



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
CURSO 2017/2018**

VIOLENCIA DE GÉNERO

Alumno: José Miguel López Moreira

Tutora: Profa. Dra. Dña. Patricia Faraldo Cabana

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	2
ANTECEDENTES DE HECHO	3
INTRODUCCIÓN.....	5
I. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y POSIBLES SANCIONES A IMPONER.....	6
I.1 DELITO DE ACOSO	6
I.2 DELITO DE LESIONES.....	11
I.3 SANCIONES	21
II. ANÁLISIS SOBRE LA POSIBILIDAD DE ATRIBUIR AL ESTADO LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA	28
III. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL GRADO DE TRATAMIENTO Y EL CENTRO DE DESTINO DERIVADAS DE UNA POSIBLE CONDENA A PENA DE PRISIÓN.....	33
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA.....	47
1. DOCTRINA	47
1. PÁGINAS WEB	48
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	49

ABREVIATURAS

Art	Artículo
AA.VV	Varios autores
CC	Código Civil
CP	Código Penal
Ed.	Editor
FIES	Ficheros de Internos de Especial Seguimiento
LOFCS	Ley Orgánica 20/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. General Penitenciaria.
núm.	Número
RP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SGIP	Secretaría General de Instituciones Penitenciarias
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

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 2 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.

CUESTIONES:

1. Realice la calificación jurídica de los hechos descritos y determine las posibles sanciones a imponer.
2. Analice la posibilidad de atribuir al Estado la responsabilidad civil subsidiaria, por el empleo del arma reglamentaria por parte del Cabo primero de la Guardia Civil, Adriano E.
3. Determine las cuestiones penitenciarias relacionadas con el grado de tratamiento y centro de destino, derivadas de una posible condena a pena de prisión del Cabo primero de la Guardia Civil.

INTRODUCCIÓN.

La violencia de género hasta hace poco no ha contado con la visibilidad y respuesta social que por su gravedad merece, y ello, fundamentalmente, por la lucha que las propias mujeres han mantenido y mantienen para la concienciación y superación de la desigualdad que ha imperado históricamente.

Como principal causa de su aparición nos encontramos con la creencia sociocultural de que la mujer, discriminada simplemente por el hecho de serlo, ha de vivir subordinada al hombre, lo que no solo atenta contra su dignidad sino que supone una limitación de su libertad en todas sus formas. Con base en ello van a surgir las diferentes manifestaciones de este tipo de violencia, ya sea física o psíquica, ya surja en el contexto de las relaciones de pareja, en el ámbito familiar, social o laboral.

En este sentido, una vez leídos los antecedentes de hecho del supuesto, nos encontramos precisamente con esa idea de subordinación que supone la incapacidad de respetar y asumir las decisiones que libremente adopta una mujer respecto a su plan de vida, a lo que hay que añadir la especial condición del agresor por su empleo de Guardia Civil, lo cual no hace sino incrementar el reproche por la conducta desplegada toda vez que los principios que rigen las actuaciones de este colectivo pasan por el respeto a la ley y el servicio a la comunidad.

Del mismo modo, como se aprecia en nuestro caso, no puede obviarse que los menores también pueden ser víctimas de este tipo de violencia, ya sea de una manera directa o indirecta, por lo que, como así se reconoce en el apartado II del preámbulo la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, “la Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”.

A partir de las particularidades señaladas del caso que nos ocupa se llega a la conclusión de que la realidad social en la que vivimos, cada vez más concienciada con la lucha contra la desigualdad y la violencia de género, ha de encontrar apoyo y solución en los poderes públicos, los cuales no solo han de limitarse a dar una respuesta penal como la que aquí nos ocupa, sino que habrán de preocuparse también por un desarrollo educativo que nos permita prevenir estas conductas, ya que la desigualdad y sus efectos, en todas sus formas, no son sino un atraso y un lastre para el pleno desarrollo de las sociedades actuales.

I. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y POSIBLES SANCIONES A IMPONER.

En este caso estamos ante un delito de acoso y un delito de lesiones que serán explicados junto con las circunstancias modificativas de la responsabilidad que corresponda para posteriormente determinar la pena aplicable.

I.1 DELITO DE ACOSO.

El delito de acoso o *stalking* viene recogido en el artículo 172 ter del Código Penal (en adelante CP) como sigue:

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.

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 primer lugar, conviene señalar que, conforme a lo expuesto en el apartado XXIX del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, “se introduce un nuevo tipo penal de acoso que 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.”

Como se aprecia, se supera la anterior subsunción de estas conductas en los delitos de coacciones o amenazas que, por su gravedad, hacían necesario dotarlas de un contenido propio dentro de nuestro ordenamiento penal. Asimismo, queda establecido como bien jurídico objeto de protección la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima.

En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE ha entendido que de entre los elementos que configuran el acoso deben admitirse “tanto el que debe tratarse de un patrón de conducta insidioso y disruptivo” así como “no contar con la anuencia de la víctima”. En cuanto a la primera la misma autora destaca que “debe de tratarse de una serie de actos concatenados en que no existe uniformidad sobre el período de duración del acoso o la frecuencia (...) tratándose en ocasiones de conductas socialmente aceptadas de ser singular o aisladamente consideradas”. En cuanto a la segunda característica, destaca la “ausencia de consentimiento o de la realización de la conducta al margen de su voluntad”¹, entendiéndose así mismo que el resultado consiste en “la trascendente limitación de la libertad de decidir o de actuar de la víctima”.²

A raíz de lo expuesto, nos encontramos con que se van a castigar “conductas de acecho y/o intimidación que buscan forzar un contacto o relación personal indeseada por la víctima”, alterando gravemente su vida cotidiana. En cuanto al hostigamiento sufrido, este ha de resultar de “la insistencia y reiteración de las conductas determinadas por el legislador, las cuales han de ser intersubjetiva y circunstancialmente idóneas para causar la sensación de acoso”, siendo fundamental que la propia víctima exteriorice “firme y rotundamente” su voluntad de no mantener ninguna relación con el sujeto.³

Ante esto, el legislador ha previsto como medios de acecho los contenidos en los cuatro numerales establecidos en el apartado primero del artículo, de los cuales los dos primeros resultan aplicables a este caso:

- En el primero, cuando se habla de **vigilancias y persecuciones**, se entiende que el autor se familiariza con las costumbres de la víctima, llevando a cabo “seguimientos continuos o procurando encuentros no deseados”⁴.
- Por su parte, en el segundo se recogen las **comunicaciones directas con la víctima, el intento de ellas o a través de terceros**, utilizando cualquier medio de comunicación.

Hecha esta apreciación, vemos que el comportamiento del sujeto responde perfectamente a estos requisitos, ya que, en un lapso temporal de seis meses, se dedicó a enviarle mensajes telefónicos diariamente a través de la aplicación Whatsapp y, cuando es bloqueado en esta por no desistir en su empeño a pesar de que la víctima así se lo

¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 219.

² VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*, op. cit. p.238.

³ CARPIO BRIZ, D.: “Artículo. 172 ter”, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal* (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. Dirs.), Ed. Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 613- 614.

⁴ CARPIO BRIZ, D.: “Artículo. 172 ter”, op cit., p. 614.

había pedido, por la red social Facebook. Asimismo se constata que también se dedicaba a seguir a la víctima a los lugares que esta frecuentaba simulando encontrarse con ella por casualidad para así persistir en sus intenciones, y ello a pesar de las respuestas negativas de la víctima insistiéndole en que dejara de enviarle mensajes.

Finalmente, hay que destacar que estos continuos mensajes, conforme va pasando el tiempo, aumentan de gravedad, ya que el sujeto pretendía controlar a la víctima pidiéndole que le informara en todo momento de dónde se encontraba, con quién y si estaba acompañada de algún hombre, llegando a enviarle una foto de ella acompañada de un amigo en un restaurante con un mensaje que decía: “Sé en todo momento dónde y con quién estás”, lo cual fue el detonante para que bloqueara el teléfono del sujeto para cortar todo contacto.⁵

Visto esto, y teniendo en cuenta que estamos ante un delito doloso de resultado, de tal modo que para entenderse consumado el hostigamiento padecido por la víctima ha de afectar el normal desarrollo de su vida⁶, la infracción se entenderá cometida con la consideración de las siguientes circunstancias:

- La **entidad de la conducta**, ya que esta genera una sensación de temor, inquietud e inseguridad considerable como para entender afectada de manera grave su vida cotidiana, la cual desemboca en el bloqueo del teléfono del sujeto para evitar el contacto y superar esta situación.
- La **relación sujeto activo-víctima**, ya que estamos ante un hombre y una mujer que han mantenido una relación matrimonial durante diez años, a lo que es posible añadir la profesión del sujeto, que al desempeñarse como agente de la autoridad puede aumentar la intimidación en la víctima por las características de dicho empleo.
- Se cumple que la víctima, en varias ocasiones, **se negó decididamente a mantener ninguna relación** con el sujeto.

En lo referente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad hay que decir que se cumple la agravante del apartado segundo del artículo, ya que la víctima es cónyuge del sujeto, por lo que la pena será mayor, no siendo necesaria la denuncia de la víctima o de su representante legal.

Como posibles atenuantes podrían plantearse la obcecación y la eximente incompleta por alteración psíquica producida por el síndrome ansioso relativo al estrés laboral y el trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa que presentó el sujeto en los meses de diciembre de 2016 y julio de 2017 respectivamente.

Comenzando con la obcecación, esta viene recogida en el art. 21.3 CP como “la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”.

Dicho esto, nos encontramos con que se requiere la existencia de estímulos o causas, normalmente procedentes de la víctima, calificados como poderosos y suficientes para

⁵ Véanse en este sentido las STS 324/2017, de 8 de mayo [Roj: STS 1647/2017]; 554/, de 12 de julio 2017 [Roj: STS 2819/2017] o la SAP Oviedo 435/2016, de 27 de octubre [Roj: SAP O 3077/2016]; SAP Valencia 251/2018, de 7 de mayo [SAP V 1048/2018].

⁶ CARPIO BRIZ, D.: “Artículo. 172 ter”, *op cit.*, p. 615.

explicar la reacción del sujeto. De este modo se exige una proporcionalidad entre el estímulo, la alteración de la conciencia y la voluntad que acompaña a la acción, así como una conexión temporal entre ellos. Es preciso también que en el entorno social estos estímulos no sean contrarios a las normas socioculturales establecidas, lo que implica que la actuación del sujeto se ha de producir dentro de un cierto sentido ético, ya que su conducta y sus estímulos no pueden ser amparados por el Derecho cuando surgen de una actitud antisocial reprochable.⁷

Siguiendo esta argumentación, nos encontramos con que jurisprudencialmente⁸ se ha apreciado que los celos no constituyen una justificación de la obcecación, ya que se ha de entender que toda persona es libre de determinar sus relaciones sentimentales, ya sea para iniciarlas o para romperlas, como en este caso, sin que esto pueda suponer el ejercicio de la violencia. Por tanto, haciendo acopio de estas consideraciones, no se puede apreciar esta atenuante.

Por otra parte, la atenuación por la apreciación de la eximente incompleta de alteración psíquica derivaría de la aplicación del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.1 CP. Este último entiende que está exento de responsabilidad criminal “el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”

No obstante, con el art. 21.1 CP se define la figura de la eximente incompleta, con la que no se va a eximir de responsabilidad, sino que aun existiendo esta, la pena se verá atenuada cuando nos encontremos, atendiendo al tenor literal del artículo, con “las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.”

Explicado esto, resulta conveniente hacer una aproximación a los síntomas y efectos que provocan los trastornos padecidos por el sujeto para así valorar si podría llevarse a cabo la atenuación de la pena.

Tomando como referencia el manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales, DSM-V, sabemos que la ansiedad viene asociada con tensión muscular, vigilancia en relación a un futuro y comportamientos cautelosos o evitativos⁹. Dentro de las variantes que existen, el síndrome ansioso relativo al estrés laboral se podría enmarcar dentro de los trastornos de ansiedad generalizada, caracterizados por una “ansiedad y preocupación excesiva relacionada con diversos sucesos o actividades”, como puede ser la laboral. Esta ansiedad y preocupación puede presentar diferentes síntomas, como inquietud o sensación de estar atrapado, los nervios de punta, facilidad para fatigarse, dificultad para concentrarse, quedarse con la mente en blanco, irritabilidad, tensión muscular o problemas de sueño. Como consecuencia de ello podrá surgir un malestar clínicamente significativo, un deterioro en lo social, laboral u otras áreas, dificultades

⁷ Véanse en este sentido las SSTS 140/2010, de 23 de febrero [Roj: STS 996/2010]; 256/2002, de 13 de febrero [Roj: STS 961/2002]; 1483/2000, de 6 de octubre [Roj: STS 7114/2000], entre otras.

⁸ Véanse las SSTS 904/2007, de 8 de noviembre [Roj: STS 7160/2007]; 754/2015, de 27 de noviembre [Roj: STS 5421/2015].

⁹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION.: “Trastornos de ansiedad”, en AA.VV., *DSM-V, manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales*, Editorial Médica Panamericana, 2014, p.189.

para desenvolverse de manera rápida y eficiente y un consumo de tiempo y energía notable.¹⁰

Muy parecido va a resultar el trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa. Este comprende síntomas emocionales o de comportamiento en respuesta a un factor de estrés clínicamente significativo que se manifiesta por una o las dos características siguientes: la primera, un malestar intenso desproporcionado a la gravedad o intensidad del factor de estrés, y la segunda, un deterioro significativo en lo social, laboral u otras áreas, a lo que hay que añadir que el predominio de la ansiedad va a suponer una importante presencia de nerviosismo, preocupación o agitación.¹¹

Visto esto, hay que indicar que, para poder apreciar la atenuación expresada, tal alteración psíquica ha de suponer la imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho al tiempo de cometer el delito, exigiéndose a su vez que la misma no sea provocada por el sujeto para la comisión del delito o que, llegado el caso, hubiera previsto o debido prever su comisión. En este sentido, se hace referencia a cuatro categorías psiquiátricas¹²:

- En primer lugar la **psicosis**, donde encontraremos enfermedades mentales que suponen una “transformación de las leyes psíquicas que suponen una pérdida del contacto objetivo con la realidad”. Aquí nos encontramos con la esquizofrenia, paranoias, delirios, epilepsia, alucinaciones o psicosis maníaco-depresivas.
- En segundo lugar las **oligofrenias**, que implican una “insuficiencia cuantitativa del grado de inteligencia”.
- En tercer lugar las **psicopatías**, las cuales hacen referencia a “desequilibrios cuantitativos en los distintos componentes de la personalidad que, sin afectar necesariamente la capacidad intelectual, se produce una ausencia de empatía, remordimientos y, por tanto, conciencia moral”.
- Por último, las **neurosis**, que son “reacciones psíquicas anormales frente a una determinada situación, que se manifiesta en forma de angustia, depresión o mecanismos de defensa que pueden dar lugar a impulsos irresistibles”.

Hecha esta clasificación, para poder apreciar una eximente completa por alteración psíquica, recogida en el artículo 20.1 CP y con la que no se consideraría responsable al autor por los hechos, es necesario que la perturbación sea plena, de tal modo que, como anteriormente se mencionó, no se comprenda la ilicitud del hecho al tiempo de cometer el delito o no sea capaz de actuar conforme a esa comprensión¹³. A tenor de lo expuesto, esta opción queda descartada.

Cuestión más discutible podría ser la apreciación de la eximente incompleta del artículo 21.1 CP, con la que el autor seguiría siendo responsable por su acción pero de una manera atenuada, dando lugar a una disminución de la pena. En estos supuestos

¹⁰ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION.: “Trastorno de ansiedad generalizada”, *op. cit.* pp. 222, 223 y 225.

¹¹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION.: “Trastornos de adaptación”, *op. cit.* pp. 286-287.

¹² MIR PUIG, S y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo. 20”, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG S: Dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 99-100.

¹³ MIR PUIG, S y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo. 20”, *op. cit.*, p. 98.

estaríamos ante una alteración no plena, pero sí notable, de tal modo que también se verían afectadas las facultades volitivas e intelectuales del sujeto.¹⁴

Aun así, vistas las principales categorías psicológicas que se tienen en cuenta para la apreciación de esta atenuación y los síntomas de los trastornos padecidos por el sujeto en este caso, no es posible considerar que hayan podido verse afectadas de una manera considerable las capacidades intelectuales o volitivas del sujeto hasta tal punto que le impidieran comprender la ilicitud de sus actos al cometerlos, por lo que esta atenuante tampoco le será aplicada.

Del mismo modo habrá que descartarse la posibilidad de la apreciación de la atenuante analógica que recoge el art. 21.7 CP. En este caso, jurisprudencialmente¹⁵ se ha establecido que para que determinadas circunstancias puedan ser tenidas en cuenta como atenuantes análogas habrá de existir una semejanza de significado con la circunstancia expresamente recogida en la ley, por lo que las simples similitudes formales no serán tenidas en cuenta a fin de evitar que a través de este mecanismo se lleven a cabo atenuaciones no merecidas por carecer de los requisitos fundamentales de las circunstancias explícitamente recogidas.

Dicho esto, y entendiendo que lo básico en este caso radica en una afectación de las capacidades intelectuales y volitivas que suponga una falta de comprensión de la ilicitud de los actos en el momento de cometerlos, esto no puede deducirse del tipo de trastornos que presenta el sujeto.

I.2 DELITO DE LESIONES.

En este punto hay que empezar recordando que, de los disparos efectuados por el sujeto sobre la víctima, uno de ellos impactó en el omóplato derecho y otro le causó una grave lesión bronco-pulmonar. Con base en ello, podríamos pensar que estamos ante una tentativa de asesinato y no meramente un delito consumado de lesiones, ya que la agresión se produce con un arma de fuego, mediando alevosía, afectando una zona donde se encuentran órganos vitales y contra su esposa, por lo que la pena se agravaría.

Dicho esto, lo fundamental radica en determinar si estamos ante un delito consumado de lesiones o una tentativa de asesinato. Para llevar a cabo esta distinción, primeramente habría que analizar el ánimo del sujeto y deducir si lo que en realidad había en él era una voluntad de lesionar o de matar.

Dicha voluntad, a menos que haya una clara confesión por parte del autor, habrá de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias concurrentes en el hecho criminal, las cuales han sido aportadas jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo¹⁶.

Entre tales circunstancias, sin tratarse de un sistema de *numerus clausus*, podemos encontrarnos con:

- La dirección, número y violencia de los golpes.

¹⁴ Véase, entre otras, la STS 383/2017, de 25 de mayo [Roj: STS 2105/2017].

¹⁵ Véase, entre otras, la STS 104/2011, de 1 de marzo [Roj: STS 1316/2011].

¹⁶ Véanse, entre otras, las SSTS 140/2010, de 23 de febrero [Roj: STS 996/2010]; 436/2011, de 13 de mayo [Roj: STS 3379/2011]; 423/2012, de 22 de mayo [Roj: STS 3807/2012] y 749/2014, de 12 de noviembre [Roj: STS 4705/2014].

- El contexto de espacio y tiempo.
- Las relaciones entre autor y víctima.
- Las manifestaciones precedentes, simultáneas y posteriores al delito hechas por el autor.
- La causa del delito.
- El tipo de arma empleada.
- Las zonas del cuerpo lesionadas.
- La gravedad de las lesiones causadas.

Con base en estos criterios, se concluye que más que un ánimo de lesionar subyace una voluntad de matar, la cual se basa en la existencia del dolo, que puede ser directo, constituido por el deseo y la voluntad de matar, o eventual, que surge cuando el sujeto se representa como probable que sus actos pueden producir la muerte de la víctima, independientemente de que el resultado no sea deseado, a pesar de lo cual persiste en la acción causante del resultado.¹⁷

Hecha esta diferenciación de las modalidades del dolo, parece claro que la modalidad que más se ajusta al caso sería la del dolo directo, por lo que se reafirma, como se ha dicho al principio, la voluntad de matar, apoyado todo ello a su vez por las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, las lesiones se producen con un arma de fuego, lo cual aumenta considerablemente el peligro para la vida de la víctima.
- En segundo lugar, hay que decir que la zona afectada, el tronco, alberga órganos vitales, sobre el cual el autor efectuó dos disparos con su arma por la espalda y sin mediar palabra, pudiendo ser suficiente en estos casos uno solo para causar la muerte.
- En tercer lugar, nos encontramos con unas lesiones muy graves ya que resultaron dañados órganos vitales, por lo que perfectamente la víctima podría haber perdido la vida.
- En cuarto lugar, nos encontramos con la condición de Guardia Civil del autor, que hace presumir que cuenta con los suficientes conocimientos sobre el uso y los daños que causan este tipo de armas.
- Finalmente, también podría incluirse el hecho de llevar a cabo el ataque en el domicilio, lugar que fue buscado por él al engañar a la víctima diciendo que iba simplemente para recoger sus pertenencias, y donde la víctima, solamente

¹⁷ Véanse, entre otras, las SSTS 210/2007, de 15 de marzo [Roj: STS 1480/2007]; 172/2008, de 30 de abril [Roj: STS 7566/2008]; 487/2008, de 17 de julio [Roj: STS 4156/2008].

acompañada por su hija de tres años, contaría con menos posibilidades de ser auxiliada.

Hechas estas apreciaciones, a primera vista parece lógico pensar que estamos ante un delito de asesinato, recogido en el artículo 139 CP como sigue, en grado de tentativa.

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 concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.

A esta conclusión se llegaría a partir de la interpretación del intento de causar la muerte a otro concurriendo la circunstancia de alevosía, regulada en el art. 22 CP, según el cual concurre “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”.

Conviene puntualizar al respecto que ese aumento de las probabilidades objetivas de que se lesione el bien jurídico ha de entenderse previo a su ejecución.¹⁸

Expuesta esta definición de la alevosía, se han considerado los siguientes elementos de la misma¹⁹:

- Un **elemento normativo**, ya que tal y como está regulada solo concurre en los delitos contra las personas.
- Un **elemento objetivo**, con el que se hace referencia al *modus operandi* del sujeto, el cual utiliza en la ejecución medios, modos o formas objetivamente adecuados para asegurar la ejecución, eliminando a su vez las posibilidades de defensa.
- Un **elemento subjetivo**, entendido como el dolo del autor inherente no solo a los medios, modos o formas empleados, sino también en la tendencia a asegurar la ejecución e impedir la defensa de la víctima, suprimiendo así de una manera consciente el riesgo que pudiera suponer para el sujeto la reacción defensiva de la víctima. Dicho esto, nos encontramos con que el sujeto busca de manera intencionada la producción del delito o, al menos, se aprovecha de la situación de aseguramiento del resultado sin riesgo para su persona.²⁰

¹⁸ MIR PUIG, S y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 22”, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG S: Dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, 2015, p. 131.

¹⁹ Véase, entre otras, la STS 155/2005 de 15 de febrero [Roj: STS 854/2005].

²⁰ Véase la STS 178/2001, de 13 de febrero [Roj: STS 972/2001].

- Un **elemento teleológico**, que supone la apreciación de una mayor antijuridicidad derivada del *modus operandi* del sujeto, el cual se desarrolla conscientemente para lograr el resultado.

Dentro de la alevosía nos podemos encontrar con tres clases²¹:

- **Súbita o sorpresiva.** Este tipo consiste en un ataque inesperado para la víctima, pudiendo obedecer dicho carácter inesperado a la creación por parte del autor de una situación de confianza mediante engaño.
- **Proditoria.** Este tipo se da en situaciones de acecho o emboscada en las que la víctima no tiene escapatoria.
- Finalmente, aparecería **aquella que supone un aprovechamiento de una situación especial de indefensión.** En este caso se englobarían como potenciales víctimas, por ejemplo, a enfermos graves, ancianos, personas impedidas, niños de corta edad o recién nacidos.

Conviene destacar a este respecto las diferencias surgidas en cuanto a su apreciación, ya que mientras la mayoría de la doctrina, entre los que se puede destacar a CÓRDOBA RODA²² o QUINTERO²³, ha entendido que no se puede hablar de alevosía, sino de abuso de superioridad, con lo que se entiende que las capacidades de defensa del autor “se ven reducidas, pero no anuladas completamente o, en su caso, disminuidas en menor medida que en la alevosía”, por lo que estos autores interpretan que “la ejecución ha sido asegurada no porque así lo haya procurado el autor utilizando medios, modos o formas tendentes a ello, sino porque dicha situación ha venido dada por la incapacidad inherente a la víctima, la apreciación de alevosía supondría una aplicación analógica *in malam partem*”²⁴, por su parte, la jurisprudencia²⁵ generalmente sí que la considera como tal.

Trasladando lo expuesto al caso, parece claro que se constata la concurrencia de la alevosía, concretamente en su modalidad sorpresiva, ya que el autor engaña a la víctima haciéndole creer que acude al domicilio únicamente para recoger sus pertenencias y, aprovechando que está de espaldas a él, de manera que la víctima no es capaz de saber lo que el sujeto se dispone a hacer para así poder defenderse, le dispara sin mediar palabra.

Por su parte, para la apreciación de la tentativa nos encontramos primeramente con la definición aportada por el apartado primero del 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.

²¹ MIR PUIG, S y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo. 22”, *op. cit.*, pp. 132-133.

²² CÓRDOBA RODA, J.: “Artículo 22”, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal. Parte General*, (CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. Dir.), Ed. Marcial Pons, 2011, pp. 274-275.

²³ QUINTERO OLIVARES, G.: “Artículo 22”, en AA VV, *Comentarios al Código Penal español*, T.I (QUINTERO OLIVARES, G. Dir.) Ed. Aranzadi, 2011, p. 294.

²⁴ MIR PUIG, S y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo. 22”, *op. cit.*, p.133.

²⁵ Véanse, entre otras, las SSTs 227/2014, de 19 de marzo [Roj: STS 1114/2014]; 90/2015, de 12 de febrero [Roj: STS 662/2015]; 738/2003, de 27 de mayo [Roj: STS 3590/2003].

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.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

De esta definición se pueden diferenciar los elementos objetivos u subjetivos que conforman la tentativa²⁶:

1) Elementos objetivos:

- Concurrencia de **actos externos** que supongan medios generalmente idóneos para la realización del delito.
- **Ejecución total o parcial** de los actos anteriormente mencionados.
- **No producción del resultado** por causas independientes a la voluntad del sujeto.

2) Elementos subjetivos:

- **Resolución de consumir el delito**, que no se produce por causas independientes a la voluntad del sujeto.
- **Ausencia de desistimiento voluntario.**

Una vez expuestas estas características, cabe destacar la apreciación hecha por REYES ALVARADO al concebir la tentativa como “un delito incompleto o un delito completo pero incompleto en su aspecto objetivo”, de lo que resulta que “la pena de la tentativa se debe ser inferior a la prevista para el delito consumado, pues si aquella es solo una parte de este, si a la tentativa le falta un elemento objetivo para ser igual que el delito consumado, entonces lógicamente no puede corresponderle la misma pena”²⁷, y esto es lo que efectivamente ocurre, ya que en los delitos de tentativa, como establece el art. 62 CP, la pena se verá rebajada en uno o dos grados.

Dicho esto, aunque efectivamente el asesinato no se consuma porque no se produce la muerte de la víctima a pesar de llevar a cabo todos los actos idóneos para ello, esta no producción del resultado no es independiente a la voluntad del sujeto, sino que, aunque se infiere de sus actos la intención de matar a la víctima, tras efectuar los disparos potencialmente mortales, el propio sujeto decide ponerse en contacto con los servicios

²⁶CORCOY BIDASOLO, M.: “Artículo 16”, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG S: Dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, 2015, p. 81.

²⁷REYES ALVARADO, Y.: *El delito de tentativa*, Ed. Bdef, 2016, p. 348.

de urgencias, de tal modo que esta conducta se muestra determinante para salvar la vida de la víctima.

Consecuentemente, la calificación de los hechos habrá de variar ya que, partiendo de esta interpretación final, los hechos habrán de interpretarse de acuerdo con el segundo apartado del art. 16 CP anteriormente expuesto, dando lugar a la apreciación de un desistimiento en la tentativa, lo que supone eximir de la responsabilidad penal por el delito intentado a quien evite voluntariamente la consumación de dicho delito, bien desistiendo en la ejecución ya iniciada, o bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados.

En este sentido destaca la definición que ha dado DOMÍNGUEZ CORREA de esta figura, entendiendo la misma como “la renuncia voluntaria y oportuna de la empresa criminal iniciada mediante una conducta”²⁸, entendiendo a su vez que “el término voluntad implica libertad, ya que si no hay libertad, no podemos hablar de voluntariedad”²⁹.

Este razonamiento se ve reforzado a su vez por lo dispuesto en el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002, al disponer lo siguiente:

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.

Establecidas estas características, nos encontramos con que la figura del desistimiento se presenta como un aliciente para que el autor abandone la realización iniciada del delito, buscando potenciar así la protección del bien jurídico correspondiente, que en este caso es la vida de la víctima.

Asimismo, dentro de la figura nos podemos encontrar con dos tipos de desistimiento³⁰:

- **Desistimiento omisivo**, entendido como aquel en el que el sujeto abandona la ejecución del delito iniciada, interrumpiendo o abandonando la progresión del mismo en un momento del *iter criminis* en que lo realizado no conlleva la producción del resultado.
- **Desistimiento activo**, que se produce cuando la acción delictiva realizada ya cuenta con la eficacia necesaria para producir el resultado pero este se evita debido a los actos positivos desarrollados por el propio sujeto derivados de la libre voluntad del mismo de apartarse del hecho delictivo. Habrá de señalarse

²⁸DOMÍNGUEZ CORREA, M.: *El desistimiento de la tentativa*, Ed. Bdef, 2013, p. 96.

²⁹DOMÍNGUEZ CORREA, M.: *El desistimiento de la tentativa*, op. cit. p. 110.

³⁰Véase, entre otras, la STS 1096/2007 de 19 de diciembre [Roj: STS 8769/2007].

aquí que no se considerará como desistimiento el abandono de la acción comenzada por la aparición de algún impedimento con el que el autor no contaba.

Hecha esta distinción, en nuestro caso nos encontramos con un desistimiento activo por parte del sujeto, ya que lleva a cabo acciones positivas destinadas a neutralizar los actos realizados, impidiendo de este modo que se produzca el resultado previsible de los mismos, y todo ello cumpliendo con los requisitos de voluntariedad y eficacia, puesto que como se ha dicho, es el autor el que por propia iniciativa toma la decisión de ponerse en contacto con los servicios de urgencias, lo cual resulta determinante para salvar la vida de la víctima.

Finalmente, como se apuntó, la calificación habrá de variar, puesto que, por aplicación del art. 16.2 del CP, el autor resulta exento de responsabilidad penal por la tentativa de asesinato, respondiendo en su lugar por un delito de lesiones.³¹

Con esta nueva calificación, habrá que comenzar apuntando que en el delito de lesiones el bien jurídico que se pretende proteger es la salud de las personas, tanto en su vertiente física como psíquica³², a partir de lo cual nos encontramos con el art. 147 CP, definiendo lo que se conoce como el tipo básico de lesiones:

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.

En cuanto a los tipos de lesiones recogidos, hay que decir que la diferenciación que se ha hecho con ellos responde, por un lado, a la posibilidad de calificar las lesiones enmarcadas en el primer apartado como graves o menos graves, según los casos concretos, mientras que las referidas en los apartados segundo y tercero se consideran delitos leves. Por otro lado, también hay que destacar que para las lesiones del apartado primero se ha de requerir para su curación, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico, mientras que para los casos de lesiones

³¹ Véanse en este sentido las SSTS 778/2017, de 30 de noviembre [Roj: STS 4375/2017]; 111/2011, de 22 de febrero [Roj: STS 1501/2011]; 446/2002, de 1 de marzo [Roj: STS 1452/2002].

³² GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo. 147”, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG S: Dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, 2015, p. 522.

del apartado segundo generalmente solo se precisará una primera asistencia facultativa, y para los del apartado tercero ni siquiera ésta será necesaria.³³

Dicho esto, las lesiones se entienden como delitos de resultado, por lo que será fundamental para la distinción de los diferentes tipos de lesiones una evaluación por parte de especialistas sanitarios.³⁴

Vistos los requisitos mencionados, conviene hacer una explicación acerca de las nociones de asistencia facultativa y del tratamiento médico o quirúrgico³⁵, ya que su concurrencia va a determinar la calificación que habrá de darse a las lesiones:

- En cuanto a la **primera asistencia facultativa**, habrá de entenderse como el “diagnóstico o exploración médica inicial con finalidad preventiva” realizados por profesionales de la sanidad y que, generalmente, consistirá en una única actuación médica. Además hay que tener en cuenta que, como se menciona en el propio art. 147.1.1º, las actividades posteriores consistentes en un mero seguimiento o en la verificación de los buenos resultados seguirá formando parte de la primera asistencia facultativa³⁶.
- Por **tratamiento médico** se entiende la “planificación de un sistema de curación o de un procedimiento médico prescrito por un titulado en medicina con finalidades curativas”, imprescindible para la sanación total, siendo irrelevante que “su desarrollo efectivo sea encomendado a auxiliares sanitarios, el propio paciente o persona carente de titulación”.

A diferencia de lo que generalmente ocurre con la primera asistencia, en este caso suelen ser necesarias varias intervenciones facultativas. No obstante, nos encontramos con particularidades en cuanto a su determinación, ya que no se incluirían en él ni el tratamiento farmacológico, fisioterapéutico o psicológico a menos que hayan sido prescritos y, en este último caso, habrá de incluir el consumo de medicamentos. Asimismo tampoco se incluyen los casos de automedicación, ni los antiinflamatorios o analgésicos, puesto que estos simplemente tienen por finalidad paliar el dolor o la incomodidad, no la curación. Por otra parte, sí que se considera como tratamiento médico la inmovilización de partes del cuerpo, como puede ser el uso de collarín, el seguimiento y revisión médica final para declarar el alta o, en caso de fracturas óseas, el reposo también se considera tratamiento médico, así como el tratamiento ortopédico derivado de alguna fractura³⁷.

- El **tratamiento quirúrgico** supone la “realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza, ya sea cirugía mayor o menor, objetivamente necesaria para la reparación del cuerpo o para la restauración o corrección de las

³³ GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 147”, *op. cit.*, p. 524.

³⁴ GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo. 147”, *op. cit.*, pp. 524-525.

³⁵ GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 147”, *op. cit.*, p. 525.

³⁶ Véase, entre otras, la STS 1021/2003, de 7 de julio [Roj: STS 4783/2003].

³⁷ Véanse, respectivamente, las SSTS 91/2007, de 12 de febrero [Roj: STS 842/2007]; 1137/2009, de 22 de octubre [Roj: STS 7152/2009]; 899/2009, de 18 de septiembre [Roj: STS 5726/2009]; 79/2009, de 10 de febrero [Roj: STS 603/2009]; 261/2005, de 28 de febrero [Roj: STS 1222/2005]; 891/2008, de 11 de diciembre [Roj: STS 6905/2008]; 523/2002, de 22 de marzo [Roj: STS 2079/2002]; 195/1999, de 16 de febrero [Roj: STS 1019/1999]; 1259/1997, de 21 de octubre [Roj: STS 6246/1997]; 929/1999, de 8 de junio [Roj: STS 4040/1999].

alteraciones funcionales u orgánicas producidas por las lesiones”. En este caso, al igual que en el tratamiento médico, habrán de ser necesarias varias intervenciones facultativas. Asimismo también nos encontramos con particularidades como la concepción de los puntos de sutura como tratamiento quirúrgico³⁸.

En cualquier caso, para la consideración del delito de lesiones habrá que contar con ambas cosas, la asistencia facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico, de lo contrario nos encontraríamos con alguno de los tipos atenuados de los apartados segundo y tercero, según los casos.³⁹

De este modo, resulta obvio calificar tanto la lesión bronco-pulmonar como la herida de bala sufrida en el omóplato como una lesión del art. 147.1, puesto que por su gravedad necesariamente va a precisar tanto de la primera asistencia facultativa como del tratamiento médico y quirúrgico para su completa sanación.

Tomando esta consideración como punto de partida, nos vamos a encontrar con que las lesiones padecidas por la víctima en este caso suponen la aplicación del art. 147.1 CP en relación con el art. 148.1, el cual dispone:

Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º 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.

2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3.º Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

4.º 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.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Observando las características de los hechos, estos cumplen con las exigencias del mencionado precepto, ya que en la agresión se han utilizado armas peligrosas para la vida o la salud, como es el arma de fuego reglamentaria del sujeto, por lo que como queda establecido, y en comparación con la pena del tipo básico de lesiones, nos encontramos con que mediante la aplicación del art. 148.1 CP se produce una agravación de la misma, la cual pasa de consistir en una pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, a una pena de prisión de dos a cinco años, incrementada a su vez por la concurrencia de las agravantes de alevosía y parentesco.

³⁸ Véanse, entre otras, las SSTS 1021/2003, de 7 de julio [Roj: STS 4783/2003]; 574/2007, de 30 de mayo [Roj: STS 4036/2007].

³⁹ GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo. 147”, *op cit.*, p. 526.

En cuanto a la agravante de alevosía, en primer lugar hay que destacar que jurisprudencialmente⁴⁰ se ha establecido la compatibilidad de la aplicación del art. 148.1 CP con la agravante genérica del art. 22.1 CP, pues se entiende que cuando el autor mediante el uso de un arma incrementa el riesgo objetivo para la integridad de la víctima, como indudablemente es el caso de las armas de fuego, además de excluir el riesgo para su persona asegurando la ejecución, como es el caso de emplearla por la espalda de manera inesperada, no puede hablarse de incompatibilidad.

Partiendo de este criterio y remitiéndonos a la explicación hecha anteriormente acerca de la misma cuando se analizó la tentativa de asesinato, nos encontramos con una alevosía súbita o sorpresiva, consistente en un ataque no esperado por la víctima, pudiendo obedecer dicho carácter a la creación por parte del autor de una situación de confianza mediante engaño, como así ha ocurrido, ya que el autor miente a la víctima diciendo que simplemente acude al domicilio familiar a recoger sus pertenencias y, encontrándose la víctima de espaldas, de tal modo que no es consciente de lo que realmente ocurre para poder defenderse, le dispara sin inmutarse.

Además de la alevosía, también habrá de aplicarse la circunstancia mixta de parentesco como agravante, la cual viene recogida en el art. 23 CP y establece que “(...) puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge (...)”.

En cuanto a la particularidad de esta circunstancia destacan las palabras de BIELSA CORELLA cuando la define como una “circunstancia de naturaleza mixta o circunstancia ambivalente, puesto que puede disminuir o aumentar la responsabilidad derivada de la comisión del delito o ser irrelevante, pero no puede actuar como atenuante y agravante al mismo tiempo”⁴¹.

Constatada la concurrencia de la misma por ser la víctima cónyuge del sujeto, hay que decir que, a pesar de estar recogida en el cuarto apartado del artículo, también resulta compatible por no entenderse conculcado el principio *non bis in ídem*, lo que solo ocurriría si la pena se estableciera a través de la aplicación del art. 148.4 junto con la apreciación del parentesco como agravante genérica.⁴²

En cualquier caso, como se ha dicho, el carácter mixto de esta circunstancia proviene del hecho de que tanto puede atenuar como agravar la pena según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ante lo cual la jurisprudencia generalmente ha optado por aplicarla como agravante en los delitos contra las personas y como atenuante en los patrimoniales, haciéndose eco de ello autores como MIR PUIG⁴³ o LUZÓN CUESTA⁴⁴. El hecho de apreciarse como agravante se fundamenta en que, por una parte, se entiende que “la relación de parentesco facilita al autor la ejecución del delito” y que, a su vez, supone un quebrantamiento de la *affectio* propia de las relaciones entre familiares próximos”⁴⁵.

⁴⁰ Véase la STS 850/2007 de 18 de octubre [Roj: STS 7484/2007].

⁴¹ BIELSA CORELLA, M.C.: *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal español*, Ed. Tirant lo Blacnh, 2014, p. 122.

⁴² Véase la STS 229/2016, de 17 de marzo [Roj: STS 1184/2016].

⁴³ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 2015, p. 662.

⁴⁴ LUZÓN CUESTA, J.M.: “Artículo 23”, en AA.VV., *Código Penal: concordancias, comentarios y jurisprudencia*, Ed. Colex, 2015, pp. 98-99.

⁴⁵ MIR PUIG, S y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 23”, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG S: Dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, 2015, p. 143.

Por su parte, como atenuantes, se descartan igualmente la obcecación o la alteración psíquica así como las atenuantes de confesión y de reparación del daño. Esta última la recoge el art. 21.5 CP como “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”.

Con la lectura del artículo, aunque encaje con el supuesto por entenderse que el sujeto ha logrado con sus actos disminuir los efectos de los daños ocasionados en la víctima dentro del marco temporal establecido, la apreciación de esta atenuante ha de ser descartada una vez que se ha apreciado la figura del desistimiento, puesto que de otro modo se conculcaría el principio *non bis in ídem*.

En cuanto a la atenuante de confesión, esta viene recogida en el art. 21.4 CP como “la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.”

Dicho esto, jurisprudencialmente⁴⁶ se ha entendido que el fundamento de esta atenuante radica en razones de política criminal, ya que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal. Confesar supone que el sujeto ponga en conocimiento de la autoridad, agente de la misma o funcionario cualificado para recibirla, los hechos ocurridos de manera veraz, precisa, y sin reservas, sin que deba exigirse una coincidencia total con los hechos probados. Asimismo, habrá de hacerse antes de que el sujeto sepa que el procedimiento se dirige contra él, para lo que la iniciación de las diligencias policiales ya se consideran parte del procedimiento judicial, de lo contrario el objeto de la misma, consistente en facilitar la instrucción y la investigación de los hechos, se vería desvirtuado.

En este sentido, cabe destacar que, como apreció ARIAS EIBE, se trata de una “circunstancia post-delictiva, ya que los hechos que le sirven de base acontecen, de ordinario, con posterioridad a la participación en la infracción que ya ha acabado”⁴⁷. Asimismo, también destaca que la misma puede ser apreciada como muy cualificada “en aquellos supuestos en los que la amplia y exhaustiva colaboración del sujeto con la confesión rebase sustancialmente el *mínimum* de cooperación exigible para la apreciación de la circunstancia como ordinaria”⁴⁸.

Dicho esto, la llamada hecha al Comandante de la Guardia Civil diciendo “he hecho una tontería, una tontería muy grande”, aun respetando el criterio temporal establecido, resulta materialmente insuficiente para la apreciación de la atenuante.

I.3 SANCIONES.

Siguiendo el orden anterior, nos encontramos con que en el delito de acoso, como ya se ha dicho, concurre la circunstancia agravante recogida en el apartado 2 del artículo por

⁴⁶ Véase en este sentido la STS 215/2015, de 17 de abril [Roj: STS 1889/2015].

⁴⁷ ARIAS EIBE, M.J.: *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*, Ed. Bosch, 2007, p.260.

⁴⁸ ARIAS EIBE, M.J.: *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*, op. cit. p. 264.

ser la víctima cónyuge del sujeto, por lo que la pena que se contempla es de uno a dos años de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

Una vez establecido este marco penal por no concurrir otras agravantes o atenuantes, se opta por imponer, en atención a la intensidad de los actos y la sensación de temor e inseguridad producida, una pena de un año y seis meses de prisión.

Una vez establecida la pena principal hay que fijar también las penas accesorias, para lo que en este caso habrá que atender a lo establecido en el art. 56 CP, que dice:

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.º Suspensión de empleo o cargo público.

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

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

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.

De acuerdo con esta disposición, como penas accesorias al delito de acoso se establecerá:

- **La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo** durante el tiempo de la condena, consistente en la imposibilidad de que el sujeto pueda ser elegido para cualquier cargo público.

En cuanto a esta pena, como así ha apreciado BRANDARIZ GARCÍA⁴⁹, hay que destacar que aunque se concibe como pena principal y accesoria, con una especial vinculación con los delitos electorales, predomina su naturaleza accesoria.

- **La suspensión de empleo público.**⁵⁰ En primer lugar, el empleo público “abarca a todas aquellas personas que desempeñan una profesión u oficio al servicio de la Administración a cambio de la correspondiente retribución”, entendiéndose así enmarcado dentro del mismo el empleo del sujeto como Guardia Civil.

Esta pena, dado su carácter accesorio, priva del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena, por lo que el sujeto podría recuperar el empleo al cumplir

⁴⁹ BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: “La pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo”, en AA VV, *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, (FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L.M., Dir.) Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 188-190.

⁵⁰ PUENTE ABA, L.M.: “La pena de suspensión de empleo o cargo público”, en AA.VV., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, (FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L.M., Dirs.) Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 100-103.

la misma, sin embargo “no afecta a los honores anejos al empleo (...) ni las actividades profesionales o laborales en el ámbito privado”. No obstante, hay que señalar que “durante el tiempo en que el sujeto está apartado del ejercicio del empleo pierde todo tipo de remuneración por esa concreta actividad”. Hay que precisar que “la pena se refiere a un empleo público concreto”, por lo que no se entiende que haya una “incapacidad para acceder a cualquier otro, aunque sea análogo, durante el tiempo de la condena.

En cualquier caso, habrá que tener en cuenta la posible necesidad de tener que cumplir determinados trámites administrativos para la reincorporación al puesto desempeñado, pudiendo aquí hacerse referencia al art. 91 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que dispone que “reglamentariamente se regularán los plazos, procedimientos y condiciones, según las situaciones administrativas de procedencia, para solicitar el reingreso al servicio activo de los funcionarios de carrera, con respeto al derecho a la reserva del puesto de trabajo en los casos en que proceda conforme al presente Estatuto”, sin olvidar también la observancia de la posible legislación específica que pueda existir para determinados empleos públicos.

Centrando la atención en la propia pena y teniendo en cuenta la Consulta 2/2000 de la Fiscalía General del Estado, hay que destacar que para la apreciación de esta no se exige una relación directa entre el empleo y el delito cometido, como sin embargo sí que se requiere para la aplicación de la inhabilitación especial para el empleo público, la cual en lugar de privar del ejercicio del mismo provocaría la pérdida de titularidad del empleo al que se refiera, por lo que, con el traslado de estas consideraciones al caso y teniendo en cuenta que el delito se perpetra al margen del ejercicio del empleo público del sujeto, se confirma la procedencia de su aplicación.

- La **prohibición de aproximación a la víctima**, recogida en el art. 48 y de aplicación preceptiva en virtud del art. 57 CP por ser la víctima cónyuge del autor. Esta se establece respecto de cualquier lugar en que se encuentre, así como su domicilio, lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado, por un tiempo superior a la duración de la pena de prisión de entre uno y cinco años, pues es la establecida para los delitos menos graves, como son los que acarrear penas de prisión de entre tres meses a cinco años según los arts. 13 y 33 CP.
- La **prohibición de comunicarse con la víctima**, con lo que se impide la misma a través de cualquier medio de comunicación, informático o telemático, ya consista en un contacto escrito, verbal o visual.

Finalmente, hay que destacar que la pena de prisión y las prohibiciones recogidas en el art. 48 CP se cumplirán de manera simultánea. Dicho esto, de acuerdo con el art. 33 CP, al estar ante una pena de prisión de entre tres meses y cinco años, esta se clasifica como menos grave, por lo que las mencionadas prohibiciones, como se ha expuesto, habrán de durar entre uno y cinco años más tras el cumplimiento de la pena de prisión, estableciéndose definitivamente esta duración en dos años.

Recapitulando, la pena a la que se condena a Adriano por el delito de acoso del art. 172 ter consiste en una pena de prisión de un año y seis meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y suspensión de empleo público durante el tiempo de la

condena y, en atención al art. 57 CP, la prohibición de aproximarse a Agripina, a su domicilio o lugar de residencia y permanecer en los lugares donde se encuentre a una distancia no inferior a 500 metros, así como de comunicarse con ella por un tiempo de dos años.

En cuanto al delito de lesiones aplicado en virtud de los arts. 147.1 y 148.1 CP, concurren las agravantes de alevosía y parentesco, por tanto, atendiendo a lo dispuesto en el art. 66.1.3 CP, “cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito”.

De este modo nos encontramos con que el marco penal inicial de dos a cinco años de prisión, pasa a ser de tres años, seis meses y un día a cinco años, quedando finalmente fijada la pena de prisión en cuatro años y tres meses.

Como penas accesorias, habrá que acudir nuevamente a lo establecido en el art. 56 CP, por lo que estando ante una pena inferior a diez años, se aplicarán las siguientes:

- La **pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo** durante el tiempo de la condena, con lo que, como se ha dicho, no podrá ser elegido para desempeñar cargos públicos.
- La **suspensión de empleo público**. Para la explicación de esta pena me remito a lo expuesto anteriormente, simplemente habrá de destacarse aquí que el delito se cometió estando el sujeto fuera de servicio y en un ámbito estrictamente privado como es el domicilio familiar, por lo que, aunque para su comisión el sujeto haya utilizado su arma reglamentaria, resulta difícil establecer la relación directa entre el ejercicio del empleo y el delito cometido para la apreciación de la inhabilitación especial, no obstante, como sea dicho, el hecho de desempeñar un empleo público sí que posibilita la aplicación de la suspensión, la cual durará el tiempo de la condena.

En cualquier caso, y siendo trasladable también al caso del delito de acoso, podría apuntarse que, de acuerdo con el art. 7.1.13 de la Ley 12/2007 del régimen disciplinario de la Guardia Civil, se entiende como falta muy grave la comisión de un delito doloso condenado por sentencia firme que cause un grave daño a la Administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica, lo cual, puesto en relación con los arts. 11 y 12 de la misma disposición, puede suponer la separación del servicio, con lo que el penado perdería la condición de Guardia Civil así como los derechos profesionales adquiridos, excepto los derechos pasivos que hubiese consolidado.⁵¹

- La **inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad** respecto de la hija, lo que implica la privación de los derechos que conlleva durante el tiempo de la condena. En este caso, a diferencia de la pena de privación de la patria potestad, “no se priva al penado de la titularidad de la misma, sino solo de su ejercicio por tiempo limitado”, lo cual implica “la recuperación automática las facultades objeto de inhabilitación, a no ser que se haya instado y obtenido en vía civil la privación del derecho”⁵².

⁵¹ Véase en este sentido la STS (Sala 5ª) 46/2018, de 16 de mayo [Roj: STS 1716/2018].

⁵² GUINARTE CABADA, G.: “La pena inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela”, en AA.VV., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, (FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L.M., Dir.) Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, p. 150.

De acuerdo con el art. 154 del Código Civil (en adelante CC), la patria potestad habrá de ejercerse siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y respetando sus derechos y su integridad física y mental, comprendiendo el deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Si bien es cierto que de acuerdo con el art. 56.1.3 CP se exige una relación directa entre este derecho y el delito cometido, jurisprudencialmente⁵³ se ha abierto la posibilidad de su aplicación en supuestos que, como el que nos ocupa, el comportamiento del autor del delito se encuentra relacionado con el ejercicio de la patria potestad, principalmente con los deberes que implica. Llegados a este punto, el hecho de que el sujeto consumara el delito delante de la hija sin importarle su presencia, efectuando dos disparos sobre su madre potencialmente mortales, con la consiguiente situación de desvalimiento que ocasionaría para la menor privarla de uno de los progenitores y encontrarse el otro en una situación de privación de libertad, conduce a apreciar la inaptitud para un correcto ejercicio de la patria potestad por parte del sujeto, ya que la conducta desarrollada supone una afectación de la integridad moral y del desarrollo equilibrado de la personalidad de la menor así como un claro incumplimiento del deber de proporcionar una educación y una formación integral adecuadas.

Además, el art. 46 CP establece con respecto a esta pena que subsistirán los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado, lo cual guarda una estrecha relación con lo dispuesto en el art. 110 CC, al establecer que “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”. En este sentido, “se mantendrán aquellos derechos que tengan un contenido claramente prestacional” ya que, por no precisar un contacto con el inhabilitado, “resultan compatibles con la naturaleza y fundamentación de la pena”, lo cual habrá de ser tenido en cuenta a la hora de establecer cuáles son los derechos que podrán subsistir durante la inhabilitación⁵⁴.

Seguidamente, atendiendo a lo dispuesto en el art. 57 y 48 CP, también se aplicarán las siguientes penas:

- La **prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal**. En lo que a esta prohibición se refiere, como se ha comentado anteriormente, su aplicación resulta preceptiva, como así lo dispone el art. 57 CP, comprendiendo cualquier lugar en que se encuentre, así como a su domicilio, lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado, por un tiempo superior a la duración de la pena de prisión de entre uno y cinco años por ser un delito menos grave de acuerdo con los arts. 13 y 33 CP.

Concretamente se impondrá por un tiempo de cuatro años, impidiendo aproximarse a la esposa y a la hija menor, así como a los lugares referidos a una

⁵³ Véanse en este sentido las SSTS 118/2017, de 23 de febrero [Roj: STS 691/2017]; 56/2018, de 1 de febrero [Roj: STS 229/2018].

⁵⁴ GUINARTE CABADA, G.: “La pena inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela”, *op. cit.* p. 151.

distancia inferior de 500 metros. En este sentido, jurisprudencialmente⁵⁵ ha habido algún caso en que esta prohibición ha supuesto inevitablemente un cambio de residencia por ser el penado vecino de la víctima, lo cual, en este caso, no debería suponer mayor contrariedad, puesto que el sujeto ya se encontraba viviendo en el domicilio de sus padres situado en un municipio diferente al del domicilio familiar.

- **La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.** En este caso, atendiendo a la explicación ya aportada, consiste en impedir la misma a través de cualquier medio de comunicación, informático o telemático, ya sea en un contacto escrito, verbal o visual. Al igual que en el caso anterior, habrá de establecerse con respecto de la esposa y la hija menor por un tiempo superior a la duración de la pena de prisión de entre uno y cinco años. Finalmente, se impondrá esta pena por un tiempo de cuatro años.

Una vez establecidas estas prohibiciones en ambos delitos, conviene señalar que, para determinar si procede su imposición, el propio art. 57.1 CP establece que el juez o tribunal debe atender a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente. Así, en palabras de FARALDO CABANA, “uno se relaciona con el hecho cometido y otro con el peligro de reiteración delictiva que supone, en consonancia con esa gravedad, la proximidad del delincuente (...); uno con el mayor o menor desvalor de acción y de resultado de la conducta delictiva, lo que obliga a tener en cuenta las circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad criminal que afecten a dicho desvalor, incluida la reincidencia, y otro con el peligro que el delincuente representa.”⁵⁶. En cuanto a este último criterio RODRÍGUEZ MORO lo define como “un peligro objetivo que deriva de determinados factores, como la naturaleza del hecho cometido, su forma de comisión, o la existencia de una relación personal entre delincuente y víctima que permita vislumbrar una más que probable reiteración delictiva”. No obstante, en este mismo sentido el autor señala que “no se pueden tener en cuenta ni los antecedentes penales que hubieran servido para apreciar la agravante de reincidencia o la habitualidad en el delito, pues se conculcaría el principio non bis in ídem, ni la existencia de procedimientos penales pendientes, pues ello supondría (...) una vulneración de la presunción de inocencia”⁵⁷.

Por tanto, teniendo en cuenta estos razonamientos, nos encontramos que en ambos casos la imposición que se hace de estas penas responde a la necesidad de garantizar a las víctimas una vida tranquila y segura dado el temor y los más que probables enfrentamientos que ocasionaría el encuentro y/o contacto con el sujeto tras los hechos y conductas desplegadas por el mismo.

En este punto también es destacable el Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25-11-2008, al establecer que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP”, relativo al quebrantamiento de condena.

⁵⁵ Véase la STS 20/2014, de 28 de enero [Roj: STS 207/2014].

⁵⁶ FARALDO CABANA, P.: “La pena de prohibición de aproximación a la víctima u otras personas”, en AA.VV., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, (FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L.M., Dir.) Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 303-304.

⁵⁷ RODRÍGUEZ MORO, L.: “La pena de prohibición de comunicación con la víctima u otras personas”, en AA.VV., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, (FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L.M., Dirs.) Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 327-329.

Recapitulando lo anterior, nos encontramos con que a Adriano se le va a condenar por un delito de lesiones del art. 148.1, concurriendo las circunstancias agravantes de alevosía y parentesco, a una pena de prisión de cuatro años y tres meses, con las penas accesorias de suspensión de su empleo como Guardia Civil durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad así como la prohibición de aproximarse a Agripina y a la hija menor a una distancia inferior de 500 metros y de comunicarse con la mismas por un tiempo de cuatro años.

Una vez establecidas estas penas, habremos de observar que nos encontramos ante un concurso real de delitos, para cuya determinación habrá de atenderse a los arts. 73, 75 y 76 CP, ya que estamos ante una pluralidad de hechos, realizados por el mismo sujeto y que constituyen una pluralidad de delitos⁵⁸.

La consecuencia de esta apreciación conlleva a castigar al sujeto por todos los delitos cometidos con la pena resultante de sumar la pena de cada uno de los delitos cometidos, que se cumplirán de manera simultánea si fuera posible en función de la naturaleza y efectos de los mismos, deduciéndose de ello el establecimiento del principio de acumulación material, limitado por el principio de acumulación jurídica del art. 76 CP⁵⁹, que dispone que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple de tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años, aunque excepcionalmente este límite puede ascender a 25, 30 o 40 años, según los casos, lo cual, en el caso que nos ocupa, con las penas impuestas, se entiende respetado.

Dicho esto, como explica SANTANA VEGA, “una vez impuestas (...) todas las penas por todos los delitos cometidos que se hallen en concurso real, la regla general será el cumplimiento simultáneo de las diferentes penas impuestas cuando esto sea posible por la naturaleza de las mismas”⁶⁰, como así ocurriría en nuestro caso con las penas de prisión y las de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, la suspensión de empleo público o la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, para los casos en que no se pueda seguir la regla general se establece como excepción el cumplimiento sucesivo por orden de gravedad⁶¹, como así sucede con las penas de prisión, pues por su naturaleza no podrán cumplirse de manera simultánea, ya que, atendiendo a nuestro caso, si se optara por el cumplimiento simultáneo, una vez cumplida la pena impuesta por el delito de lesiones ya no estaría obligado a cumplir la pena establecida por el delito de acoso, pues la duración de la primera englobaría a la segunda, lo cual no puede ser admisible. Dicho esto, atendiendo a la gravedad de las mismas, se cumplirá primero la pena establecida para las lesiones y seguidamente la establecida por el acoso, resultando un tiempo total de estancia en prisión de cinco años y nueve meses.

Asimismo, esta excepción también será de aplicación con respecto a las prohibiciones de aproximación y comunicación que acompañan a las penas de prisión, ya que no podrán cumplirse en su totalidad de una manera simultánea, pues también habrán de

⁵⁸ SANTANA VEGA, D.: “Artículo. 73”, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG S: Dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, 2015, p. 279-280.

⁵⁹ SANTANA VEGA, D.: “Artículo. 73”, *op cit.*, p. 280.

⁶⁰ SANTANA VEGA, D.: “Artículo. 73”, *op cit.*, p. 280.

⁶¹ SANTANA VEGA, D.: “Artículo. 73”, *op cit.*, p. 280.

producir sus efectos cuando el penado está en libertad⁶², de tal forma que, como ocurre con las penas de prisión, una vez abandone la misma las cumplirá sucesivamente por orden de gravedad, dando como resultado seis años de duración total para estas prohibiciones.

Finalmente, como puede apreciarse en este caso, se entiende cumplido el límite temporal establecido por el cual el máximo de cumplimiento efectivo de condena por el penado no excede del triple del tiempo de la pena más grave.

II. ANÁLISIS SOBRE LA POSIBILIDAD DE ATRIBUIR AL ESTADO LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA.

En primer lugar, hay que partir de la regulación que se hace de la responsabilidad subsidiaria de la Administración en el Código Penal, concretamente en el 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 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.

Es una realidad que para el desarrollo de sus funciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado necesitan utilizar armas, lo cual, aunque normalmente ha de suponer un beneficio, da lugar también a situaciones de alto riesgo, pues las armas, en concreto las de fuego, son fáciles de usar y muy peligrosas, ya que los daños que causan pueden ser fatales⁶³.

En consecuencia, para el establecimiento de un régimen de responsabilidad, habrá de considerarse inicialmente si el hecho ilícito dañoso es o no constitutivo de delito. En caso afirmativo la responsabilidad civil de la Administración correspondiente se determinará según lo dispuesto en el art. 121 CP, siendo esta la denominada responsabilidad civil subsidiaria. En caso de que los hechos no cuenten con ese carácter delictivo la determinación de la posible responsabilidad habrá de sustanciarse por la vía administrativa. No obstante, subsiste la posibilidad de reclamar directamente al Estado por el funcionamiento normal o anormal de la Administración aun cuando estemos ante

⁶² SANTANA VEGA, D.: “Artículo. 73”, *op cit.*, p. 280.

⁶³ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. 52, 2016, p. 131.

hechos delictivos, pero en ningún caso dicho mecanismo podrá desembocar en una duplicidad indemnizatoria⁶⁴.

Además, como menciona el precepto, la pretensión habrá de dirigirse simultáneamente contra el sujeto y la Administración o ente público que corresponda y, por su carácter subsidiario, solo se hará efectiva tras acreditarse la insolvencia del responsable directo, de tal manera que no pueda cumplir con la indemnización de los daños y perjuicios derivados del delito⁶⁵.

Hechas estas consideraciones, conviene tener presentes los principios básicos de actuación recogidos en el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el cual dispone lo siguiente, resultando particularmente relevantes sus apartados cuarto y sexto:

Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

1. Adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente:

a) Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

b) Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión.

c) Actuar con integridad y dignidad. En particular, deberán abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a él resueltamente.

d) Sujetarse en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que

entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes.

e) Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley.

2. Relaciones con la comunidad. Singularmente:

a) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral.

b) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus

⁶⁴ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *op. cit.* p. 131.

⁶⁵ GALLEGO SOLER, J.I.: “Artículo 121”, en AA.VV., *Comentarios al Código penal* (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 419.

intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas.

c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.

d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

3. Tratamiento de detenidos, especialmente:

a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención.

b) Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas.

c) Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, cuando se proceda a la detención de una persona.

4. Dedicación profesional.

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.

5. Secreto profesional.

Deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. No estarán obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera.

6. Responsabilidad.

Son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas.

Actualmente, atendiendo al art. 121 CP, que el causante del daño haya actuado en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas supone un presupuesto necesario para la determinación de la responsabilidad de la Administración con respecto al perjudicado. Para ser más precisos, esta responsabilidad subsidiaria se establece ante los hechos ilícitos dañosos causados por los responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes de la autoridad, contratados de la administración

pública o funcionarios públicos, y se encuentren en el ejercicio de sus cargos o funciones, siendo la lesión consecuencia directa del funcionamiento del servicio público que les está confiado.

Si bien el requisito subjetivo no ha de suscitar mayores dudas, no sucede lo mismo con el objetivo que, como se ha dicho, supone que los actos cometidos por el agente lo hayan sido en el ejercicio de sus funciones y que la lesión surja como consecuencia directa del funcionamiento del servicio público encomendado, aunque en este sentido se entienden también comprendidas aquellas extralimitaciones que sitúen al agente al margen de la actividad o servicio encomendado⁶⁶.

Dicho esto, se parte de la idea de que cuando el agente que causa el daño lo hace fuera del ejercicio de sus funciones, la Administración no puede controlar sus actos, por lo que tampoco debe responder por ellos, entendiendo así el servicio público como el límite para la apreciación de la mencionada responsabilidad, quedando excluidos aquellos actos realizados en la esfera privada⁶⁷.

Sin embargo, la controversia existente en cuanto a esta determinación radica en establecer cuándo los actos de los agentes se encuentran o no incardinados en el contexto de las funciones públicas.

En este sentido es importante destacar que el Tribunal Supremo, desde la década de 1990, ha venido declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los ilícitos cometidos por agentes de la autoridad, aun estando fuera de servicio, cuando los actos se entiendan incluidos en las funciones que hayan de considerarse propias de dichos sujetos como, por ejemplo, los delitos cometidos con el arma reglamentaria, en los cuales se parte del riesgo que supone autorizar el uso de armas de fuego aun cuando los agentes no se encuentren de servicio. De este razonamiento surge lo que se conoce como la teoría del riesgo como criterio de imputación de la Administración por los delitos cometidos por agentes con el arma reglamentaria⁶⁸.

De esta manera, el Tribunal Supremo ha llegado a considerar pertinente que la Administración responda por los daños causados por los agentes de la autoridad con el arma reglamentaria, independientemente de que se encuentren de servicio o no, puesto que el hecho de que puedan portar dicha arma permanentemente es una derivación directa del funcionamiento del servicio público.⁶⁹

Si bien es cierto que puede objetarse, con base en el art. 5.4 LOFCS anteriormente mencionado, que los agentes deben llevar a cabo sus funciones con total dedicación debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallen o no de servicio, en defensa de la Ley y la seguridad ciudadana, lo cual supone la existencia de la autorización para poder portar el arma reglamentaria fuera del servicio, esto no puede obviar, en contraposición con el argumento de partida, que esta facultad supone un modo de organización del servicio público de seguridad, que en ocasiones puede dar lugar a graves consecuencias, reforzándose la concepción de que los delitos cometidos

⁶⁶ Véase la STS 1034/1996, de 19 de diciembre [Roj: STS 7364/1996].

⁶⁷ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *op. cit.* p. 133.

⁶⁸ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *op. cit.* p. 135.

⁶⁹ SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, *op. cit.* p. 136.

por los agentes con el arma reglamentaria derivan del directo funcionamiento del referido servicio público, y, por tanto, deben asumirse por la Administración⁷⁰.

Trasladando estos distintos puntos de vista al caso, en los delitos cometidos por agentes fuera de servicio con el arma reglamentaria en un ambiente estrictamente familiar el problema radica en que para poder declarar una responsabilidad subsidiaria por parte de la Administración solamente nos encontramos con el hecho de haberse perpetrado con dicha arma.

En este sentido, por un lado se entiende que, como se ha dicho, el art. 121 CP establece la necesidad de que la infracción penal se haya cometido en el ejercicio de sus funciones y que sea consecuencia directa del funcionamiento del servicio público y, por el otro, que hay que entender que si la propia Administración, al organizar el servicio público de seguridad, concluye que los agentes de la autoridad han de portar armas de fuego permanentemente, habrá de considerarse que los riesgos ocasionados por este sistema deberán ser afrontados por la misma.

Ante estas posturas, resulta determinante para la resolución del caso incluir en esta explicación lo mencionado en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2002:

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, de que el arma debió habérsela retirado al funcionario por carencia de las condiciones necesarias para su posesión.

Como se aprecia, se considera que, aun teniendo en cuenta el riesgo que entraña portar un arma, establece que para declarar la responsabilidad subsidiaria habrá de atenderse a la ausencia del debido cuidado o diligencia que la propia Administración ha de observar respecto al porte de armas. Concretamente, no se responderá por los daños causados por los miembros y fuerzas de los cuerpos de seguridad ocasionados con el arma reglamentaria en el ámbito familiar, siempre y cuando no pueda apreciarse un funcionamiento anormal del servicio público.

⁷⁰ Véanse en este sentido las STS 1189/1997, de 2 de octubre [Roj: STS 5824/1997]; 1872/2001, de 19 de octubre [Roj: STS 8045/2001]; 1161/2003, de 19 de septiembre [Roj: STS 5572/2003]; 1382/2003, de 27 de octubre [Roj: STS 6600/2003].

Dicho esto, los dos últimos apartados son los que abren la posibilidad de que en este caso pueda ser imputada una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, pues el sujeto los meses de diciembre de 2016 y julio de 2017 estuvo de baja laboral por un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y por presentar un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa, retirándosele por tal motivo el arma reglamentaria durante dicha baja. Asimismo, cuando el sujeto se reincorpora a su trabajo tras recibir el alta médica se le repone el arma reglamentaria, prescribiendo el médico que no es preciso realizar un seguimiento del estado psíquico del sujeto.

Para completar esta argumentación conviene recordar lo expuesto anteriormente acerca de los síntomas asociados a estos trastornos, encontrándonos por tanto con que la ansiedad que los cualifica comporta tensión muscular, preocupación excesiva, inquietud, sensación de estar atrapado, nerviosismo, facilidad para fatigarse, dificultad para concentrarse, irritabilidad, agitación o problemas de sueño, provocando un malestar clínicamente significativo que puede provocar a su vez un deterioro considerable en ámbitos como el social, laboral o, como es este caso, el familiar.

Atendidas estas circunstancias, hay que recordar que para declarar la responsabilidad subsidiaria de la Administración es necesaria la concurrencia de una *culpa in vigilando* imputable a la misma, lo cual implica atribuirle la citada responsabilidad por el delito cometido al no haber llevado a cabo una supervisión adecuada de las circunstancias que conllevaron a su ejecución.

Sin embargo, asumiendo que los síntomas comentados relacionados con las afecciones sufridas por el sujeto no permiten considerarlo apto para el porte del arma, no puede apreciarse que la Administración haya ignorado la situación quebrantando su obligada labor de supervisión, puesto que, como se menciona, se tomaron las medidas oportunas al conocerse las patologías del sujeto, como son las dos bajas laborales señaladas con la correspondiente retirada del arma reglamentaria, reponiéndosele la misma únicamente cuando se cuenta con un informe favorable del médico declarando el alta y la no necesidad de realizar un seguimiento del estado psíquico del sujeto.

Dicho esto, puede estarse más o menos de acuerdo con la valoración final del médico, pero resulta difícil afirmar que la Administración se haya desentendido de la situación de tal manera que se entienda incumplida esa labor de supervisión que se le exige, por lo que habrá de entenderse que, en este caso, no puede estimarse la existencia de una responsabilidad subsidiaria de la Administración⁷¹.

III. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL GRADO DE TRATAMIENTO Y EL CENTRO DE DESTINO DERIVADAS DE UNA POSIBLE CONDENA A PENA DE PRISIÓN.

Para empezar a abordar esta cuestión, podemos señalar que lo que conocemos como Instituciones penitenciarias son aquellos servicios administrativos de prisiones incardinados dentro de las Administraciones Públicas que cuentan con competencias ejecutivas, ya que, a *contrario sensu*, no desarrollan una actividad legislativa ni judicial.

⁷¹ Véanse en este sentido las STS 516/2016, de 13 de junio [Roj: STS 2719/2016]; 61/2013, de 7 de febrero [Roj: STS 469/2013] o la STSJ Madrid 24/2015, de 18 de diciembre [STSJ M 14326/2015].

Consecuentemente, FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN⁷² entienden que debido a su integración dentro de la Administración Pública, dichas instituciones desarrollan una función pública encaminada a satisfacer los intereses generales, realizada dentro de un organigrama de servicio público y materializada por funcionarios públicos, regido todo ello por el derecho público.

Dicho esto, centrándonos en la figura de los establecimientos penitenciarios, nos encontramos con una primera definición en el art. 10 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante RP), el cual dispone que “por establecimiento penitenciario se entiende una entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia”. Con base en ello, se hace referencia a una unidad, con una base arquitectónica y administrativa que funcionalmente cumple con el objetivo de retener y custodiar a los internos, desarrollando a su vez una actividad asistencial para todos ellos⁷³. En este sentido, mientras que por retención se entiende “la garantía de mantener a un recluso en un recinto penitenciario a disposición judicial o en cumplimiento de una pena o medida de seguridad”⁷⁴, la custodia cuenta con un significado más amplio, “considerando factores como la garantía de la integridad de la persona y de la seguridad”⁷⁵.

Antes de hacer una clasificación de los distintos tipos de establecimientos que existen, conviene resaltar que para su creación se parte de una propuesta realizada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias⁷⁶, siguiéndose el mismo procedimiento en caso de supresión. En lo referente a su localización, de lo cual se encargará también la SGIP, el art. 12.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP) dispone 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”. En este sentido no se puede entender con ello que exista un derecho de los internos a cumplir las penas en su territorio, en realidad simplemente insta a la Administración a para determinar la localización de los establecimientos procure que los mismos sean capaces de cubrir las necesidades penitenciarias para evitar el desarraigo social de los reclusos⁷⁷.

Finalmente, en relación con esto último cabe señalar unas consideraciones en relación con la capacidad y la distribución interior de los establecimientos. En cuanto a la primera, el art. 12.2 LOGP dispone que los establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de 350 internos por unidad, sino que esa cifra será el límite por cada unidad arquitectónica. Por su parte, en cuanto a la distribución interior el art. 10.2 RP es muy

⁷² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 370.

⁷³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p. 394.

⁷⁴ GÓMEZ NAVARRO, M.C. y MESEGUER SÁNCHEZ, V.: *Fines y Funciones de las instituciones penitenciarias: revisión y crítica de la teoría y praxis de la intervención educativa y social con los delincuentes*, en La Razón Histórica. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas, 2018, núm. 38, p.83.

⁷⁵ GÓMEZ NAVARRO, M.C. y MESEGUER SÁNCHEZ, V.: *Fines y Funciones de las instituciones penitenciarias: revisión y crítica de la teoría y praxis de la intervención educativa y social con los delincuentes*, op. cit. p.84.

⁷⁶ De acuerdo con el art. 5 del Real Decreto 770/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio del Interior, desempeña, entre otras, las funciones de impulso, dirección, gestión y supervisión de las Instituciones Penitenciarias.

⁷⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p. 395.

claro al imponer que los establecimientos estarán formados por unidades, módulos y departamentos que faciliten la distribución y separación de los internos.

Hechas estas precisiones, para la clasificación de los diferentes centros penitenciarios debemos acudir a la realizada por el art. 7 LOGP, de la cual se extraen los siguientes:⁷⁸

- **Establecimientos de preventivos.** En este tipo, como indica el art. 8 LOGP, tienen por objeto retener y custodiar, a los detenidos y presos, pudiéndose cumplir en ellos penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no supere los seis meses. Asimismo existe la posibilidad de contar con más de uno por provincia y, cuando no existan este tipo de establecimientos para mujeres y jóvenes, ocuparán en los de hombres aquellos departamentos que permitan una absoluta separación, contando en ellos con una organización y régimen propios.
- **Establecimientos de cumplimiento de penas.** El art. 9 LOGP destina estos centros a la ejecución de las penas privativas de libertad, organizándose separadamente para hombres y mujeres y contando con dos tipos de régimen: ordinario y abierto. En cuanto a los jóvenes, esta ley entiende a aquellas personas menores de veintiún años y, excepcionalmente, habida cuenta de la personalidad del interno, podrán permanecer en centros destinados a jóvenes aquellos que no hayan alcanzado los veinticinco.

En este apartado conviene señalar que además del régimen ordinario y abierto anteriormente señalado, existen establecimientos de régimen cerrado. Baste por ahora señalar en este sentido el art. 10 LOGP, que dispone la existencia de este tipo de establecimientos para los reclusos calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los otros regímenes, todo ello apreciado en resolución motivada.

- **Establecimientos especiales.** Vienen regulados en el art. 11 LOGP y se caracterizan por el predominio del carácter asistencial, distinguiéndose entre ellos, los centros psiquiátricos y los centros de rehabilitación social.

Hecha esta clasificación de los principales establecimientos penitenciarios existentes, en cuanto a su organización interna nos vamos a encontrar tanto con órganos colegiados, que serían el consejo de dirección, la comisión disciplinaria, la junta de tratamiento, los equipos técnicos y la junta económico-administrativa, como con órganos unipersonales, fundamentalmente el director, los subdirectores, el administrador y los jefes de servicio. En este sentido, para el caso que nos ocupa conviene resaltar el papel de la junta de tratamiento y de los equipos técnicos:

- 1) **Junta de Tratamiento**⁷⁹. Ella ha sido definida por FERNÁNDEZ ARÉVALO Y NISTAL BURÓN como “el órgano rector del tratamiento de la población penada y de la intervención de los presos preventivos”. Su trabajo, como establece el art. 270 RP, se desarrolla a partir de las propuestas que formulan los equipos técnicos, los cuales también se encargarán de ejecutar sus acuerdos.

De acuerdo con los apartados primero y segundo del art. 272 RP, la Junta de Tratamiento estará presidida por el director del centro y compuesta por:

⁷⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario, op. cit.* pp. 396-397.

⁷⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario, op. cit.* p. 439-447.

- El Subdirector de Tratamiento o Subdirector Jefe de Equipo de Tratamiento en los Centros de Inserción Social independientes.
- El Subdirector Médico o Jefe de los Servicios médicos.
- El Subdirector del Centro de Inserción Social, en los Centros de Inserción Social dependientes.
- Los Técnicos de Instituciones Penitenciarias que hayan intervenido, en su caso, en las propuestas sobre las que se delibere.
- Un trabajador social, que haya intervenido sobre las propuestas sobre las que se delibere.
- Un educador o coordinador del Centro de Inserción Social que haya intervenido en las propuestas
- Un Jefe de Servicios, preferentemente el que haya intervenido en las propuestas.
- Como Secretario, con voz pero sin voto, un funcionario del centro designado por el Subdirector de Tratamiento.

En lo referente a sus sesiones, el art. 268.2 RP establece que la junta se reunirá en sesión ordinaria una vez al mes, pudiendo hacerlo con mayor periodicidad en función de las características del establecimiento y de los asuntos a tratar. Asimismo, de acuerdo con el art. 268.5 RP la asistencia será obligatoria.

A su vez, para la adopción de acuerdos habrá que remitirse a lo establecido en el apartado quinto del art. 17 de la Ley 10/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el cual dispone que su adopción será por mayoría. Asimismo, para la eficacia de los mismos habrá que atender al art. 266.1 RP, el cual la hace depender de la aprobación del Director del centro. Dicho esto el propio precepto contempla dos particularidades: la primera hace referencia a la valoración negativa de los acuerdos por entender que perjudican gravemente el régimen del centro o conculcan la legislación, el reglamento penitenciario o las circulares, instrucciones u órdenes de servicio de los órganos directivos de la Administración penitenciaria, en cuyo caso no producirán efectos la aprobación superior, en su caso, del centro directivo, y la segunda establece que los acuerdos de los órganos colegiados que hayan sido confirmados total o parcialmente por el juez de vigilancia penitenciaria no podrán retrasar su eficacia ni ser revocados o anulados por decisión administrativa.

Finalmente, habrá que resaltar las funciones que se le atribuyen a esta junta en virtud del art. 273 RP, de las que hay que destacar las siguientes:

- Establecer los programas de tratamiento o los modelos individualizados de ejecución penitenciarios para cada interno, definiendo las actividades a realizar en función de su personalidad y del tiempo aproximado de duración de la condena.

- Supervisar la ejecución de las actividades programadas por el equipo técnico, distribuyéndolas entre sus miembros, los cuales las ejecutarán de acuerdo con su especialidad y bajo el control del jefe del equipo.
 - Proponer al centro directivo el internamiento en régimen cerrado de aquellos penados que, tras resolución motivada, sean calificados de peligrosidad extrema o se constate su inadaptación al régimen ordinario y abierto, a no ser que del mismo estudio se acredite la existencia de una anomalía o deficiencia que suponga destinarlo al centro especial que corresponda.
 - Formular, en función del estudio de la personalidad y los datos de que se dispongan de los penados, las propuestas motivadas de grado inicial de clasificación y destino al establecimiento que corresponda.
 - Proponer motivadamente al centro directivo⁸⁰ la progresión o regresión de grado o el traslado a otro centro.
 - Adoptar acuerdos sobre las peticiones y quejas de los internos formuladas a los equipos técnicos sobre su clasificación, tratamiento o programa de intervención.
 - Conceder los permisos de salida tras el informe del equipo técnico y la solicitud de la autorización correspondiente al juez de vigilancia o al centro directivo, según corresponda.
 - Elaborar las propuestas que correspondan respecto a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional.
 - Sugerir a la comisión disciplinaria la reducción, aplazamiento de la ejecución o suspensión de la efectividad de las sanciones disciplinarias que puedan afectar el tratamiento o el estudio de la personalidad del sancionado.
 - Ejercer todas las demás competencias que le atribuye el reglamento o sus normas de desarrollo y, en general, las relativas a la observación, clasificación y tratamiento que no estén atribuidas a otros órganos.⁸¹
- 2) **Equipos técnicos.** Encargados de elaborar los estudios y propuestas sobre la planificación del tratamiento de los penados y la intervención de los presos preventivos, así como ejecutar los acuerdos adoptados por la junta de tratamiento, todo ello, como dispone el art. 274.1 RP, bajo la dirección inmediata del subdirector de tratamiento.⁸²

De acuerdo con el art. 274.2 RP, podrán formar parte del equipo técnico un jurista, un psicólogo, un pedagogo, un sociólogo, un médico, un ayudante técnico sanitario/diplomado universitario en enfermería, un maestro o encargado de taller, un educador, un trabajador social, un monitor sociocultural o deportivo

⁸⁰ Debe entenderse por el mismo la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

⁸¹ Véanse en este sentido los arts. 43, 81, 86, 87, 92, 94, 100.2, 114, 115, 117 o 131 del RP.

⁸² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. pp. 448- 449.

y un encargado de departamento, habida cuenta de las características del establecimiento.

Como puede apreciarse, la labor de estos dos órganos es clave en lo que al tratamiento penitenciario se refiere, el primero por encargarse de su elaboración y supervisión, y el segundo de su ejecución. En cualquier caso, el establecimiento de los programas de tratamiento, basados, entre otros, en aspectos como la personalidad y el tiempo de condena, va a ser lo que determinará el grado de clasificación y el establecimiento de destino del penado.

A raíz de este razonamiento, como bien describen FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN, nos encontramos con que los programas de tratamiento se llevan a cabo de manera individualizada “basada en técnicas de observación, análisis e intervención propias de las ciencias de la conducta. De este modo, el cumplimiento de la pena privativa de libertad se justifica teleológicamente sobre la idea y funciones del tratamiento, como son la reeducación y la reinserción social a través de métodos científicos adecuados”⁸³. Todas estas consideraciones se encuentran concentradas en el art. 59 LOGP, al señalar que el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades dirigidas a la reeducación y reinserción social pretendiendo hacer del interno una persona con la motivación y capacidad de vivir acorde a la ley y de respetarse tanto a sí mismo como al resto de la sociedad.

Con base en estos objetivos, en el art. 60.1 LOGP se incide en que los servicios encargados del tratamiento habrán de esforzarse en conocer y trabajar sobre las peculiaridades de la personalidad y el ambiente del penado que pudieran afectar negativamente a los fines indicados, lo cual se encuentra vinculado con el art. 110 RP, que dispone que para lograr estos fines la Administración penitenciaria contará con la capacidad de diseñar programas formativos para desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias, así como el uso de programas y técnicas psicosociales dirigidas a mejorar las capacidades y a tratar las problemáticas específicas que hayan influido en su comportamiento delictivo. Asimismo se potenciarán y facilitarán los contactos con el exterior cuando sea posible.

No obstante, para el desarrollo de estos mecanismos objetivos hay que tomar como punto de partida los principios específicos del tratamiento y que se encuentran en el art. 62 LOGP, que FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN sintetizan de la siguiente manera⁸⁴:

- En primer lugar, se parte de un **estudio científico y multidisciplinar del penado**.
- Tras su evaluación, se realizará un **diagnóstico de personalidad criminal y un juicio de pronóstico inicial**.

⁸³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario, op. cit.* pp. 700-701.

⁸⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario, op. cit.* p. 707.

- Carácter **individualizado**, basado en el uso de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales para el estudio de la personalidad del interno.
- Carácter **continuo y dinámico**, por lo que se tendrá en cuenta la evolución del interno durante la condena.
- **Principio de voluntariedad del penado**, inferido del art. 4.2 LOGP que, al establecer que se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento prescrito, no puede decirse que esto consista en un deber. Asimismo, el art. 112.3 RP señala que el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en las técnicas de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales o de regresión de grado.

A partir de estos principios nos encontramos con que, como aprecian estos mismos autores, “se toma como punto de partida un diagnóstico de la personalidad criminal y un pronóstico inicial de reincidencia basado en un enjuiciamiento global de la personalidad (...) que se va a materializar en un informe psicológico, (...) un estudio jurídico criminológico de su actividad delictiva que se va a materializar en el informe jurídico (...)y, finalmente, el estudio de todos los datos ambientales, individuales, familiares y sociales del sujeto a tratar, lo que se va a contener en el informe social”⁸⁵.

No obstante, como ya se indicó anteriormente, no solo habrán de tenerse en cuenta estos informes para determinar la elaboración del programa de tratamiento y la clasificación en el grado que corresponda, sino que, como se menciona en el art. 63 LOGP, también se considerarán otros elementos como la duración de la condena, el medio al que retornará así como otras facilidades o dificultades que se manifiesten para el éxito del tratamiento.

Sobre estas premisas se lleva a cabo el diagnóstico de la personalidad criminal del sujeto, fundamental para elaborar un pronóstico del comportamiento futuro que será determinante para su clasificación, basado en dos factores: la capacidad criminal y la adaptabilidad social. Sin embargo, en la práctica este pronóstico se compone “de la previsión del comportamiento futuro en el medio penitenciario, la adaptación al mismo y (...)la previsión del sujeto a vivir en libertad respetando la ley”⁸⁶. Asimismo, este diagnóstico también se tendrá en cuenta para la programación del tratamiento basado en la evaluación de las necesidades y potencialidades del sujeto, a partir de lo cual se escogerán los métodos, programas, técnicas y actividades que mejor se ajusten a los fines de reeducación y reinserción social⁸⁷.

En cuanto a la reeducación, por ella puede entenderse “la modificación de las intenciones como de las capacidades de los delincuentes que son condenados”⁸⁸, mientras que por reinserción se entiende “la necesaria integración del ciudadano,

⁸⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p. 708.

⁸⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p. 711.

⁸⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p. 714.

⁸⁸ GÓMEZ NAVARRO, M.C. y MESEGUER SÁNCHEZ, V.: *Fines y Funciones de las instituciones penitenciarias: revisión y crítica de la teoría y praxis de la intervención educativa y social con los delincuentes*, op.cit., p.79.

temporalmente privado de libertad, una vez extinguida la condena.”⁸⁹ Asimismo, aunque de ello se encarguen las instituciones penitenciarias, “requiere más un esfuerzo por parte de la sociedad que de las mismas”, puesto que difícilmente se va a reinsertar a una persona únicamente con su estancia en prisión, pues por norma general su estancia es de carácter temporal, debiendo reincorporarse a la sociedad a su término, para lo que se considera fundamental “evitar la ruptura con el medio social del que proviene”⁹⁰.

Dicho esto, en este momento inicial de ingreso a prisión que plantea el caso, podría entenderse conveniente a la hora de ejecutar el tratamiento la inclusión de programas de intervención específica y de desarrollo personal. En cuanto a los primeros, estos se dirigen a personas “con una problemática específica y común, elaborados sobre la base de técnicas y estrategias más directamente relacionadas con el eficaz abordaje de la conducta delictiva”⁹¹, encontrándose entre ellos los programas de violencia de género. En cuanto a los segundos, se caracterizan por ir “dirigidos a la enseñanza y aprendizaje de técnicas específicas y concretas a nivel cognitivo, fisiológico, emocional, conductual etc. Con el fin de dotar a los sujetos de conductas y habilidades más adaptadas que les permitan una interacción social más adecuada”⁹², destacando entre ellos para nuestro caso los programas de apoyo e intervención psicológica, los programas de manejo de conflictos o los programas de control de ansiedad.

Con las consideraciones aportadas queda establecido el modo de individualización del tratamiento penitenciario, lo cual constituye el paso previo a su clasificación en el régimen que corresponda, que a su vez habrá de ser el idóneo para el desarrollo del programa individual de tratamiento. En este sentido, para la clasificación se tendrá en cuenta el principio de división en grados, esto es, primero, segundo y tercero vinculado con el principio de correlación entre grado y régimen⁹³, el cual, como puede apreciarse en el art. 72.2 LOGP o en los arts. 100.1 y 101 RP, los grados segundo y tercero hacen referencia al cumplimiento de las penas en régimen ordinario y abierto respectivamente, mientras que los que sean clasificados en primer grado lo harán régimen cerrado.

Asimismo, para la clasificación nos vamos a encontrar con unas variables y unos criterios de clasificación. En cuanto a las primeras, puede hacerse referencia al art. 102.2 RP, el cual establece que para determinar la clasificación se atenderá a la personalidad, al historial individual, familiar, social y delictivo, a la duración de las penas, al medio social al que previsiblemente retornará el interno y a los recursos, facilidades y dificultades existentes para el éxito del tratamiento. A partir de ello, FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN diferencian los siguientes grupos⁹⁴:

- **Condicionantes penales**, relativos a la tiempo y tipo de condena, al propio delito, antecedentes...

⁸⁹ GÓMEZ NAVARRO, M.C. y MESEGUER SÁNCHEZ, V.: *Fines y Funciones de las instituciones penitenciarias: revisión y crítica de la teoría y praxis de la intervención educativa y social con los delincuentes*, op. cit. p.82.

⁹⁰ GÓMEZ NAVARRO, M.C. y MESEGUER SÁNCHEZ, V.: *Fines y Funciones de las instituciones penitenciarias: revisión y crítica de la teoría y praxis de la intervención educativa y social con los delincuentes*, op. cit. p.82.

⁹¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p. 715.

⁹² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p.716.

⁹³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. pp. 611.

⁹⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p. 612.

- **Condicionantes penitenciarios**, relativos a la conducta en prisión, atendiendo tanto a cuestiones disciplinarias como a la desarrollada de manera general durante su estancia.
- **Condicionantes científicos**, con los que se atenderá a la personalidad y trayectoria del sujeto, a su ámbito familiar y social y a su historial delictivo a través de los estudios científicos correspondientes.
- **Condicionantes indeterminados**, donde se encontrarían, teniendo en cuenta el art.63 LOGP, los relativos al medio al que probablemente retornará el penado así como las facilidades y dificultades que afecten al tratamiento.

Partiendo de estas circunstancias habrá que atender a los criterios de clasificación establecidos para escoger cada grado de tratamiento en función del caso, para lo cual se destaca lo siguiente⁹⁵:

- **Primer grado.** Destaca por su carácter excepcional, encontrando su fundamento en los principios de necesidad e imprescindibilidad, transitoriedad y subsidiariedad. Para la clasificación en este grado se atenderá, de acuerdo con el art. 102.5 RP, a la peligrosidad extrema del sujeto o a la inadaptación del mismo a los otros dos regímenes.

En este sentido, el propio precepto, sin establecer un *numerus clausus* destaca factores como la naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo que denoten una personalidad que denoten una personalidad agresiva, violenta y antisocial, la comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad de las personas, la libertad sexual o la propiedad cometidos de una manera especialmente violenta, la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas de las cuales no se constate que el mismo haya abandonado su disciplina, la participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones, la comisión de infracciones disciplinarias muy graves o graves de manera reiterada o la introducción o posesión de armas de fuego, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en el establecimiento en unas cantidades que hagan suponer su destino al tráfico.

- **Segundo grado.** En este caso el art. 102.3 RP indica que serán clasificados en el mismo los penados que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, puedan desarrollar una normal convivencia pero que no cuentan, por el momento, con la capacidad necesaria para vivir en semi libertad.
- **Tercer grado.** Para ser clasificado en este grado el art. 102.4 RP requiere que los internos, por sus circunstancias personales y penitenciarias, están capacitados para vivir en semi libertad.

En este caso nos encontramos con un requisito de carácter potestativo, establecido en el art. 36.2 CP, estableciendo que cuando la duración de las penas de prisión sean superiores a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la

⁹⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario, op. cit.* pp. 613-614.

clasificación del condenado en el tercer grado no se efectúe hasta cumplir la mitad de la pena, y el haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, para lo cual suelen observarse factores como la peligrosidad criminal del reo, la tipología delictiva y sus circunstancias personales⁹⁶. Asimismo, también se contempla el requisito de haber satisfecho las responsabilidades civiles impuestas, pero no lo hace de una manera rígida, pues como establece el art. 75.5 LOGP, se considerará la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño o indemnizar los perjuicios materiales y morales, las condiciones personales y patrimoniales para valorar la capacidad presente y futura para afrontar dicha obligación así como las garantías que permitan asegurar su satisfacción futura, entre otras⁹⁷.

Habida cuenta de las variables y criterios que se tienen en cuenta a la hora de realizar la clasificación, también resulta conveniente destacar las principales características que lleva aparejadas cada régimen, para lo cual conviene partir de la definición de régimen penitenciario que aparece en el art. 73.1 RP, en el que por ello se entiende el conjunto de normas o medidas dirigidas a conseguir una convivencia ordenada y pacífica que permita lograr un ambiente adecuado para el éxito del tratamiento, así como la retención y custodia de los reclusos.

Dicho esto, y siguiendo con el orden anterior con dada su correspondencia, nos encontramos con los siguientes:

- **Régimen cerrado.** Se trata, como se ha dicho, de un régimen de carácter excepcional aplicable a los internos que presenten una peligrosidad extrema o una inadaptación grave al régimen ordinario y abierto, determinando, en atención al art. 10.3 LOGP, la implementación de medidas de seguridad reforzadas basadas en el aislamiento y en la limitación de la vida en común, a lo que hay que añadir lo dispuesto en el art. 90.1 RP, el cual establece a su vez que los clasificados en este régimen habrán de estar absolutamente separados del resto de reclusos, no obstante, de acuerdo con el art. 90.3 RP, este régimen se mantiene al servicio del tratamiento al indicar que los centros con módulos o departamentos en régimen cerrado contarán con un programa de intervención específico⁹⁸.
- **Régimen ordinario.** En este caso, de acuerdo con el art. 74.1 RP nos encontramos que este será el régimen que se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos, lo cual supone hacerlo extensible a los presos preventivos, toda vez que los mismos no deban ser clasificados en el régimen cerrado.

Para determinar las normas generales que rigen este régimen habrá de atenderse en primer lugar al art. 76.1 RP, que dispone que dicho régimen se basará en los principios de seguridad, orden y disciplina en pos de una convivencia ordenada, lo cual viene a establecer un marco abstracto de medidas de seguridad imprescindibles para la retención y custodia de los internos. Asimismo, conforme al art. 76.2 LOGP, habrá de procurarse la debida separación interna de los reclusos en función de las exigencias del tratamiento, los programas de

⁹⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p. 628.

⁹⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p. 630.

⁹⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. pp. 589-590.

intervención y las condiciones del centro. Finalmente, como dispone el art. 76.3 RP, el trabajo y la formación se conciben como una actividad básica en la vida del centro.

Para concluir con este régimen cabe hacer referencia a los deberes y prestaciones obligatorias que habrán de cumplir los reclusos, fundamentado en el art. 5.1 RP, que señala que los internos se incorporan a una comunidad que los vincula de una manera especialmente estrecha, por lo que podrán serles exigida una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones, lo cual habrá de hilarse con el art. 78.2 RP, al disponer este que los internos están obligados a realizar las prestaciones personales necesarias para mantener el buen orden, la limpieza y la higiene en los establecimientos⁹⁹.

- **Régimen abierto.** Este régimen se caracteriza, como puede apreciarse en el art. 102.4 RP, por el establecimiento de un marco abstracto de medidas de control y seguridad reducidas y atenuadas dirigidas a los penados que están en condiciones de incorporarse a un estado de semi libertad.

En este sentido nos encontramos con que el art. 81.1 RP dispone que el régimen de los establecimientos destinados a acoger a los internos clasificados en el tercer grado será el justo para lograr una convivencia normal, fomentando la responsabilidad y rechazando los controles rígidos que afecten la confianza que inspira su funcionamiento¹⁰⁰.

Una vez hechas estas apreciaciones relativas a los tipos de establecimientos penitenciarios con los que contamos, así como el procedimiento relativo al tratamiento y los diferentes grados de clasificación, habrán de trasladarse éstas a nuestro caso para representarnos una idea, aunque sea general, de la realidad penitenciaria con la que se encontraría el sujeto.

Dicho esto, nos encontramos con que en cuanto al grado de tratamiento habrá que descartar en primer lugar su clasificación en el primer grado, correspondiente con el régimen cerrado, ya que, de acuerdo con los principios de excepcionalidad e imprescindibilidad que lo caracterizan, con la información que se cuenta no puede decirse que muestre signos de una peligrosidad extrema o que no vaya a ser capaz de adaptarse a cualquiera de los otros regímenes, ya que no consta que cuente con un destacado historial delictivo y los delitos cometidos, si bien no hay duda que ha mediado violencia, catalogar ésta como especial resultaría excesivo. Asimismo, hay que unir a este primer descarte el del tercer grado, correspondiente con el régimen abierto, ya que atendiendo a los delitos cometidos, a su forma de ejecución y al comportamiento desplegado por el sujeto, no parece pertinente considerar, al menos en un primer momento, que esté en condiciones de incorporarse a un régimen de semi libertad.

En definitiva, habrá de entenderse que, una vez atendidos criterios como la personalidad del sujeto, la duración de la condena, los delitos cometidos así como el medio al que previsiblemente se reincorporará una vez cumplida la pena hacen concluir que, si bien como se ha dicho no se encuentra capacitado para vivir en libertad, no puede considerarse que no pueda desarrollar una convivencia normal, por lo que la opción más

⁹⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario, op. cit.* pp. 578-581.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario, op. cit.* pp. 583-584.

adecuada en este caso, y que mejor podría servir para el fin de reeducación y reinserción de las penas, sería clasificar al sujeto en el segundo grado, correspondiente con el régimen ordinario, basado en los principios de seguridad, orden y disciplina.

No obstante, conviene señalar en este sentido la figura de los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES), los cuales funcionan como una base de datos destinada a contener una amplia información de determinados grupos de internos en función del delito cometido, su trayectoria penitenciaria, su integración en formas de criminalidad organizada u otros aspectos relacionados con los delitos cometidos, así como la repercusión social de los mismos y la pertenencia a bandas organizadas y criminales¹⁰¹.

Esta información comprende datos como la filiación, datos penales, procesales, penitenciarios, incidencias, actividad delictiva o las comunicaciones con el exterior y, a partir de ella, el objetivo de estos ficheros consiste en ayudar a lograr una gestión regimental adecuada con la que poder garantizar la seguridad y prevenir incidentes. A día de hoy hay 5 grupos de FIES, los cuales, respectivamente, se corresponden con los internos especialmente conflictivos (FIES-1), bien por provocar alteraciones graves, bien por poner en peligro la vida o integridad de los demás internos, funcionarios, autoridades y demás personal, los internos pertenecientes a organizaciones criminales (FIES-2), los pertenecientes a bandas armadas (FIES-3), los que hayan pertenecido a las fuerzas de seguridad o funcionarios de instituciones penitenciarias (FIES-4) y, por último, estarían los internos con un historial de alta conflictividad, autores de delitos que hayan generado una gran alarma social, miembros de grupos violentos de corte racista o xenófobo, terroristas radicales, condenados por el tribunal penal internacional o colaboradores de la justicia contra bandas terroristas u organizaciones criminales (FIES-5)¹⁰².

Concretamente, al pertenecer el sujeto al colectivo de las fuerzas de seguridad (FIES-4) será necesario tomar ciertas medidas, para lo que hay que destacar lo recogido en el art. 8.2 LOFCS, el cual dispone que las penas privativas de libertad que hayan de cumplir los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se cumplirán en establecimientos penitenciarios ordinarios y separados del resto de detenidos o presos.

Finalmente, del mismo modo que para la clasificación en grado, para elegir el centro de destino, atendida la clasificación inicial, habrán de descartarse el internamiento en un centro preventivo, puesto que el tiempo de condena supera el límite establecido de seis meses para el cumplimiento de penas en estos. Del mismo modo se descarta la opción de un centro especial ya que nada indica la necesidad del sujeto de permanecer en un centro psiquiátrico o de rehabilitación social, por tanto la opción más acorde es el internamiento del sujeto en un establecimiento ordinario de cumplimiento de penas de su territorio, concretamente el que corresponda al municipio de residencia siempre que sea posible para evitar el desarraigo social, sin olvidar que por su condición habrá de permanecer separado del resto de internos con el fin de garantizar la seguridad, el orden, la disciplina y una correcta convivencia.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. p. 648.

¹⁰² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, op. cit. pp. 649-650.

CONCLUSIONES.

Una vez desarrollado el caso, hay que destacar la incidencia que tiene la violencia de género en nuestro ordenamiento penal. Así, en primer lugar nos encontramos con la inclusión del nuevo delito de acoso, que apenas ha sido introducido hace tres años pero que, como se comentó, refleja la concienciación con la realidad social en la que vivimos así como la voluntad de responder de una manera firme a los actos que impliquen este tipo de violencia, puesto que, como puede apreciarse en este caso y al igual que ocurre en el delito de lesiones, el hecho de ser la víctima cónyuge del sujeto activo supone una agravación de la pena básica establecida.

Antes de realizar unos apuntes respecto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad que, en este caso, tienen mayor vinculación con la violencia de género, hay que resaltar el papel que juega la figura del desistimiento para apreciar un delito de lesiones en lugar de un delito de tentativa de asesinato, el cual hubiera supuesto una pena considerablemente mayor. Como se ha comentado, esta figura funciona como una excusa absolutoria con la cual se va a eximir de la responsabilidad del delito intentado a quien de manera voluntaria evite su consumación, respondiendo solamente por los actos ya ejecutados si estos fueran constitutivos de delito, lo cual obviamente así sucede, ya que las lesiones ya se habían consumado. En este sentido cabe interpretar esta figura también como un instrumento de política criminal con el que estimular la protección o la disminución del daño del bien jurídico vulnerado así como el abandono del comportamiento criminal por parte del sujeto para volver a la legalidad.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad destaca el hecho de negarse la apreciación de la atenuante por obcecación con base en los celos del sujeto, ya que, como ha apreciado la jurisprudencia, se ha de ser capaz de respetar la libre decisión de las personas de establecer, o en este caso romper, sus relaciones personales, lo cual encuentra una relación directa con la ruptura de la idea de subordinación de la mujer al hombre y, consecuentemente, con la igualdad que ha de existir entre hombres y mujeres en el ejercicio de sus derechos y libertades. Asimismo hay que resaltar también la circunstancia mixta de parentesco actuando como agravante, como generalmente interpreta la jurisprudencia en los delitos contra las personas, debido precisamente al hecho de ser la víctima cónyuge del sujeto, lo cual atiende en parte también a esa preocupación y reproche por los delitos cometidos en el contexto de la violencia de género, concretamente en el ámbito de las relaciones familiares, castigando así el aprovechamiento y quebrantamiento de la *affectio* inherente a las mismas.

Asimismo, es reseñable también el hecho de establecerse como obligatoria la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima por ser cónyuge del sujeto, lo cual, por un lado toma conciencia de la gravedad de estos actos, y por otro atiende a la especial protección que merecen las mujeres víctimas de la violencia de género. Igualmente, a pesar de carecer de ese carácter obligatorio, también se aplica con base en estos mismos criterios la prohibición de comunicación. Cabe resaltar también en este sentido que, de acuerdo con lo expresado, se establecen la mismas prohibiciones con respecto de la hija menor, así como la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, ya que resulta obvio que la conducta desplegada por el sujeto, siendo especialmente destacable la presencia de la menor durante el ataque potencialmente mortal sobre su madre, supone una clara incompatibilidad con el adecuado desarrollo de los derechos inherentes a la patria potestad.

En cuanto al hecho de que el autor de los delitos sea un miembro del colectivo policial hay que decir que ello supone un mayor reproche social en los actos desarrollados, ya que por la pertenencia al mismo ha de actuar siempre con respeto a la ley y al servicio de la comunidad, se encuentre o no de servicio. Dicho esto, resulta obvia la infracción de estos principios, todo lo cual encuentra respuesta en la imposición de una pena de suspensión de empleo público, considerada a su vez como una falta muy grave en el régimen disciplinario de la Guardia Civil capaz de determinar la expulsión del cuerpo, lo cual sería lo más lógico habida cuenta de la inaptitud del sujeto para desempeñar su oficio de acuerdo con los principios del servicio.

Al hilo de lo comentado, en estos casos cabría la posibilidad de encontrarnos con una responsabilidad subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, ya que estos desempeñan su labor a su servicio, y el hecho de poder portar de manera permanente el arma reglamentaria ha de entenderse como una derivación de la organización del servicio de seguridad. No obstante, como se apuntó, dicha responsabilidad entraría en juego una vez acreditada la insolvencia del responsable directo y, en el caso que nos ocupa, al haber sido cometido el delito en el ámbito privado estando el sujeto fuera de servicio, se exigiría la constatación de que el mismo no se encontrara en condiciones de portar el arma, lo cual se ha descartado habida cuenta de las debidas precauciones tomadas por la Administración sometiendo al mismo a las correspondientes revisiones médicas, atendiendo en todo momento a las conclusiones de los especialistas derivadas de las mismas. Por tanto, no se ha creído pertinente apreciar en la Administración una *culpa in vigilando* que suponga la imputación de una responsabilidad subsidiaria.

Finalmente hay que destacar que el tratamiento penitenciario del sujeto también se ve influido por esta condición, ya que habrá de permanecer separado del resto de reclusos para garantizar tanto la seguridad y el orden como el desarrollo de una normal convivencia, sin olvidar el hecho de que, atendiendo a los fines de reeducación y reinserción social de las penas, se lleve a cabo el debido estudio psicológico, social y jurídico para el diseño individualizado de un programa de actividades y técnicas que sirvan a dichos fines y preparen al sujeto para el desarrollo de una vida normal en sociedad.

BIBLIOGRAFÍA.

1. DOCTRINA:

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION.: *DSM-V, manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales*, Editorial Médica Panamericana, 2014.

ARIAS EIBE, M.J.: *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*, Ed. Bosch, 2007.

BIELSA CORELLA, M.C.: *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M./LUZÓN CUESTA, J.M./MARCHENA GÓMEZ, M./ORTIZ-ÚRCULO, J./TORRES-DULCE LIFANTE, E.: *Código Penal: concordancias, comentarios y jurisprudencia*, Ed. Colex, 2015.

CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código Penal.*, Ed. Tirant lo Blanch, 2015. Recurso electrónico a través de <http://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/home/index> , siendo la última fecha de consulta el 17/06/18.)

CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Ed. Marcial Pons, 2011.

DOMÍNGUEZ CORREA, M.: *El desistimiento de la tentativa*, Ed. Bdef, 2013.

FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L.M. (Dir.): *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

GÓMEZ NAVARRO, M.C./MESEGUER SÁNCHEZ, V.: *Fines y Funciones de las instituciones penitenciarias: revisión y crítica de la teoría y praxis de la intervención educativa y social con los delincuentes*, en *La Razón Histórica. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, 2018, núm. 38, pp.72-97. Recurso electrónico a través de <https://www.revistalarazonhistorica.com/38-6/> , siendo la última fecha de consulta el 17/06/18).

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español*, T.I, Ed. Aranzadi, 2011.

REYES ALVARADO, Y.: *El delito de tentativa*, Ed. Bdef, 2016.

SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. 52, 2016, pp. 129-147. Recurso electrónico a través de <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-20.8030.01.70/n52-surroca-es.pdf> , siendo la última fecha de consulta el 17/06/18).

VILLACAMPA ESTIARTE,C.: *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

2. PÁGINAS WEB

www.poderjudicial.es:

- Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional. Sala de lo Penal Tribunal Supremo. (<http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/FICHERO/20160421%20Acuerdos%20Pleno%20No%20Jurisdiccional%20Sala%20de%202000%20a%202016.pdf> , última fecha de consulta el 17/06/18).

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

STS (Sala 5ª) 46/2018, de 16 de mayo [Roj: STS 1716/2018]
STS 56/2018, de 1 de febrero [Roj: STS 229/2018]
STS 778/2017, de 30 de noviembre [Roj: STS 4375/2017]
STS 554/2017, de 12 de julio [Roj: STS 2819/2017]
STS 383/2017, de 25 de mayo [Roj: STS 2105/2017]
STS 324/2017, de 8 de mayo [Roj: STS 1647/2017]
STS 118/2017, de 23 de febrero [Roj: STS 691/2017]
STS 516/2016, de 13 de junio [Roj: STS 2719/2016]
STS 229/2016, de 17 de marzo [Roj: STS 1184/2016]
STS 754/2015, de 27 de noviembre [Roj: STS 5421/2015]
STS 215/2015, de 17 de abril [Roj: STS 1889/2015]
STS 90/2015, de 12 de febrero [Roj: STS 662/2015]
STS 749/2014, de 12 de noviembre [Roj: STS 4705/2014]
STS 227/2014, de 19 de marzo [Roj: STS 1114/2014]
STS 20/2014, de 28 de enero [Roj: STS 207/2014]
STS 61/2013, de 7 de febrero [Roj: STS 469/2013]
STS 423/2012, de 22 de mayo [Roj: STS 3807/2012]
STS 436/2011, de 13 de mayo [Roj: STS 3379/2011]
STS 104/2011, de 1 de marzo [Roj: STS 1316/2011]
STS 111/2011, de 22 de febrero [Roj: STS 1501/2011]
STS 140/2010, de 23 de febrero [Roj: STS 996/2010]
STS 1137/2009, de 22 de octubre [Roj: STS 7152/2009]
STS 899/2009, de 18 de septiembre [Roj: STS 5726/2009]
STS 79/2009, de 10 de febrero [Roj: STS 603/2009]
STS 891/2008, de 11 de diciembre [Roj: STS 6905/2008]
STS 487/2008, de 17 de julio [Roj: STS 4156/2008]
STS 172/2008, de 30 de abril [Roj: STS 7566/2008]
STS 1096/2007 de 19 de diciembre [Roj: STS 8769/2007]
STS 904/2007, de 8 de noviembre [Roj: STS 7160/2007]
STS 850/2007 de 18 de octubre [Roj: STS 7484/2007]
STS 574/2007, de 30 de mayo [Roj: STS 4036/2007]
STS 210/2007, de 15 de marzo [Roj: STS 1480/2007]
STS 91/2007, de 12 de febrero [Roj: STS 842/2007]
STS 261/2005, de 28 de febrero [Roj: STS 1222/2005]
STS 155/2005 de 15 de febrero [Roj: STS 854/2005]
STS 1382/2003, de 27 de octubre [Roj: STS 6600/2003]
STS 1161/2003, de 19 de septiembre [Roj: STS 5572/2003]
STS 1021/2003, de 7 de julio [Roj: STS 4783/2003]
STS 738/2003, de 27 de mayo [Roj: STS 3590/2003]
STS 523/2002, de 22 de marzo [Roj: STS 2079/2002]
STS 446/2002, de 1 de marzo [Roj: STS 1452/2002]
STS 256/2002, de 13 de febrero [Roj: STS 961/2002]
STS 1872/2001, de 19 de octubre [Roj: STS 8045/2001]
STS 178/2001, de 13 de febrero [Roj: STS 972/2001]
STS 1483/2000, de 6 de octubre [Roj: STS 7114/2000]
STS 929/1999, de 8 de junio [Roj: STS 4040/1999]
STS 195/1999, de 16 de febrero [Roj: STS 1019/1999]
STS 1259/1997, de 21 de octubre [Roj: STS 6246/1997]

STS 1189/1997, de 2 de octubre [Roj: STS 5824/1997]
STS 1034/1996, de 19 de diciembre [Roj: STS 7364/1996]
STSJ Madrid 24/2015, de 18 de diciembre [STSJ M 14326/2015]
SAP Valencia 251/2018, de 7 de mayo [SAP V 1048/2018]
SAP Oviedo 435/2016, de 27 de octubre [Roj: SAP O 3077/2016]