfono de la denunciante un día específico, sí que posea la circunstancia específica de intrusiva, el conjunto de acciones no, ya que el acusado se comunicaba simplemente con quien era en ese momento su cónyuge sobre temas cotidianos y *tales comunicaciones continuas entre*

²⁴ Vid. SAP de Navarra (Sección 1^a) 74/2018 de 26 marzo [JUR 2018\103911].

²⁵ Vid. SAP de Alicante (Sección 2^a) 261/2017 de 13 de octubre [ARP 2017\1250].

*esposos no pueden catalogarse en modo alguno como acoso, por más que pudieran incomodar a la denunciante, pero más por el desafecto ya presente. Situación que le hacía insoportable la actitud del acusado cuando buscaba agradar, mandando poemas, mostrándose solícito para hacer comidas, cuidar de despertarla para que madrugara y no llegara tarde al trabajo, etc. (...) En definitiva, ni se percibe una situación atosigante desde los parámetros del tipo penal, ni se percibe que ello modificare gravemente el modo de vida de la esposa.*²⁶ Junto con la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, que ante un caso en el que constan unos hechos que integran también mensajes de Whatsapp e emails, establece que no se puede apreciar una vigilancia prolongada y sistemática. Lo importante en esta sentencia es la existencia de un bloqueo por parte de la denunciante al acusado, el cual no consideran alteración grave de la vida, puesto que *él la tenía a ella bloqueada en Facebook y que ella lo bloqueó por si acaso. Es decir, no queda claro según el tenor de tales manifestaciones que la decisión de bloquear al acusado derivara de la previa actuación de éste.* Además, en este caso, la denunciante no mostró rechazo por los mensajes de Whatsapp, sino que simplemente manifestó que *ella, íntimamente no quería seguir la relación; también añadió que le sabía mal decirselo al acusado y que le decía que ya veríamos después de un tiempo y que ya quedaríamos para hablar.*²⁷ Por estos motivos no fue apreciado el delito de *stalking*.

Hay que tener en cuenta que la diferencia con estas sentencias en las cuales se niega la existencia del delito es que no se puede considerar esas conductas como reiteradas o que no se puede considerar que la víctima se opusiese contundentemente a estos comportamientos. En el caso presente, esta conducta no dura un día o dos días, si no que es prolongada en el tiempo y está formada por numerosos actos que tienen lugar durante siete meses, tiempo más que suficiente para considerar una conducta como insistente haciendo que la vida de la víctima se vea afectada.

Como este apartado no está concretado en la ley y se ha dejado al criterio del que juzgue, la afectación de la vida de la víctima es algo complicado de establecer. Pero no resulta difícil defender la existencia de este delito por diferentes motivos.

Aunque el contenido de los mensajes no se muestre por completo en el caso -los cuales deberían haberse plasmado para tener una concreción mayor a la hora de calificar los hechos- y este podría ser un argumento en contra de la existencia del delito de *stalking*, sin embargo, hay que hacer hincapié en que es una situación demasiado prolongada en el tiempo en la cual Agripina se ha mostrado reacia a ese comportamiento y lo ha intentado frenar desde el principio. Ha intentado que se deje de establecer un contacto con ella y se le ha hecho caso omiso. Llegando hasta tal punto en el que Agripina se ve obligada a bloquear el número de Adriano. En una de las sentencias mencionadas anteriormente se explica que el bloqueo de la demandante no tiene entidad probatoria suficiente ya que ella había sido bloqueada previamente por el acusado y lo había hecho *por si acaso* y, en este caso, sucede todo lo contrario. Ella intenta rehacer su vida mientras que él pretende seguir atándola. Por eso mismo, he hecho referencia a verse obligada, porque no tenía otro remedio que bloquearle para intentar que sus comportamientos cesasen. Aun con ello, las actitudes no pararon y siguieron a través de otras redes sociales -Facebook, en este caso-. Cualquier persona con un nivel de resistencia media tanto psíquica como moral e incluso física se vería afectada ante este

²⁶ SAP de Castellón (Sección 2ª) 261/2017 de 13 de octubre [ARP 2017/1250].

²⁷ SAP de Islas Baleares (Sección 1ª) 37/2018 de 1 febrero [JUR 2018\104612].

comportamiento intrusivo, obsesivo e insistente y haber sido pareja no lo justifica, de hecho, lo agrava todavía más, como está establecido en el apartado 2 del artículo 172 *ter* CP, que te desvía al artículo 173.2 CP, haciendo referencia a las personas víctimas del delito sobre las cuales se impondrá una pena mayor.

Es cierto que, a mi juicio personal, tengo la creencia de que en este caso práctico se debería haber aportado más información sobre la vida de ambas personas y, sobre todo, sobre las conductas que se han llevado a cabo, las cuales son objeto de este delito. Al ser el *stalking* un delito que se ha introducido hace muy poco tiempo y al existir escasa jurisprudencia y doctrina sobre él, y tener, además, unos criterios tan subjetivos, necesitaríamos saber más cosas, los contenidos de los mensajes, hasta qué zonas la perseguía, cómo contestaba ella, etc. Sin embargo, basándonos en la poca jurisprudencia que hay sobre esto, y en cómo han tratado hechos muy semejantes como un delito de acoso, podemos concluir la existencia de un delito de *stalking* del artículo 172 *ter* CP del cual sería autor Adriano, agravado por el 172.2 *ter*.

Una vez analizados los primeros hechos constitutivos de delito tenemos que pasar a los segundos. En el segundo bloque de hechos nos encontramos con dos disparos por la espalda de Adriano a Agripina. Pero para poder encuadrarlos en un delito concreto tenemos que establecer varias diferencias primero. Tenemos que diferenciar el asesinato del homicidio y la tentativa del desistimiento. Solo así podemos llegar a la conclusión del resultado de un delito de lesiones.

1.2. Homicidio y asesinato

1.2.1. Definición legal de homicidio y asesinato

Art. 138 CP:

“1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:

- a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o
- b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550”

Art. 139 CP:

“1. 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:

- 1.ª Con alevosía.
- 2.ª Por precio, recompensa o promesa.
- 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

2. Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior’.

Como bien llevamos haciendo hasta ahora, nos centraremos simplemente en el tipo de homicidio que podría llegar a darse en el supuesto práctico presente, por lo que dejaremos de lado el homicidio imprudente, ya que no se podría aplicar de ninguna manera. Por lo que nos queda el homicidio doloso tanto por acción como por omisión.

En un homicidio doloso el sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona y solo se realiza por completo cuando coinciden el dolo del autor y el tipo objetivo cumplido.

El homicidio doloso por acción -que es el que nos interesa en este caso, ya que no se ha llevado a cabo ninguna comisión por omisión- *está constituido por la acción dolosa de matar a un ser humano dotado de vida independiente y por la producción de un resultado de muerte, debiendo estar acreditada la existencia de una relación de causalidad entre ambos*²⁸. De esto podemos deducir que la acción típica del homicidio será el matar a otro, el terminar con la vida de otra persona. Por lo tanto, es un delito de resultado, puesto que no se centra tanto en cuáles son los métodos que se vayan a utilizar para llevar a cabo el delito -lo cual se podrá tener en cuenta para agravarlo o atenuarlo- más que en la realización de la destrucción de la vida de la otra persona.

Con respecto a la relación de causalidad, hay que tener muy claro el concepto *conditio sine qua non*, locución latina que significa una condición sin la cual no se efectuará una cosa o se tomará como no hecha, la cual se diferencia de la teoría de la consecuencia natural, en la cual se niega la existencia de una relación causal si el resultado final no es consecuencia natural de la acción. En la fórmula de la *conditio sine qua non* se considera que existe la posibilidad de que exista una relación causal entre una acción y el resultado pese a que no se conozca al completo la ley causal que lo genera.

En el delito de homicidio es posible la tentativa. Sin embargo, el problema surge en la diferenciación entre tentativa de homicidio y delito de lesiones consumadas. Para poder llevar a cabo esta distinción, se deberá apreciar la existencia de un *animus necandi*, es decir, el ánimo de matar. En el caso de existir ese *animus necandi*, el ánimo de lesionar vendría incluido con él produciéndose un concurso aparente.

1.2.2. Distinción entre homicidio y asesinato

Ambos conceptos aparecen regulados en el Título I, Libro II CP y esto significa que ambos protegen el mismo bien jurídico, que sería, en este caso, la vida humana independiente²⁹. El derecho a la vida es un derecho fundamental recogido en la CE³⁰ en su art. 15, en el cual queda abolida la pena de muerte -exceptuando lo que puedan establecer las leyes militares al respecto-. El problema que surge en relación con la doctrina es si se consideran delitos autónomos e independientes o si el asesinato es simplemente un homicidio agravado. Partiendo del CP, el título en el que ambos vienen

²⁸ GRACIA MARTIN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, p. 43.

²⁹ GRACIA MARTIN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español*, op. cit., p. 12.

³⁰ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

incluidos tiene como nombre *Del homicidio y sus formas*, por lo tanto, lo que se debería intuir es que, al estar comprendidos bajo ese título, todo lo que venga regulado con ellos será una variante del homicidio, atenuada o agravada, como sucede con el asesinato.

Antes de nada, la distinción entre un homicidio doloso simple y un asesinato no depende de una sola cosa, como ya hemos visto en sus definiciones legales. Existen cuatro preceptos que harán que un homicidio se convierta en un asesinato. Pero prestaremos atención simplemente a la alevosía, puesto que es el único elemento que puede estar presente en el caso práctico que estamos analizando, del cual dependerá que podamos caracterizar los hechos como asesinato u homicidio.

Partiendo de esta base, definiremos la alevosía. Según el art. 22.1^a CP habrá 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 pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*.

La alevosía tiene dos formas de funcionar. Esta circunstancia objetiva puede jugar como una agravante genérica o como una agravante específica, una circunstancia especial, que es la que nos interesa en este caso, que convierte el homicidio en asesinato. Pero actúe de la forma que actúe, el concepto es el mismo. El significado de alevosía no cambia. Por eso mismo tampoco varían los elementos que tienen que concurrir para considerar su existencia. A tenor literal del TS se exponen los siguientes elementos:

- Elemento normativo, que consistirá en que los únicos delitos en los cuales se pueden apreciar alevosía serán aquellos que se dirijan contra las personas.
- Elemento objetivo, que consistirá en que no basta con que el sujeto contra el que se dirija el delito cree la existencia de esa indefensión, sino que debe ser objetiva, el *modus operandi* del autor se dirigirá objetivamente a la creación de esa situación de indefensión.
- Elemento subjetivo, que consistirá en que el autor tenga la intención de usar esos medios con esa finalidad o simplemente aprovecharse de una situación que crea indefensión.
- Elemento teleológico, que consistirá en la comprobación de que en la realidad del caso concreto se haya producido efectivamente esta situación de indefensión.³¹

Una vez aclarados los elementos que tienen que estar presentes para que un hecho o un acto se consideren que han sido llevados a cabo con alevosía, tenemos que explicar que no solo existe un tipo. Según las circunstancias concretas del caso la alevosía podrá ser sorpresiva, proditoria o por desvalimiento. El TS también se ha manifestado para esclarecer estos conceptos y ha señalado que:

- Será sorpresiva, súbita o inopinada cuando se realice un ataque imprevisible. Es decir, que el agresor oculte sus intenciones de atacar a la víctima hasta el momento justo en el que sucede la agresión. Puede surgir aquí un papel muy importante otra circunstancia agravante genérica de la responsabilidad penal, el abuso de confianza, del cual hablaremos más tarde en este trabajo, porque en ambos supuestos la víctima tiene la creencia de que no va a ser agredida y, por

³¹ STS 778/2017 de 30 noviembre [RJ 2017\5566].

lo tanto, no posee la capacidad de reaccionar a tiempo. *En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso*, también aclara el TS en otra de sus múltiples sentencias sobre la alevosía sorpresiva.³²

- Será proditoria cuando el ataque se realice a traición, mediante una trampa o una emboscada, de una manera en la que la víctima no puede darse cuenta de la presencia del agresor y sucede en un lugar o momento en el que no se espera.
- Será de desvalimiento cuando suceda un aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima por sus propias características o las circunstancias en las que se encuentre -corta edad, anciana, inválida, dormida, drogada, comatosa, etc.-, las cuales derivan en una situación de desamparo privando la aptitud de defenderse.³³

Una vez fijada esta base, solo podremos saber si necesitaremos aplicar lo expuesto al caso concreto si calificamos los hechos como constitutivos de un delito en tentativa o si, en realidad, se ha producido un desistimiento. Por lo tanto, procederemos a diferenciar ambos conceptos.

1.3. Tentativa

Art. 16 CP:

“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 éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

Antes de centrarnos en el concepto de tentativa tenemos que encuadrarlo en el derecho penal. Todo acto delictivo pasa por un proceso, unas fases. A este conjunto de fases se le denomina el *iter criminis* y está formado por una fase interna y una fase externa. La fase interna está integrada por los “pensamientos”, es decir, la ideación, la deliberación y la resolución criminal. Fase que por sí sola es irrelevante para el Derecho Penal. A este le interesa la externalización de los actos, ya que los pensamientos no son punibles. Por lo tanto, nos centraremos en la fase externa. Esta fase externa se divide a su vez en un antes y un después, es decir, en los actos preparatorios y los actos ejecutivos. Los actos preparatorios punibles serían la conspiración, la proposición, la provocación y la apología. Pero una vez empezada la ejecución del delito solo nos quedarán dos opciones, que este quede en grado de tentativa o que quede perfectamente consumado.³⁴

Y dentro de la propia tentativa también distinguiremos dos tipos, acabada e inacabada, según se haya completado la ejecución, pero no haya dado el resultado (acabada) o según no se haya completado la ejecución (inacabada). Sin embargo, en este caso, no tenemos que centrarnos en qué tipo de tentativa es, por lo que explicaremos el concepto genérico. Por esto, la tentativa consiste en -partiendo también de la definición legal

³² STS 999/2007 de 26 noviembre [RJ 2008\259].

³³ STS 778/2017 de 30 noviembre [RJ 2017\5566].

³⁴ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de derecho penal parte general*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, pp. 291-297.

que hemos visto anteriormente- intentar. Es una forma imperfecta de la realización de un delito. Esto quiere decir que se necesita que se haya empezado la ejecución del mismo para que pueda existir la tentativa. Se deberá comenzar a ejecutar el delito mediante actos externos que persigan la consumación, pero por causas ajenas al autor y a su voluntad no se llega a producir el resultado perseguido. Por lo que la voluntad del autor del delito es algo muy importante para apreciar en estos casos.

Si es el propio autor el que evita la consumación de ese delito y por consiguiente la ejecución del resultado, se produciría un desistimiento voluntario que explicaremos a continuación.

1.4. Desistimiento

1.4.1. Definición legal

Art. 16 CP:

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

El desistimiento en el derecho español, pese a que anteriormente simplemente se consideraba un supuesto de exclusión de tentativa -la cual tiene como elemento negativo la ausencia de desistimiento voluntario-, con la reforma del CP de 1995, se establece la regulación expresa y separada del desistimiento. Al contrario que con la tentativa, donde el autor pone de todos sus medios para que se produzca un resultado -y este no surge por causas externas a él-, en el desistimiento voluntario, como su propio nombre indica, es el propio autor el que hace que ese resultado no se produzca desistiendo en la ejecución o llevando a cabo un acto o un conjunto de actos que impidan la consumación del resultado. Por esto podemos argumentar que la clave del desistimiento es la voluntariedad. Es decir, que es el mismo autor el que, voluntariamente, detiene el *iter criminis*. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que aunque la regulación del desistimiento está dirigida a la falta de necesidad de castigar un resultado que no se ha producido, por el contrario, los daños que sí se hayan producido hasta ese momento sí serán punibles. Debido al debate que ha suscitado el desistimiento voluntario y su regulación, el TS se ha manifestado mediante un Acuerdo, en el cual se expone que *la interpretación del artículo 16.2 CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el "iter criminis", pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen. Es por ello que el hecho enjuiciado en la sentencia recurrida debe considerarse comprendido en el desistimiento activo definido en el art. 16.2 CP.*³⁵

³⁵ Acuerdo de 15 febrero 2002 [JUR 2002\132118].

En este acuerdo podemos apreciar, tanto la definición de desistimiento, como la identificación de la existencia de varios tipos de desistimiento, ya que en él se refieren simplemente al desistimiento activo.

1.4.2. Clases y elementos del desistimiento

Tal y como se deriva del art. 16.2 CP, podemos apreciar que se establece una distinción en los posibles actos que pueden llevar a la existencia de un desistimiento, *bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado*. Por lo tanto, existirán dos tipos de desistimiento.

- El desistimiento pasivo, que consistirá en *bien desistiendo de la ejecución ya iniciada*, lo cual significa que se dejará de realizar los actos de ejecución (lo que se relacionaría con la tentativa inacabada), es decir, que se tendrá que llevar a cabo una omisión de los actos necesarios para que se produzca el resultado.
- El desistimiento activo, que consistirá en *bien impidiendo la producción del resultado*, lo cual significa que se deberán llevar a cabo actos que impidan la consumación del delito (lo que se relacionaría con la tentativa acabada). Este tipo de desistimiento se conoce también como arrepentimiento. El TS ha expuesto también que *el desistimiento en sentido propio, consiste en el abandono de la acción ya iniciada, en un momento en que lo realizado no conlleva la producción del resultado, y el arrepentimiento activo, se produce cuando la acción realizada tiene la efectividad suficiente para ocasionar el resultado y éste se evita por el propio agente*³⁶ y que *“cabe incluso que, cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo*³⁷. Por lo que no creo que sea incorrecto el uso del término arrepentimiento para expresar el concepto de desistimiento activo, puesto que la iniciativa de evitar la consumación surge una vez completa la ejecución. Y, en lo que se refiere al término activo, expresa la necesidad de realizar actos positivos y externos que eviten la producción del resultado.

Como es lógico, no todo acto que consista en desistir es válido, si no que tiene que cumplir unos requisitos para que se pueda hablar de desistimiento. Y estos requisitos son dos, el cumplimiento de un elemento objetivo y un elemento subjetivo.

- El elemento objetivo, como su propio nombre indica, es que se cumpla efectivamente la no ejecución o la no consumación del resultado. El desistimiento tiene que ser eficaz, por lo que en el caso de que a pesar del desistimiento el delito se consuma no podríamos hablar de impunidad y el sujeto seguiría siendo responsable.
- El elemento subjetivo, consiste simple y llanamente en la voluntariedad de la que ya hemos hablado anteriormente. Por esto, habrá que fijarse en los motivos que llevaron al sujeto a realizar el desistimiento, ya que no cabe el desistimiento por motivos interesados, como puede ser el miedo al castigo o a ser descubierto.

³⁶ STS 469/1999 de 26 marzo [RJ 1999\2685].

³⁷ STS 1429/2000 de 22 septiembre [RJ 2000\8082].

En este caso concreto, contamos con estos hechos del día 7 de septiembre de 2017, en el cual Adriano acudió al domicilio conyugal y se dirigió a la habitación de 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 otro le provocó una lesión bronco-pulmonar de carácter grave.

Sobre estos hechos no creo que haya mucha duda y se pueden aplicar los conceptos que hemos estado explicando hasta ahora claramente. Para empezar, para poder distinguir entre si concurre un delito de tentativa de homicidio o un delito de lesiones consumado habrá que fijarnos en el *animus necandi*. Según el TS, *la jurisprudencia de esta Sala ha considerado como criterios de inferencia para colegir el dolo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto*³⁸ y, de esto, podemos sacar en claro que el arma empleada por Adriano -una pistola-, el hecho de que no solo dispare una vez, sino dos y las zonas a las que son dirigidas estos disparos -el omóplato y el pulmón, es decir, el centro del pecho-, son hechos que están dirigidos a causar la muerte de Agripina, no una simple lesión. También, el TS expone que *las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo para la vida está asumiendo el probable resultado. Y el riesgo para la vida se crea cuando se utiliza un arma letal, se lesiona una zona vital, y la naturaleza de la agresión es idónea para ocasionar un resultado mortal*.³⁹ Adriano aceptó, al menos en ese momento, al efectuar esos disparos, la muerte de Agripina. Sin embargo, esa muerte no tuvo lugar. Por lo que cabría pensar que estamos ante una tentativa. Pero, ¿una tentativa de homicidio o de asesinato? ¿Existe o no alevosía en este caso? Se nos da una palabra que, a mi parecer, es la clave para apreciar la existencia de alevosía: “aprovechando que Agripina estaba de espaldas...”. Como hemos explicado, en la alevosía no es imprescindible que la situación de indefensión sea creada por el autor del delito sino que basta con que este se aproveche de la existencia de esa situación, y en este caso práctico ya se nos dice que Adriano se aprovechó de la situación -es decir, de que ella estuviera de espaldas a él-, anulando así cualquier posibilidad de defensa de Agripina, a la cual le fue imposible reaccionar a tiempo al ser un acto completamente inesperado y repentino. Hay que tener en cuenta también la situación en la que se encontraban ambos sujetos. Habían salido de una relación amorosa y Adriano no tuvo la capacidad de aceptar esa ruptura y comenzó a “acosar” a Agripina, hechos que ya hemos analizado anteriormente. Pero Adriano se mostró arrepentido de su comportamiento y fue entonces cuando Agripina accedió a que pudiera recoger sus cosas del domicilio conyugal, mostrando que de ninguna manera podría esperarse ese ataque de su ex pareja. Todo indica que podríamos llegar a apreciar una tentativa de asesinato, sin embargo, una vez llevados a cabo todos los actos

³⁸ STS 956/2016 de 16 diciembre [RJ 2016\5916].

³⁹ STS 418/2012 de 30 mayo [RJ 2012\6569].

ejecutorios que perseguían el resultado de la muerte de Agripina, Adriano llama a los servicios de urgencias informando de que su mujer se encontraba herida de gravedad. Intuimos por lo tanto que fue el mismo Adriano el que evitó que se llegase a producir la muerte de Agripina de propia voluntad. Esto nos lleva a la apreciación de un desistimiento activo, ya que lo que hizo Adriano fue impedir el resultado del asesinato. El TS expone que *la existencia de desistimiento activo cuando el agente impide el resultado dañoso, con la consecuencia en los delitos contra la vida de que lo que con la legislación anterior era calificado como delito de homicidio o asesinato en grado de tentativa con la atenuante de reparación del daño, ahora se califica como delitos de lesiones consumadas, aunque el dolo inicial del agente fuese homicida*⁴⁰ y, en este caso, el autor cambió su dolo homicida por el *dolo de salvación*⁴¹ y gracias a eso se pudo evitar la muerte de Agripina. Por lo tanto, los hechos descritos no podrían encuadrarse en tentativa de asesinato, sino que lo que se produce es un desistimiento del art. 16.2 CP, el cual hace impunes los hechos intentados. Sin embargo, sí que se tienen que castigar los daños producidos hasta el momento del desistimiento, lo que nos lleva a un delito de lesiones consumadas que explicaremos a continuación.

1.5. Lesiones

1.5.1. Definición legal

Art. 147 CP:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Art. 148 CP:

“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:

1. ° 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.

⁴⁰ SSTS 418/2012 de 30 mayo [RJ 2012\6569] y 446/2002 de 1 marzo [RJ 2002\3914].

⁴¹ STS 418/2012 de 30 mayo [RJ 2012\6569].

2. ° Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.
3. ° Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.
4. ° 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.
5. ° Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

Art. 149 CP:

“1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

1.5.2. Relación con la violencia de género

La LOMPIGV establece en su art. 36 la modificación del ya mencionado art. 148 CP incluyendo su apartado núm. 4 por el que se agravan las lesiones cuando 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.

Como ya hemos explicado, debido al desistimiento que se produce por parte de Adriano en el intento de asesinato de Agripina, es necesario penalizar el daño que se ha producido hasta ese momento. Y este daño es un delito de lesiones consumadas. Agripina sufre una lesión de omóplato y una lesión bronco-pulmonar sobre las cuales, aunque no se especifique concretamente en el supuesto práctico, son necesarios tanto tratamiento quirúrgico al llegar al hospital como su posterior tratamiento médico, al igual que con todas las heridas de balas por armas blancas. Es fácil apreciar el daño a la integridad física de Agripina. Por lo que esta lesión se encuadraría en el tipo básico de las lesiones, el art. 147.1 CP, descartando los demás apartados del mismo.

Una vez apreciadas las lesiones del art. 147.1 CP hay que examinar su posible agravación mediante el 148 CP y ver qué requisitos de este se cumplen. Como los hechos expuestos en el supuesto se han realizado con el arma reglamentaria del autor, se cumpliría el art. 148.1° CP por el cual se agravan las lesiones en el caso de que se hubieran usado armas peligrosas para la salud o la vida de la víctima. Además, antes de que se llevase a cabo el desistimiento, apreciábamos una tentativa de asesinato por la concurrencia de la circunstancia de alevosía y, como hemos explicado, es un concepto objetivo, por lo que para las lesiones, también se aplicaría lo mismo, cumpliendo

entonces con el art. 148.2º CP. También se cumpliría el apartado 4º del mismo art. ya que Agripina es cónyuge de Adriano.

Ya que no tenemos información de cómo han derivado las lesiones y los daños que se han causado en Agripina y en su vida, no podemos saber si se ha causado la pérdida de utilización del pulmón lesionado o alguna deformidad concreta. Y bajo el principio de *in dubio pro reo*, en caso de duda a favor del acusado, no podemos agravar las lesiones bajo el art. 149 CP y tendremos que aplicar simplemente el tipo básico del 147.1 agravado por el 148 (1º, 2º y 4º).

1.6. Atenuantes y agravantes

Art. 21 CP:

“Son circunstancias atenuantes:

- 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.
- 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.
- 3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.
- 4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.
- 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.
- 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.
- 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.

Art. 22 CP:

“Son circunstancias agravantes:

- 1.ª Ejecutar el hecho con alevosía. 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 pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.
- 2.ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.
- 3.ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

- 4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.
- 5.^a Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.
- 6.^a Obrar con abuso de confianza.
- 7.^a Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.
- 8.^a Ser reincidente”.

Art. 23 CP:

“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.”

En este caso concreto, no se aprecia ninguna agravante. Podrían llegar a causar confusión algunas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal agravantes como pueden ser por ejemplo la alevosía o el abuso de confianza. Sin embargo, por el principio de *ne bis in idem*, derecho fundamental del ciudadano frente a cualquier castigo por parte de un poder público, una persona no puede ser castigada dos veces por la misma infracción. Por lo que si en las lesiones aplicamos el art. 148.2º CP, ya previmos la alevosía, justificando que se ha aprovechado de las circunstancias. Además, en el abuso de confianza, se requiere en el momento de la comisión del delito exista efectivamente una confianza y en este caso concreto, se ha perdido por los actos de Adriano.

La circunstancia mixta de parentesco, regulada en el art. 23 CP, puede ser considerada dependiendo del caso como agravante o atenuante, ya que dependerá del tipo delictivo en concreto, que se merezca la acción un mayor o menor reproche, jugando, por ejemplo, en delitos contra las personas como agravante y en delitos contra el patrimonio como atenuante. Sin embargo, como hemos explicado en las agravantes, por el principio de *ne bis in idem* no podemos apreciarla, puesto que en ambos delitos apreciamos las agravantes específicas de cada artículo de la relación conyugal entre Adriano y Agripina.

En lo que respecta a las atenuantes, Adriano, una vez ha disparado contra Agripina, llama tanto a los servicios médicos como al Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo, al cual le comenta que ha “hecho una tontería, una tontería muy grande”. Podemos pensar por lo tanto, que se puede apreciar una atenuante de confesión, que consiste en una acción positiva en la cual, una vez realizado el delito y antes de que el autor conozca que el procedimiento judicial se dirige contra él, reconozca, voluntariamente su participación -sin importar de la manera en que se haga esta

confesión- ante una autoridad⁴², en el sentido amplio de la palabra, en un delito, asumiendo el sujeto las consecuencias de su hecho delictivo y su responsabilidad. Respecto al contenido mínimo que deberá ostentar dicha confesión, cuyo valor recaerá en la idoneidad para expresar la asunción de responsabilidad relativa a los hechos delictivos, deberá ser veraz y tendrá que ajustarse a la realidad.⁴³ En este caso, a mi parecer, no debemos apreciar esta atenuante de confesión, ya que aunque sí que se comunica con una autoridad antes de incluso la existencia de un procedimiento penal contra él, la confesión no se ajusta a la realidad. Expresar simplemente que se ha hecho una “tontería” no es confesar un hecho delictivo como tal. Sin embargo, creo que es un acto que hay que tener en cuenta igualmente y premiarlo, puesto que de esa frase, intuimos que sí se derivará una confesión real, por lo que podemos apreciar una circunstancia análoga a la confesión, recogida en el art. 21.7^a CP, puesto que, como expresa el TS *para que una atenuante pueda ser estimada como analógica de alguna de las expresamente recogidas en el texto del Código Penal, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal.*⁴⁴

1.7. Conclusión de la calificación jurídica

Debido a todo lo expuesto anteriormente, teniendo en cuenta la impunidad de la tentativa de asesinato debido al desistimiento activo realizado, Adriano será castigado como reo por un delito de *stalking* del art. 172.1 *ter* agravado por el 172.2 *ter* en concurso real con un delito de lesiones del 147.1 agravado por el 148.1^o, 2^o y 4^o.

1.8. Sanciones

Antes de poder responder a este apartado, hay que explicar que las penas principales son aquellas que son aplicadas por sí mismas de un modo independiente, mientras que las accesorias estarán impuestas siempre junto con una pena principal y no están previstas, específicamente, para los delitos concretos tipificados.⁴⁵

Por el delito de *stalking* agravado, la pena principal a imponer será de prisión de uno a dos años o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días mientras que por el delito de lesiones agravadas, la pena a imponer será de prisión de dos a cinco años.

Estos dos delitos se tratarán a través de las reglas del concurso real, por lo que el cómputo de la pena surgirá de la suma de las establecidas para ambos delitos. En todo caso, hay que tener en cuenta la circunstancia modificativa de responsabilidad penal de atenuante de confesión, la cual rebajará la pena final a su mitad inferior.

⁴² GARRO CARRERA, G. y ASUA BATARRITA, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 138 y ss.

⁴³ MENÉNDEZ DE LUARCA, M.C., ENCINAR DEL POZO, M.A., MARCHENA GÓMEZ, M., MORENO VERDEJO, J. y TORRES-DULCE LIFANTE, E.: *Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico*. Ed. Edisofer S.L. Madrid, 2018, p. 230.

⁴⁴ STS 1968/2000 de 20 diciembre [RJ 2000\10312].

⁴⁵ GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ALASTUEY DOBÓN M.C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Ed. Tirant lo Blanch, 2012, p. 28.

En cuanto a las penas accesorias correspondientes, lo primero que hay que tener en cuenta es que, durarán, como regla general, lo mismo que la pena principal, según el art. 36.6 CP. Y estas penas están reguladas en los siguientes artículos:

Art. 56 CP:

“1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

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

2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas”.

Art. 57 CP:

“1. Los jueces o tribunales, en los 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, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, 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 la pena 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.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las

personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves”.

Art. 48 CP:

“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”.

Teniendo en cuenta estos artículos y el caso presente, al tener una pena resultante incluso después de la suma de ambos delitos inferior a 10 años, podrían aplicarse todas las penas accesorias del art. 56 CP, aunque, a mi parecer, la más específica en este caso y la más importante que debería aparecer sería la inhabilitación especial de la patria potestad, puesto que el delito ha sido cometido en presencia de la hija menor de edad.

Cabe mencionar la aclaración que ha establecido el TS sobre la inhabilitación especial, en la cual dictamina que la *accesoria pertinente, expresando en la sentencia la vinculación, es la inhabilitación especial relativa al cargo, profesión, etc., que ha sido utilizado por el autor del delito en relación directa con la comisión del mismo, en cuanto que le ha proporcionado la ocasión de cometerlo.*⁴⁶

Al tratarse de dos delitos comprendidos en el artículo 57.1 CP, el cual nos remite al art. 48 CP para imponer las penas accesorias, se establece que estas no durarán más de diez

⁴⁶ STS 20/2007 de 22 enero [RJ 2007\1450].

años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. Y, en este caso, si el *stalking*, que puede tener como pena trabajos en beneficio de la comunidad, se penase con los mismos, se aplicaría este apartado. Sin embargo, puesto que las lesiones son penadas con prisión y, en el caso de que el *stalking* también lo fuese, el juez acordará la imposición de una o varias prohibiciones por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. Como ambos delitos se consideran menos graves, ya que son penas de prisión desde tres meses hasta cinco años⁴⁷, estas prohibiciones accesorias no durarán más de cinco años.

Además, en el apartado 2 del mismo art. 57, se establece que si la víctima ha sido cónyuge o ha estado unida de manera análoga al autor del delito, como sucede en este caso concreto, una de las medidas del art. 48 se impondrá de manera obligatoria, la prohibición de acercarse a la víctima. Y, se le podrá imponer también por el art. 156 *ter* CP, en relación con el delito de lesiones, una medida de libertad vigilada al ser Agripina su cónyuge.

Habrá que tener en cuenta, en todo caso, que si se le impone a Adriano la pena principal o accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, esto conllevará, según la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil⁴⁸ en su art. 95, la pérdida de la condición de guardia civil.

Todo esto se impondrá según el juez sin perjuicio de la responsabilidad civil que puede llegar a tener el autor de los delitos, puesto que, según el art. 116 CP, *toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno*. Teniendo en cuenta los arts. 109 y 110 CP, en los cuales se establece que el perjudicado podrá optar por exigir la responsabilidad civil del autor del delito obligando a este a reparar los daños y perjuicios causados mediante la restitución, la reparación o la indemnización de perjuicios materiales y morales, en este caso concreto, la víctima podrá optar, obviamente, por una indemnización -ya que reparar el daño y restituir su integridad física es bastante imposible- la cual Adriano está obligado a cumplir.

Según el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁹, *para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años (...) el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer*. Como vemos, por este art. se atribuye la competencia para el conocimiento y fallo de la presente causa al Juzgado de Violencia sobre la Mujer de su circunscripción. Además, hay que tener en cuenta también el art. 100 LECrim que da competencia al mismo juzgado para resolver tanto la acción penal como la responsabilidad civil, a no ser que la perjudicada se reserve la acción civil para que se resuelva en la jurisdicción civil una vez exista sentencia firme por la jurisdicción penal, según el art. 108 LECrim.

⁴⁷ GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ALASTUEY DOBÓN M.C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 25.

⁴⁸ «BOE» núm. 289, de 29 de noviembre de 2014.

⁴⁹ «BOE» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO

La base de este concepto se encuentra en el art. 106 CE donde se establece que *los particulares en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*. De este supuesto nace la responsabilidad del Estado sobre los servicios que se ofrecen a través de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, la regulación del Código Penal sobre la responsabilidad civil del Estado es un tema de lo más controvertido, sobre todo, con respecto a la que deriva de las actuaciones de sus funcionarios. Por eso habrá que hacer una distinción. Si el hecho por el cual se le pretende atribuir una responsabilidad no fuese un hecho ilícito, nos regiremos por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁵⁰, respondiendo la Administración Pública con carácter directo, según sus arts. 36 y 37. Sin embargo, si estuviésemos ante un hecho ilícito y punible, nos regiremos bajo lo establecido en el CP.

Y, en este caso concreto, nos centraremos principalmente en los hechos criminales cometidos por fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, cuyo régimen se regula en la LO 2/1986, de 31 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁵¹. Y según su art. 1, la Seguridad Pública es competencia exclusiva del Estado, y de esto se deriva que pueda tener una responsabilidad si no se cumple con esta seguridad.

Si bien es cierto que la labor de los agentes es necesaria, también es peligrosa, ya que para llevar a cabo su trabajo precisan de armas de fuego y, a veces, se pueden dar situaciones en las cuales se causa un daño irreparable. Y para cuando este daño sucede y se tenga que valorar la existencia de la responsabilidad del Estado, hay que remitirse al art. 120.3 -con carácter genérico- y 121 -con carácter especial- del CP.

Art. 120 CP:

“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

3. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.”

Art. 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 estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad

⁵⁰ «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁵¹ «BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 1986. En adelante LOFCS.

patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.”

Del mencionado art. 121 CP podemos intuir primeramente que la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito cometido por un agente a su cargo será siempre con carácter subsidiario, no directo, es decir, tendrá lugar si el condenado no puede hacer frente a la indemnización por insolvencia. A partir de esto, podemos diferenciar dos elementos⁵²:

- Elemento subjetivo. Como ya hemos mencionado antes, el hecho ilícito debe haber sido llevado a cabo por un funcionario de la Administración Pública. Este apartado no genera dudas. Según la LOFCS, en su art. 2, se considerarán fuerzas y cuerpos de seguridad del estado las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación, los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas y los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.
- Elemento objetivo. Consiste en que dicho acto ilícito cometido debe haber sido llevado a cabo en el ejercicio de sus funciones específicas como funcionario público y que la lesión causada por este acto sea consecuencia directa del funcionamiento de ese servicio público. Ya que si se da el caso en el que un agente se extralimita en el ejercicio de su función y por ese motivo causa un daño o un perjuicio a un tercero, se debería considerar lógico que respondiese de alguna manera la Administración Pública. Esto se debe al concepto *in vigilando* que supone el reconocer la existencia de una culpa al ser responsable de alguna manera de los actos que realiza otro sujeto sobre el que se tiene un deber especial de vigilancia, que en este caso, es notoria, debido al riesgo que supone en sí mismo el porte de armas.

Habrá que tener en cuenta tanto el art. 5.4 LOFCS, que llega todavía a formar una controversia aún mayor, estableciendo que los agentes *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* como el art. 22.1 del Real Decreto 1484/1987, de 4 de diciembre, sobre normas generales relativas a escalas, categorías, personal facultativo y técnico, uniformes, distintivos y armamento del Cuerpo Nacional de Policía⁵³, que establece que *los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, en las situaciones de servicio activo y segunda actividad con destino, irán provistos obligatoriamente de alguna de las armas que se establezcan como reglamentarias durante el tiempo que presten servicio, salvo que una causa justificada aconseje lo contrario* que, según DE FUENTES BARDAJÍ se debe entender que ha de aplicarse también a los demás cuerpos de policía⁵⁴, justificando

⁵² Basándonos en lo expuesto por SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. I, 2016.

⁵³ «BOE» núm. 291, de 5 de diciembre de 1987.

⁵⁴ DE FUENTES BARDAJÍ, J.: *Manual de Responsabilidad Pública*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2010, p. 820.

de esta manera la necesidad de llevar el arma consigo tanto en el tiempo de servicio como fuera del mismo, debido a que su condición de agente no se limita al horario servicio sino que continúa una vez termina este.

Y esto deriva a la necesidad de centrarnos en los supuestos de responsabilidad subsidiaria del Estado en delitos cometidos por los agentes fuera del ejercicio de sus funciones pero con el arma reglamentaria. Y en este sentido, el TS establece que *la responsabilidad civil subsidiaria por las lesiones ocasionadas por los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado utilizando abusivamente su arma de fuego reglamentaria, se deriva de la creación del riesgo que la organización del Servicio de Seguridad Pública, mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización abusiva, constitutiva de delito o falta.*⁵⁵ No obstante, la Administración no tiene que responder en todos los casos por esta teoría del riesgo. De hecho, el mismo TS no apreció, en recurso, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado -que tampoco apreciaron los órganos anteriores- por un asesinato que cometió contra su cónyuge un policía nacional que había consumido alcohol, disparando hacia mientras estaba en su domicilio viendo la televisión, debido a que *hay que subrayar que en las sentencias últimamente citadas, así como en la más reciente de 17 de septiembre de 2001, limitan el surgimiento de responsabilidad subsidiaria del Estado a casos ocurridos al portar el agente su arma en lugares públicos, señalando claramente la de 8 de mayo de 1996 que la utilización del arma reglamentaria no genera sin más la responsabilidad del Estado, sino que deben excluirse los casos en que el riesgo no sea concreción generada por el sistema de organización del servicio de seguridad, como sucede en el caso de su uso en un ámbito familiar e íntimo en que el agente hace uso del arma que tiene en su domicilio frente a personas de su entorno familiar del mismo modo en que pudiera hacerlo otro ciudadano que también la tuviera, o como podría haber utilizado otro tipo de arma.*⁵⁶

Debido a esta sentencia, surgió, días después, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que establece que *la responsabilidad civil subsidiaria del estado por los daños causados por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por el uso del arma reglamentaria, se deriva de que, aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo generado con el hecho de portarla si es consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad, pero que entraña este tipo de riesgos.*

Pero el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad.

Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él.

Si bien, incluso en los casos mencionados en el apartado anterior, habrá responsabilidad civil subsidiaria del estado, si existen datos debidamente acreditados,

⁵⁵ STS 496/2000 de 29 de marzo [RJ 2000/3482].

⁵⁶ STS 1270/2002 de 5 de julio [RJ 2002\7936].

*de que el arma debió habérsela retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión.*⁵⁷

En este caso está claro que Adriano, aunque fuese un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado no actuó al disparar a su mujer por la espalda sin previo aviso en el ejercicio de sus funciones ni se hallaba en un establecimiento del cual fuese titular la Administración Pública, ya que se encontraban en el domicilio conyugal. Como consecuencia, no podemos aplicar definitivamente el 120.3 CP ni, en principio, el 121 CP. Es aquí cuando tenemos que recurrir al Acuerdo y examinar los requisitos que estableció el TS en el mismo. Primero, tenemos que examinar si la agresión ha sido producida en el domicilio del agente y contra sus familiares o personas que convivan con él. Pese a que Agripina sí pidió el divorcio, no nos concretan que ese divorcio se haya llevado a cabo. Por lo que tenemos que entender que siguen en una relación matrimonial, y, por lo tanto, lógicamente, una esposa es parte de las relaciones familiares, y su régimen, como se dice en el caso, es de gananciales. Si se encontraban, como se dice, en el domicilio conyugal, y, al estar casados en régimen de gananciales, se presupone que el domicilio es de ambos cónyuges, por lo que se cumple este precepto. Teniendo en cuenta esto, podríamos entender que se exoneraría directamente al Estado. Sin embargo, hay que hacer hincapié en el último requisito que se establece en ese mismo Acuerdo.

En este último precepto, se expone que sí podría haber responsabilidad subsidiaria si, en el caso concreto, hubiera razones debidamente acreditadas de que se le debería haber sustraído el arma al sujeto. Aquí surge el problema principal del cual dependerá establecer o no la responsabilidad.

Adriano, durante los meses de diciembre de 2016 y julio de 2017 estuvo de baja por un trastorno adaptativo ansioso derivado de una situación de estrés laboral y, al tener el alta médica, se le repone el arma reglamentaria. Además, el médico entendió que no necesitaba ningún seguimiento. Partiendo de esto, podríamos apreciar la responsabilidad si se considerase que existen datos debidamente acreditados de que el arma se le debería haber retirado a Adriano.

Según el art. 103 de la Ley de Régimen Personal de la Guardia Civil, existe una Sanidad de la Guardia Civil que deberá *efectuar el seguimiento y control de las bajas temporales del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, y asesorar e informar en esta materia a los Jefes de unidad, centro u organismo*” y “*valorar y confirmar, en su caso, las bajas temporales que hayan sido expedidas por facultativos ajenos a la Sanidad del Cuerpo cuya recuperación no se haya producido antes del décimo día desde que fueron emitidas*”⁵⁸, por lo que se intuye que este periodo de tiempo en el que Adriano ha estado de baja, ha existido un seguimiento sobre la evolución del mismo. Sin embargo, no se especifica qué médico es el que atribuye el alta a Adriano, si un médico del propio régimen de la Guardia Civil o un médico de la Seguridad Social. Además, hay que tener en cuenta, que la baja no ha tenido relación objetivamente, según lo establecido en el caso, con la situación que estaba viviendo sentimentalmente Adriano con su mujer Agripina, por lo que no podemos relacionar la situación de acoso a la que la estaba sometiendo, sino que se le da por estrés laboral y ansiedad, que dentro de los trastornos adaptativos, el más común y el menos peligroso -siendo el trastorno adaptativo depresivo o incluso el mixto un riesgo mucho mayor-. Hay que tener en cuenta que este

⁵⁷ Acuerdo de 17 julio de 2002 [JUR 2002\195351].

⁵⁸ «BOE» núm. 289, de 29 de noviembre de 2014.

artículo se refiere simplemente al seguimiento de la persona en cuestión durante el tiempo que dure la baja temporal, no establece nada con respecto a lo que se debe hacer una vez dado el alta. Y en esto último, es en lo que nos basamos, en la existencia de un alta médica donde se aprecia que el sujeto tiene la capacidad completa de volver al trabajo y que ni siquiera necesita un seguimiento psicológico, por lo que no podemos decir que existan datos debidamente acreditados para que recaiga sobre el Estado la responsabilidad civil subsidiaria por el delito de lesiones que Adriano cometió contra Agripina con el arma reglamentaria. Por lo tanto, el Estado se debe ver exonerado. El TS, ante una situación semejante, en la que un guardia civil con el arma reglamentaria disparó y mató a su mujer, procedió a la exoneración del Estado en la responsabilidad subsidiaria basándose en que aunque la responsabilidad deriva de la creación del riesgo para con los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por la utilización abusiva del arma reglamentaria, no existió una pasividad en la Guardia Civil, puesto que no se observó en el dictamen médico ninguna patología, por lo que se entendió que no concurría causa alguna que acreditase debidamente la retirada del arma reglamentaria⁵⁹.

Habría que investigar por otro lado, la posibilidad de que el médico concreto que otorgó el alta de Adriano no hubiese actuado con la suficiente diligencia, cometiendo, entonces, mala praxis. Para poder especificar esto necesitaríamos más datos sobre el trastorno de Adriano y sobre la evolución que llevó al médico a darle el alta, pero en el caso de que se llegue a apreciar y de que el médico tuviese responsabilidad, creando otro procedimiento en contra de este, podría estudiarse la posibilidad de que el Estado fuera responsable civil de manera subsidiaria por el delito cometido por el médico en cuestión, pero no por el delito cometido por Adriano.

3. GRADO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y CENTRO DE DESTINO

3.1. Introducción

Antes de la existencia de la pena privativa de libertad los castigos predominantes en el Derecho Antiguo eran la tortura, el destierro e incluso la pena de muerte. Poco a poco, la sociedad fue avanzando y con ella el derecho penal y el derecho penitenciario, por lo que fueron aumentando los derechos de los presos, igualándolos al del resto de los ciudadanos, y surgiendo principios que regulasen la pena de prisión.

Estos principios están recogidos tanto en el CP como en la CE en diversos artículos y, a grandes rasgos, serán el principio de legalidad recogido en el art. 3.2 CP que recoge que las penas se ejecutarán en función de lo establecido por la ley y los reglamentos, de las penas, el principio de humanidad recogido en los artículos 6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria⁶⁰ y el art. 4.2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario⁶¹ que prohíben los malos tratos y las torturas; y el principio de resocialización y reeducación recogido en el art. 25 de la CE que establece que *las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo*

⁵⁹ STS 514/2016 de 13 junio [RJ 2016\2736].

⁶⁰ «BOE» núm. 239, de 05 de octubre de 1979. En adelante LOGP.

⁶¹ «BOE» núm. 40, de 15 de febrero de 1996. En adelante RP.

condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. Este último actúa como principio de la pena y como fin de la misma, lograr la reinserción en la sociedad del preso. Y este fin no es el único que se persigue sino que existe uno igual de importante que la reinserción, y es la prevención del delito, al incrementar el coste de la comisión del mismo.

Una vez cometido el delito, será el derecho penitenciario el que también se encargue de la ejecución de la pena, derecho que se ha definido tradicionalmente como *conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad*⁶² y se rige también por los principios mencionados anteriormente, según lo establecido en los artículos primero y segundo de la LOGP.

Una vez ingresado en prisión, se establecerá una relación jurídica penitenciaria, entre el Estado y el penado, de sujeción especial, que nace cuando se ingresa en prisión, como se establece por el TC en muchas de sus sentencias, mencionando que *es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial*⁶³ y, en virtud de esto, el Estado tiene la obligación de velar por los derechos de los internos.

Tras haber expuesto esto pasaremos a contestar las preguntas del supuesto práctico sobre la clasificación y el centro de destino que le corresponderá a Adriano y el tratamiento penitenciario que deberá seguir.

3.2. Clasificación penitenciaria y grado de tratamiento

El art. 72.1 LOGP establece que *las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional*, por lo que entendemos que el cumplimiento de la pena se ejecutará mediante la progresión en grados según las características de la persona, su comportamiento en prisión y su alta o baja peligrosidad, otorgándoles mayor responsabilidad junto con mayor libertad mientras se avanza en la clasificación. Esta clasificación se formará por los siguientes grados⁶⁴:

- Primer grado: según el art. 102.5 RP se clasificarán en primer grado los internos -tanto penados como preventivos y detenidos- *de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales como la naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial o la comisión de delitos contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.*
- Segundo grado: se clasificarán en segundo grado los internos que posean unas características personales que faciliten la convivencia en prisión pero que no

⁶² JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario*. Ed. Iustel. Madrid, 2011, p. 25.

⁶³ STC 74/1985 de 18 junio [RTC 1985\74].

⁶⁴ Basádonos en FERRER GUTIÉRREZ, A.: *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 312 y 313.

- tengan la responsabilidad suficiente como para integrarlos en un régimen de semilibertad. Es la clasificación aplicada a la mayor parte de los reclusos.⁶⁵
- Tercer grado: se clasificarán en tercer grado aquellos internos que desarrollen unos factores positivos en su estancia en prisión. Aunque nada impide que si las circunstancias lo permiten se pueda clasificar a un penado directamente en tercer grado, no es algo común. No obstante, según el art. 36.2 CP, si la pena fuera superior a 5 años, el tribunal sentenciador podrá imponer un periodo de seguridad por el que el penado no podrá acceder al tercer grado hasta pasada la mitad de la condena. Además, se le exige que haya satisfecho la responsabilidad civil que se le haya impuesto junto con la pena de prisión, según lo establecido en el art. 72.5 LOGP.
 - Libertad condicional: se considera, como vimos según el artículo, el último grado de clasificación penitenciaria donde el penado sigue un régimen de libertad pero con ciertos mecanismos de control.

El procedimiento de clasificación viene regulado en los arts. 103 y ss. del RP y, a grandes rasgos, la Junta de Tratamiento se encargará de la clasificación inicial razonadamente mediante un protocolo que se remitirá a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias donde se efectuará la clasificación, pudiendo ser recurrida esta decisión por el penado ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria.⁶⁶ Además, la evolución del tratamiento del interno, que explicaremos más adelante, conllevará la nueva clasificación del interno pudiendo progresar un grado o regresar al anterior.⁶⁷

Existe una tendencia a confundir los conceptos de clasificación y grado de tratamiento y a equiparlos como un concepto único, sin embargo, el art. 72.2 LOGP ya establece la diferencia entre ellos cuando expone que *los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto y los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado*. El régimen penitenciario tendrá como principios básicos la retención y custodia de los internos, y el aseguramiento de una convivencia ordenada⁶⁸. Una vez sentado esto, procederemos a explicar los distintos tipos de grados de tratamiento según lo establecido por las Instituciones Penitenciarias:

- Régimen cerrado: se aplicará a los penados clasificados en primer grado por su inadaptación a los otros regímenes o por su peligrosidad y a los preventivos que posean las mismas características. Existen dos modalidades de vida recogidas en los arts. 93 y 94 RP que serán los departamentos especiales –para presos de peligrosidad extrema- y módulos cerrados.⁶⁹
- Régimen ordinario: este régimen se aplicará *a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar, y a los detenidos y presos*. En él se

⁶⁵ GÓMEZ DE LATORRE, I. B., PÉREZCEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo VI. Derecho penitenciario*. Ed. Iustel. Madrid, 2016, p. 181.

⁶⁶ FERRER GUTIÉRREZ, F.: *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario, op. cit.*, p. 313.

⁶⁷ NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., GINER ALEGRÍA, C.A. y NICOLÁS GARCÍA, J.N.: *Manual de Prevención y Tratamiento Penitenciario*. Ed. Diego Marín. Murcia, 2016, p. 98.

⁶⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho Penitenciario. La ejecución de penas y medidas de seguridad*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2016, p. 8.

⁶⁹ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/regimenes/cerrado.html>

persigue una convivencia adecuada basándose en la higiene, la educación, la seguridad y la disciplina⁷⁰ y está regulado en los arts. 76 y ss. RP.

- Régimen abierto: se aplicará a los clasificados en tercer grado y consiste en un régimen de semilibertad que tiene la finalidad de lograr una convivencia normal para facilitar la inserción en la sociedad del penado.⁷¹

Tras todo lo expuesto y atendiendo a las características personales de Adriano, entiendo que no es una persona que presente unas características de peligrosidad extrema para que no pueda entablar una convivencia normal y pacífica, por lo que no considero que necesite ser clasificado directamente en primer grado, puesto que el delito contra la integridad física de Agripina que ha cometido no ha sido extremadamente violento ya que tiene una pena considerada menos grave. Igualmente, también entiendo que su delito no ha tenido tan poca entidad como para que pueda entrar en un régimen abierto de semilibertad directamente, ya que en realidad ha sido un delito cometido con un arma aunque se haya arrepentido y haya disminuido las consecuencias. Por esto, considero que Adriano debería ser clasificado en segundo grado y deberá seguir un régimen ordinario, sin perjuicio de lo que se establezca a continuación.

3.3. Centro de destino

Se entenderá por establecimiento penitenciario, según el art. 10 RP, *una entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia* y estará formado por *unidades, módulos y departamentos que faciliten la distribución y separación de los internos* en los cuales no se podrá sobrepasar el límite de 350 internos por unidad por lo establecido en el art. 12.2 LOGP. Además, entre los arts. 7 y 11 LOGP se mencionan los establecimientos que deberán formar parte de la entidad y sus definiciones. Estos serán:

- Establecimientos de preventivos: que tienen como fin la custodia de detenidos y de presos o incluso de penados cuyas condenas no excedan de 6 meses de prisión.
- Establecimientos de cumplimiento de penas: que tienen como fin la ejecución de las penas privativas de libertad. Están formados por establecimientos de régimen ordinario, abierto y cerrado -que contarán con departamentos mixtos, para jóvenes, unidades de madre, etc.-.
- Establecimientos especiales: que tienen como fin un cuidado asistencial a los internos. Están formados por centros hospitalarios, aunque no hay centros penitenciarios dedicados únicamente a esta función en España; centros psiquiátricos, que existen solamente dos en España y están en Alicante y Sevilla; y centros de rehabilitación social, aunque estos últimos a pesar de estar mencionados en el art. 11 LOGP no se han visto desarrollados reglamentariamente por lo que ya no es que no existan en la práctica sino que no existen directamente en el reglamento.

Adriano, acudiría a un establecimiento de cumplimiento de penas y, como ya hemos explicado en el apartado anterior, a un régimen ordinario. Pero necesitamos concretar a qué establecimiento se le debería destinar. Según IIPP el centro de destino estará *allí donde el preso tenga arraigo social. Las cárceles españolas están diseminadas por todo*

⁷⁰ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/regimenes/ordinario.html>

⁷¹ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/regimenes/abierto.html>

*el territorio nacional lo que permite que, en la medida de lo posible, los internos cumplan su condena en un centro próximo a su lugar de residencia evitando así el desarraigo social y familiar*⁷². Fundamento que también establece el art. 12.1 LOGP cuando expone que *la ubicación de los establecimientos será fijada por la administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados. No obstante, según el TS este artículo es meramente orientativo para la Administración Penitenciaria, no es un derecho del interno, por lo que entre dichos criterios debe intentarse evitar el desarraigo social de los penados, pero también debe atenderse a las distintas clases de centros penitenciarios, a los distintos grados de clasificación de la población interna, los regímenes de vida penitenciarias, así como las propias disponibilidades de las infraestructuras penitenciarias.*⁷³

Por lo que podrá ser destinado al centro en el que se cuente con más arraigo social siempre y cuando sea posible. Sin embargo, hay que tener en cuenta que por formar parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se podría llegar a pensar que debería existir un centro de destino único para todos los que reúnan ese puesto, pero la realidad no es así. Sin embargo, sí existe un método de separarlo dentro del centro de destino de los internos ordinarios, debido a la peligrosidad que supone. Este método consiste en unos ficheros de control llamados FIES recogidos en el art. 6.4 RP que establece que *la Administración penitenciaria podrá establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, así como la integridad de los internos. En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquél que reglamentariamente corresponda.* El FIES, según IIPP es una base de datos donde se recogen la situación penal, penitenciaria y procesal de algunos penados que reúnan ciertas características que conformarán diferentes grupos:

- FIES1 (CD): Fichero de Control Directo donde se incluirán a los internos con rasgos de peligrosidad especialmente relevantes que hayan puesto en peligro la vida e integridad de otras personas dentro del centro y en las salidas que se hayan llevado a cabo.
- FIES2 (DO): Fichero de Delincuencia Organizada donde se incluirán aquellos internos que hayan cometido delitos en el seno de organizaciones criminales o delitos vinculados con asociaciones ilícitas.
- FIES3 (BA): Fichero de Bandas Armadas donde se incluirán aquellos internos que fueran ingresados por su vinculación con bandas armadas o elementos terroristas.
- FIES4 (FS): Fichero de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado donde se incluirán los internos que hayan pertenecido o pertenezcan a este cuerpo y se tendrá que tener en cuenta el art. 8 LOFCS que establece 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.*

⁷²http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Sistema_Penitenciario_2014_Web_Vin_2.pdf

⁷³ STS de 14 octubre de 2011 [RJ 2012\3468].

- FIES5 (CE): Fichero de Características Especiales donde se incluirán los internos que aunque no pertenezcan a ninguno de estos grupos anteriores merecen un seguimiento especial.

Adriano, por ser un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, deberá estar incluido en el FIES4, por lo que aunque sea clasificado en segundo grado, deberá encontrarse en un módulo aislado del resto de los internos ordinarios y seguir un régimen de vida cerrado, y se le deberá destinar, por lo tanto, a la prisión más cercana a su domicilio que posea un régimen específico de FIES4 o que pueda adaptarlo. Con los datos que nos ofrece este caso práctico podríamos intuir que el lugar donde más arraigo social posee Adriano podría ser en su lugar de trabajo situado en Arévalo. Por lo que el centro penitenciario más cercano sería el de Brieva (Ávila), pero por ser una cárcel mayoritariamente de mujeres y el único compañero que tendría sería Urdangarín, probablemente se le destine a otro centro penitenciario, como puede ser el de Segovia, Salamanca o Valladolid.

3.4. Tratamiento penitenciario

El tratamiento penitenciario *consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados que pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades* según el art. 59 LOGP, y se inspirará en estos principios que establece el art. 62 LOGP:

1. El estudio científico de las características personales de actitudes, temperamento, etc. del interno y la evolución personal que presente.
2. Tendrá relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal.
3. Será individualizado teniendo en cuenta la personalidad del interno.
4. Será complejo por la integración de varios métodos.
5. Será programado.
6. Será continuo y dinámico.

Sin embargo, el tratamiento no es algo que se le imponga al interno, el rechazo a este no supone un castigo disciplinario, sino que es optativo pero que trae beneficios para el mismo, según el art. 112 RP.

Además, el art. 110 RP menciona también la *finalidad resocializadora* de las penas que se debe perseguir mediante el tratamiento penitenciario, donde se establece también que se deberán llevar a cabo programas que aborden las problemáticas que hubieran influido en el delito cometido. En nuestro caso, Adriano ha cometido dos delitos agravados por violencia de género y, lógicamente, en su tratamiento se deberán establecer programas de prevención de esta para penados agresores en esa materia.

Generalmente, los hombres que cometen actos de violencia de género suelen ser celosos y posesivos, fácilmente irritables y, en muchas ocasiones, incapaces de controlar los impulsos, adoptando una conducta violenta cuando se enfadan. Pero sobre todo, creen en la subordinación de la mujer⁷⁴. Por eso se han creado programas de violencia de género para el tratamiento penitenciario, para intentar educar a los agresores de manera

⁷⁴ NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., GINER ALEGRÍA, C.A. y NICOLÁS GARCÍA, J.N.: *Manual de Prevención y Tratamiento Penitenciario*, op. cit., pp. 241 y 242.

que no vuelvan a cometer este tipo de conductas. Concretamente, el programa de intervención para agresores⁷⁵ en violencia de género tendrá un año de duración y consistirá en terapias en grupo en sesiones semanales. Este programa tiene carácter prioritario, incluye aspectos como la *toma de conciencia y modificación de pensamientos sexistas que justifican la desigualdad de género*, la *identificación de las distintas formas en las que se ejerce la violencia de género*, la *asunción de la responsabilidad, eliminando estrategias defensivas o justificadoras de los hechos violentos*, el *desarrollo de la empatía hacia las víctimas de los malos tratos*, el *especial énfasis en los hijos como víctimas directas de la violencia de género*, *reconociendo formas de abuso e instrumentalización*⁷⁶ y consta de varias fases que serán la evaluación pre-tratamiento, la intervención terapéutica y la evaluación post-tratamiento⁷⁷. Este programa de intervención está recogido en IIPP⁷⁸ y será obligatorio para la Administración Penitenciaria establecer estos programas para estos delitos debido al art. 42 LOMPIVG, que establece que *la Administración penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género y que las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior.*

En este caso, Adriano entraría en prisión por dos delitos que tienen relación con la violencia de género, por lo que, aun no teniendo el examen correspondiente de la Junta de Tratamiento, intuimos que deberá someterse a este tipo de programa.

⁷⁵ Según NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., GINER ALEGRÍA, C.A. y NICOLÁS GARCÍA, J.N.: *Manual de Prevención y Tratamiento Penitenciario*, op. cit., p. 244: la primera vez que se realizó este programa fue en 2001 y contó con 61 internos. Además tuvo un resultado favorable.

⁷⁶<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/maltratadores.html>

⁷⁷ NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., GINER ALEGRÍA, C.A. y NICOLÁS GARCÍA, J.N.: *Manual de Prevención y Tratamiento Penitenciario*, op. cit., p. 245.

⁷⁸[http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/descargas/Programa de tratamiento en prision para agresores en el ambito familiar grupo de trabajo sobre violencia de genero.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/descargas/Programa_de_tratamiento_en_prision_para_agresores_en_el_ambito_familiar_grupo_de_trabajo_sobre_violencia_de_genero.pdf)
[http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Doc Penitenc 7 Violencia de gxnero_Acc.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Doc_Penitenc_7_Violencia_de_gxnero_Acc.pdf)

CONCLUSIONES FINALES

Antes de empezar a recopilar todos los datos expuestos en cada apartado que hemos definido anteriormente hay que explicar que aunque parezca un caso sencillo de resolver, la realidad es otra distinta. La falta de datos aportados te puede llevar a una solución u otra dependiendo del punto de vista desde donde se mire existiendo más de una solución posible. Sin embargo, al explorar las leyes, los reglamentos, la jurisprudencia y doctrina existente sobre estos temas, yo he llegado a la siguiente conclusión.

Primeramente, el delito de *stalking* ha sido introducido en la reforma del Código Penal de 2015, para poder hacer punibles actos que no se lograban encajar dentro de las amenazas y de las coacciones, por no ser violentos y no concretar ningún mal. Esto conlleva que no exista demasiada jurisprudencia, sobre todo en lo que respecta a los altos órganos como el TS. Además, como hemos explicado, es un delito que trae consigo unos elementos poco concretados. Aunque los actos que se tienen que llevar a cabo para cometer este delito no suponen complicación alguna, con respecto a algunas conductas como pueden ser tanto la insistencia y reiteración como la alteración grave de la vida de la víctima, no se ha establecido un criterio unificado sobre cuándo se deberán apreciar y cuándo no.

Por lo que, en lo referente a la insistencia y reiteración, se tendrá en cuenta más que la cantidad de actos hostigadores que se han llevado a cabo, la intensidad del daño que se ha producido del bien jurídico protegido, la libertad y la seguridad, puesto que no existe un *numerus clausus* que nos indique el número exacto de actos que se han de llevar a cabo para apreciar la insistencia y la reiteración.

Mientras que, en lo referente a la grave alteración de la vida cotidiana de la víctima, existe todavía menos concreción que en todo lo anterior, ya que no se puede establecer un concepto determinado de vida cotidiana común a todas las personas y menos todavía de lo que se entiende por gravedad. Ni todas las personas poseen las mismas características psíquicas ni todas las personas tienen la capacidad de poder modificar sus rutinas. Además, es muy importante tener en cuenta que no todas las personas pueden cambiar sus rutinas aunque deseen hacerlo, no podrán dejar de llevar a sus hijos al colegio, no podrán dejar de ir al trabajo, etc. Por lo que aunque exista la alteración de la vida, no puede verse objetivamente por causas ajenas a la voluntad de la víctima, por lo que se deja paso a una gran subjetividad a la hora de interpretar los hechos. No se puede depender de la reacción de la misma para apreciar la existencia o la no existencia de este delito. Aunque lo que en realidad se pretende aquí por el legislador es que actos que tengan poca entidad y poca trascendencia sean punibles y simplemente lo sean aquellos que verdaderamente causen una intrusión hostigadora no deseada en la víctima.

No obstante sí que se dan elementos que no presentan complicación alguna como que el autor del delito no puede estar legitimado -ya que en realidad nadie está legitimado para llevar a cabo este tipo de acciones que se consideran acoso, a excepción de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando están realizando la investigación de un sospechoso- o como que la víctima sea una persona concreta y que no desee o intente no permitir dichas acciones. Y, en este caso, ante todas las conductas de hostigamiento que se han producido por parte de Adriano, que serán pretender controlar todo lo que su ex pareja hacía, pedirle por mensajes que le informara en todo momento de dónde se encontraba y en qué compañía, incluso llegar a preguntarle si estaba acompañada de

algún hombre; seguirla hasta lugares que ella solía frecuentar y simular encontrarse con ella de casualidad, pedirle que le diese una última oportunidad, etc.; son conductas que encuadrables en el art. 172 *ter* y, aunque no se muestre el contenido de todos los mensajes en el supuesto práctico, hay que hacer hincapié en la duración de la conducta de hostigamiento.

Durante los meses de diciembre hasta junio, Adriano llevó a cabo numerosos actos que, aunque por separado puedan no llegar a tener relevancia jurídica, tratándolos en su conjunto muestran una situación insostenible demasiado prolongada en el tiempo ante la cual Agripina presentó una actitud reacia y procuró frenarla desde el principio, no dando pie a dudas para con Adriano. Sin embargo, que Agripina siguiese frecuentando todos esos lugares en los que Adriano sabía que iba a estar, podría ser utilizado como un argumento en contra de la existencia del delito, pero, como hemos explicado antes, hay rutinas que, aunque se quiera, no se pueden cambiar por causas externas a la voluntad y teniendo en cuenta que Agripina se opuso en todo momento al comportamiento de Adriano, en este caso no iba a ser distinto de poder serlo, por lo que no podemos argumentar que debido a esto no se considera la existencia de este delito.

Hay que tener en cuenta también que Adriano hizo caso omiso a la negativa de su ex pareja y continuó con su comportamiento obligándola a bloquear su número de teléfono, lo cual se puede entender como una alteración de su vida, aunque ni aun así logró frenar el comportamiento, puesto que Adriano creó cuentas falsas en redes sociales para continuar con el acoso.

Por todo lo expuesto, considero la existencia de un delito de *stalking* agravado por el 172.2 *ter* por ser contra su cónyuge, que tendrá una pena principal de prisión de uno a dos años o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

Sin embargo, siete meses más tarde, Adriano se comunicó con la madre de Agripina y mostró arrepentimiento por estas conductas, pidiendo además el ir al domicilio conyugal para recoger sus cosas y, una vez allí, aprovechando que Agripina estaba de espaldas en el sofá, disparó dos veces contra ella, causándole dos lesiones de carácter grave. Contando solo con estos hechos podríamos apreciar una tentativa de asesinato, ya que la alevosía sorpresiva es bastante clara en estos casos, puesto que se han llevado a cabo todas las acciones que se necesitan para producir la muerte de Agripina pero esta no ha tenido lugar.

Sin embargo, hay que tener en cuenta de que esta no se ha ocasionado porque Adriano avisa a las autoridades sanitarias, lo que se conoce en el ordenamiento penal como desistimiento activo. El desistimiento activo consiste en que se han llevado a cabo todos los actos que pueden producir un delito pero que por propia voluntad del autor se evita el resultado, y es lo que sucede en este caso. Adriano desiste de la acción de matar a Agripina haciendo impune el intento, sin perjuicio de que sí sean punibles los actos que se han llevado a cabo en ese intento que, en este caso, son un delito de lesiones del tipo básico del art. 147.1 CP, puesto que cualquier herida de bala necesita un tratamiento médico y quirúrgico, agravado por el art. 148.1º, 2º y 4º ya que se cumplen el uso de un arma, la alevosía y que la víctima sea su cónyuge, por lo que se le impondrá una pena principal de prisión de dos a cinco años.

En relación con la concurrencia de circunstancias que modifican la responsabilidad penal de Adriano, no podemos concretar la existencia de ninguna agrave puesto que

tanto la alevosía como la circunstancia mixta de parentesco ya están incluidos dentro de los preceptos específicos que agravan ambos delitos en los propios artículos 172 *ter* y 148. Tampoco podríamos contemplar la agravante de abuso de confianza puesto que, además de que es difícil que esté junto a la alevosía puesto que ambas implican un suceso inesperado que causa indefensión, en este caso, ya no existe confianza entre ambos sujetos.

No obstante, hay que tener en cuenta un suceso importante y es que, Adriano realiza una llamada al Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo, y le comunica que ha “hecho una tontería, una tontería muy grande”, que nos podría llevar a pensar que se ha llevado a cabo una confesión y se le debería aplicar dicha atenuante, pero la confesión debe ser veraz y ajustada a la realidad. No podemos decir que la frase que menciona Adriano sea una confesión ajustada a la realidad. Sin embargo, sí podemos intuir que se derivará de esa llamada una confesión real, por lo que es un hecho que debemos premiar, y lo haremos aplicando la atenuante análoga a la confesión. Por lo que la pena total que resulte de sumar ambos delitos se impondrá en su mitad inferior.

Las penas accesorias que podrán imponérsele están recogidas en los arts. 56, 57 y 48 y, considero que las más correctas para este caso serán la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad -por haber cometido el delito de lesiones delante de su hija menor- y la inhabilitación para empleo o cargo público -que traerá consigo la pérdida de la condición de Guardia Civil por la Ley de Régimen Personal de la Guardia Civil.- y, obligatoriamente, la prohibición de aproximarse a la víctima. Se podrá también por el art. 156 *ter* CP imponer una medida de libertad vigilada. Todo lo expuesto sin perjuicio de la responsabilidad civil que se le podrá exigir a Adriano en virtud de los arts. 109 y 110 CP.

No obstante, en el caso de que Adriano fuese insolvente, podríamos atribuirle o no la responsabilidad civil subsidiaria al Estado según la teoría de la creación del riesgo. Para poder hacerlo, tendríamos que tener en cuenta el art. 121 CP que establece los requisitos para atribuir la responsabilidad subsidiaria al Estado por un delito, que el hecho ilícito debe haber sido llevado a cabo por un funcionario de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones específicas como funcionario público y que la lesión causada por este acto sea consecuencia directa del funcionamiento de ese servicio público. Sin embargo, en este caso, el delito cometido con el arma reglamentaria por Adriano ha sido, obviamente, fuera de servicio, por lo que objetivamente no se podría hablar de responsabilidad subsidiaria del Estado.

Sin embargo, el TS ha establecido en un Acuerdo que por hechos cometidos fuera del tiempo de servicio el Estado podrá tener responsabilidad siempre y cuando no sucediesen en el domicilio del acusado y no hubieran existido motivos debidamente acreditados de que se debería haber retirado el arma reglamentaria del sujeto en cuestión. En este caso, los hechos delictivos fueron cometidos dentro del domicilio conyugal en régimen de gananciales, por lo que solo podríamos sujetarnos al último supuesto.

No obstante, debido a la existencia de un alta médica que pone fin a una baja por estrés laboral donde se establece que no se requiere seguimiento del sujeto y que está capacitado para volver al trabajo, no podemos observar que esté debidamente acreditado que el Estado debería haberle retirado el arma reglamentaria una vez reincorporado, sin perjuicio de la posible falta de diligencia del médico que concedió dicha alta que podría

derivar en mala praxis donde se tendría que abrir otro procedimiento contra el médico que podría causar o no la responsabilidad subsidiaria del Estado. Por lo que llegamos a la conclusión de que, en relación al delito cometido por Adriano con el arma reglamentaria, no podemos atribuirle la responsabilidad civil subsidiaria al Estado.

Finalmente, debido a las penas previstas para los delitos, Adriano deberá ingresar en prisión y debemos concretar las características penitenciarias que regirán en su estancia con la finalidad de reinsertarlo nuevamente en la sociedad. En primer lugar, observando que no posee una personalidad extremadamente violenta ni inadaptable, no podemos determinar su clasificación como interno en primer grado, pero tampoco se debe obviar que los delitos que ha cometido tienen la suficiente entidad para que no pueda acceder directamente a una clasificación en tercer grado, por lo que concluiremos con que la clasificación que se le debería atribuir sería la de segundo grado.

En segundo lugar, el centro de destino será en la medida posible, ya que no es un derecho del interno sino un criterio orientativo para la Administración Penitenciaria, el más cercano a la zona donde el penado tenga más arraigo social por lo establecido en la LOGP, teniendo en cuenta que, por ser Adriano un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, deberá estar incluido en un régimen especial FIES4, aislado del resto de los internos ordinarios por lo establecido en la LOFCS y seguir un régimen de vida cerrado. Por lo que se le deberá destinar, por lo tanto, a la prisión más cercana a su domicilio que posea un régimen específico de FIES4 o que se pueda adaptar a este.

En tercer y último lugar, el tratamiento penitenciario que debería seguir -aunque no se le podrá imponer de ninguna manera- será el tratamiento específico para internos que hayan cometido delitos relacionados con la violencia de género, para intentar que no se vuelva a producir una reincidencia en este tipo de delitos, que será el Programa de Intervención para Agresores en Violencia de Género, que consistirá en terapias en grupo con sesiones semanales y tendrá la duración de aproximadamente un año. Por esto, aunque sea necesario para determinar un tratamiento el examen correspondiente de la Junta de Tratamiento, concluimos que deberá someterse a este tipo de programa.

Con todo lo expuesto, podemos concluir que existe la protección jurídica que se ofrece por parte del orden jurisdiccional penal a las mujeres víctimas de la violencia de género. Aunque la sociedad demanda que evolucione todavía más y verdaderamente es necesario, no deja desamparadas a todas las mujeres que sufren este tipo de conductas todos los días. Además, como hemos visto, en las prisiones -obviando lo que la estancia en prisión provoca a los internos a nivel social tanto para con ellos mismos como para con el resto de la sociedad- intenta educar a los autores de este tipo de delitos enseñándoles lo que significa verdaderamente el movimiento feminista, el dogma que se ha creado sobre la mujer y el rol que debe desempeñar en la sociedad, para intentar evitar que se vuelvan a cometer este tipo de conductas. Aunque aún quede mucho camino para lograr una igualdad real entre los hombres y las mujeres, no podemos negar que se está produciendo un avance significativo.

BIBLIOGRAFÍA

- DE FUENTES BARDAJÍ, J.: *Manual de Responsabilidad Pública*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2010.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Derecho penal español parte general*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.
- FERRER GUTIÉRREZ, A.: *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho Penitenciario. La ejecución de penas y medidas de seguridad*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2016.
- GALDEANO SANTAMARÍA, A.: “Delito de acoso-stalking: Art. 172 *ter*” en *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (ÁLVAREZ GARCÍA F.J., Dir.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARRO CARRERA, G. y ASUA BATARRITA, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008
- GÓMEZ DE LA TORRE, I. B., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo VI. Derecho penitenciario*. Ed. Iustel. Madrid, 2016
- GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ALASTUEY DOBÓN M.C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Ed. Tirant lo Blanch, 2012.
- GRACIA MARTIN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario*. Ed. Iustel. Madrid, 2011.
- MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho contra la Violencia de Género*. Ed. Montecorvo, S.A. 2007.
- MENÉNDEZ DE LUARCA, M.C., ENCINAR DEL POZO, M.A., MARCHENA GÓMEZ, M., MORENO VERDEJO, J. y TORRES-DULCE LIFANTE, E.: *Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico*. Ed. Edisofer S.L. Madrid, 2018.
- NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., GINER ALEGRÍA, C.A. y NICOLÁS GARCÍA, J.N.: *Manual de Prevención y Tratamiento Penitenciario*. Ed. Diego Marín. Murcia, 2016.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de derecho penal parte general*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.
- SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. I, 2016.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*. Ed. Bosch. Barcelona 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid 2009.

VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, M^a.L., BORJA JIMÉNEZ, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho penal parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

Páginas web:

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/regimenes/cerrado.html>

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/regimenes/ordinario.html>

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/regimenes/abierto.html>

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Sistema_Penitenciario_2014_Web_Vin_2.pdf

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/maltratadores.html>

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/descargas/Programa_de_tratamiento_en_prision_para_agresores_en_el_ambito_familiar_grupo_de_trabajo_sobre_violencia_de_genero.pdf

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Doc_Penitenc_7_Violencia_de_gxnero_Acc.pdf

APÉNDICE LEGISLATIVO

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.

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

Ley Orgánica 2/1986, de 31 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

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

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

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

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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

Real Decreto 1484/1987, de 4 de diciembre, sobre normas generales relativas a escalas, categorías, personal facultativo y técnico, uniformes, distintivos y armamento del Cuerpo Nacional de Policía.

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

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Audiencia Provincial:

Auto de la AP de Salamanca (Sección 1º) 470/2016 de 23 diciembre [JUR 2017\26604].

SAP de Madrid (Sección 7ª) 799/2016 de 27 diciembre [JUR 2017\25368].

SAP de Alicante (Sección 2ª) 261/2017 de 13 de octubre [ARP 2017\1250].

SAP de Castellón (Sección 2ª) 261/2017 de 13 de octubre [ARP 2017/1250].

SAP de Islas Baleares (Sección 1ª) 37/2018 de 1 febrero [JUR 2018\104612].

SAP de Navarra (Sección 1ª) 74/2018 de 26 marzo [JUR 2018\103911].

Tribunal Supremo:

STS 469/1999 de 26 marzo [RJ 1999\2685].

STS 496/2000 de 29 de marzo [RJ 2000/3482].

STS 1429/2000 de 22 septiembre [RJ 2000\8082].
STS 1968/2000 de 20 diciembre [RJ 2000\10312].
STS 1270/2002 de 5 de julio [RJ 2002\7936].
STS 446/2002 de 1 marzo [RJ 2002\3914].
STS 20/2007 de 22 enero [RJ 2007\1450].
STS 999/2007 de 26 noviembre [RJ 2008\259].
STS de 14 octubre de 2011 [RJ 2012\3468].
STS 418/2012 de 30 mayo [RJ 2012\6569].
STS 514/2016 de 13 junio [RJ 2016\2736].
STS 956/2016 de 16 diciembre [RJ 2016\5916].
STS 324/2017 de 8 de mayo [RJ 2017, 2385].
STS 554/2017 de 12 julio [RJ 2017\4136].
STS 778/2017 de 30 noviembre [RJ 2017\5566].

Tribunal Constitucional:

STC 74/1985 de 18 junio [RTC 1985\74].
STC 41/2010 de 22 julio [RTC 2010\41].