



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
Fin de Grado

Violencia de género

Tania Rellán Parga

Tutor: Antonio Legerén Molina

**Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección
de Empresas**

Año 2017-2018

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña para la obtención del Grado en Derecho.

Índice

1. Antecedentes de hecho.	4
2. Realice la calificación jurídica de los hechos descritos y determine las posibles sanciones.	6
2.1 Violencia de Género	6
2.2 Del homicidio y sus formas: Asesinato	9
2.3 Delito de lesión	11
2.4 De las coacciones	12
2.5 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal	14
2.6 Calificación jurídica de los hechos descritos en el caso	16
a) Delito de coacción o acoso	16
b) Delito de homicidio, asesinato o lesiones	18
c) Circunstancias modificativas	21
d) Determinación de las posibles penas a imponer	22
2.7 Conclusiones	23
3. 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.	24
3.1 Recorrido histórico de la responsabilidad del Estado	24
3.2 ¿Qué significa la responsabilidad civil del Estado?	25
3.3 Ámbitos en los que surge la responsabilidad civil subsidiaria del Estado	26
3.4 Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 17 julio de 2002	28
3.5 Aplicación al caso	29
3.6 Conclusiones	32
4. 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 de la Guardia Civil.	33
4.1 Legislaciones sobre el Derecho penitenciario	33
4.2 Establecimiento penitenciario	33
4.3 Tratamiento, clasificación, régimen, separación y centro de destino	34
4.3.1 Tratamiento penitenciario	34
4.3.2 Clasificación	35
4.3.3 Régimen	36
4.3.4 Separación y centro de destino	37
4.4 Cuestiones penitenciarias respecto al Guardia Civil	38
4.5 Conclusiones	41
5. Conclusiones finales.	42
Bibliografía.	44
Apéndice jurisprudencial.	46

Abreviaturas.

Art: Artículo.

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

CE: Constitución Española, de 1978.

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

CPM: Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

FD: Fundamento de Derecho

FFSS: Fuerzas de Seguridad.

FIES: Fichero de Internos de Especial Seguimiento.

IIPP: Instituciones Penitenciarias.

LEF: Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa.

LOCFS: Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

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

LORDGC: Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

Núm: Número.

RD: Real Decreto.

RJ: Resolución Judicial.

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

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SJP: Sentencia del Juzgado de lo Penal.

SJPII: Sentencia de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

1. Antecedentes de hecho.

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

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

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

El día 14 de abril, Adriano le envió a Agripina una foto de ésta en un restaurante, acompañada de un amigo en la que incluyó el siguiente texto: “Sé en todo momento dónde y con quién estás”. El día 15 de abril, Agripina bloqueó el número de teléfono de Adriano. Éste continuó contactando con ella a través de la aplicación de mensajería de la red social Facebook, creando un perfil falso. Finalmente, el día 7 de septiembre por la mañana, Adriano contactó con la madre de Agripina para que ésta le trasladase a su hija que él estaba arrepentido de su comportamiento durante los últimos meses. Asimismo, le solicitó verse con Agripina en el domicilio conyugal ese día para poder recoger unas pertenencias y llevar un regalo a la hija de ambos. Agripina accedió.

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

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

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

2. Realice la calificación jurídica de los hechos descritos y determine las posibles sanciones.

2.1 Violencia de Género

En relación a las funciones que han tenido atribuidas durante la sociedad patriarcal, el rol de la mujer estuvo marcado por las desigualdades. El punto de inflexión fue la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), al reconocer el derecho a la dignidad y a la igualdad de las personas. Con la CE se ha ido transformando desde la sociedad patriarcal hacia la sociedad igualitaria. Ante este cambio, hay hombres que ven frustrada la imagen estereotipada que tienen sobre la pareja y lo figuran actuando con violencia para mostrar su fortaleza y superioridad¹.

La discriminación de la mujer respecto al hombre es la raíz de la violencia de género. En 2012 el informe del Ministerio de Servicios Sociales, Sanidad e igualdad define la violencia de género como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto en la vida pública como en la vida privada”².

La historia del Derecho Español sobre los actos de violencia contra las mujeres, no tiene un amplio recorrido histórico. La Constitución de 1978 actúa como punto de inflexión al empezar a considerar la violencia contra las mujeres como un problema social en tanto que vulnera principios como el derecho a la dignidad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la integridad física y moral. La ausencia de datos que demostrasen el alcance del problema, hizo que no se modificase el Código Penal hasta el 1989. En ese mismo año, el Senado con los datos que disponía, junto a la repercusión del movimiento feminista, emitió un informe determinando la gravedad del problema.

El inicio de las reformas tuvo lugar con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Se introdujo por primera vez regulación sobre la violencia, transformando el título de “delitos contra la honestidad” por “delitos contra la libertad sexual”. El bien jurídico de este nuevo título dejaba de ser la honestidad para ocuparlo la libertad sexual. Esta ley reguló la violencia intrafamiliar como todo maltrato del ámbito familiar en el que se buscaba proteger a los más débiles de la unidad familiar frente a otros de la misma, aunque solo iba a hacer referencia a la violencia física. El término de violencia de género como tal se empezó utilizar a partir del 90 debido a acontecimientos como la declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la

¹ Cfr. LÓPEZ MARTÍN, A.: “Historia de la violencia de género”, en *Revista de Derecho Actual*, Vol. III, 2016, pág. 3.

² Cfr. RONDÓN PEREYRA, U.: *Mediación y violencia de género*, 2015. [Tesis doctoral], pág. 20.

violencia contra la mujer en 1994 o la Conferencia mundial de mujeres de Pekín en 1995, que es donde se acuerda emplear el término de violencia de género para los casos en los que se controla y se mantiene a la mujer bajo una posición de subordinación³. El siguiente avance se introdujo con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP) que buscó avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva para cumplir con los principios de la CE. Con la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, se empezó a tener en cuenta el problema social y penal. Esta Circular ha inspirado para crear una sección de violencia familiar en todas las fiscalías de España. En 1999, se elaboró la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principal avance fue considerar la existencia de violencia psíquica cuando hubiese conductas habituales consistentes en un maltrato psicológico y la posibilidad de no haber vínculo matrimonial al momento de la agresión. En 2003, se introdujeron leyes complementarias como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica o la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se reformó el Código Penal de 1999. Estas nuevas regulaciones permitieron tipificar como delitos, conductas que antes eran consideradas faltas por no ser habituales o no producir lesiones⁴.

Ante la diversidad de legislación entre los Estados miembros, se agudizó la necesidad de armonizar la normativa jurídica que lo regulaba. Para ello, se convocó una reunión de los Ministros de Justicia en la que se decidió crear un comité *ad hoc* para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, al que le dieron el nombre de CAHVIO, y le encomendaron crear el texto legislativo. CAHVIO creó el “Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica” en el que con su firma el 11 de mayo de 2011 en Estambul -no entró en vigor hasta el 1 de agosto de 2014-, la Unión Europea confirmaba su compromiso contra la violencia hacia las mujeres. El Convenio, también conocido como Convención de Estambul, obliga a los Estados a actuar con la diligencia debida con miras a alcanzar los objetivos. El Convenio de Estambul era el primer tratado internacional vinculante en materia de violencia contra la mujer y doméstica, y el primero en reconocer que además de una forma de discriminación, era una violación de los derechos humanos⁵. El objetivo del Convenio, regulado en el artículo 1, era obtener una cooperación internacional que permitiese prevenir y proteger a las mujeres de la violencia de la que fueran objeto, a través de acciones contra los agresores. Paralelamente, se buscaba sensibilizar a la sociedad para eliminar la discriminación y conseguir una igualdad real entre ambos sexos. La violencia a la que hace referencia el Convenio, es toda forma de violencia que se pueda ejercer contra la mujer, y así lo

³ Cfr. LÓPEZ MARTÍN, A.: “Historia de la violencia de género”, *op.cit.*, pág. 112.

⁴ Cfr. MORENO CUERVA, L. P.: *La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación*. 2017, pág. 87.

⁵ Cfr. *Enciclopedia jurídica*. [Consulta: 18 abril 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2kdJ5dS>

dispone su artículo 2 al regular el ámbito de aplicación⁶. El Convenio considera que la naturaleza estructural de la violencia se basa en el género, definiéndolo como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”⁷. Para su desarrollo creó “un grupo de expertos en la lucha contra las mujeres y violencia doméstica”, conocido como GREVIO.

En 2004, se elaboró la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Conforme a lo establecido en el objetivo -artículo 1-, se tienen que dar una serie de premisas para poder considerar que hay violencia de género. En este sentido, es necesario que el sujeto activo que ejerce la violencia, sea un hombre y el sujeto pasivo, que es quien sufre, sea la mujer. Entre ambos tiene que haber existido relación de afectividad -sin ser necesario convivencia-, y esta violencia debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, de forma que coloca a la mujer en una posición más vulnerable. Por tanto, aunque abarque “*todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”, no toda violencia se considera violencia de género. La Ley pretende combatir la violencia practicada por razón de género, es decir, la que se ejerce por “el hecho de ser mujer”⁸. Aunque algunos de los delitos como el de homicidio, no sean por definición delitos de violencia de género -sólo lo son: el de maltrato del artículo 153.1 CP, el de lesiones del 147.1 CP, el de amenazas leves del 171.4 y el de coacciones leves del 172.2 CP-, se transformarán en el momento que cumplan los requisitos del artículo 1. Las reformas introducidas con la Ley buscan que directamente no se inicie el ciclo de violencia, al ser actuaciones objeto de reproche penal⁹. En relación a las lesiones, modifica el artículo 148 CP al incorporar los dos últimos apartados para poder tipificar las lesiones que menoscaben la integridad corporal o salud física/mental en el ámbito de parejas o de personas especialmente vulnerables. La modificación del 153 CP -menores lesiones no recogidas en el Código- permite tipificar como delito lo que con anterioridad se castigaba como falta. En relación al título de amenazas, incorporan nuevos apartados tanto al artículo 171 CP como al 172 CP, para tipificar en el primero las amenazas leves y en el segundo la coacción leve, cuando ambas sean realizadas sobre su mujer o persona con análoga relación de afectividad, en presencia de un menor -en atención del principio de interés del menor-, en el domicilio común o cuando se lleven a cabo con arma o instrumento peligroso. En relación al quebrantamiento de condena, incorpora la privación de libertad cuando el autor vulnere las medidas que le hayan sido establecidas respecto a las personas del artículo 173.2 -entre ellas está el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad-.

⁶ Cfr. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011.

⁷ El Tribunal Constitucional dispone en sentencias como la de 14 de mayo de 2008 [RTC 2008/59] que cuando se sanciona por motivo de género, lo que busca es sancionar agresiones que son “más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir de que tales conductas son el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja”.

⁸ Cfr. RAMON RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual” en *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXIII, 2013, pág. 407.

⁹ Cfr. MORENO CUERVA, L. P.: *La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación*, op.cit., pág. 148.

En el 2015, la Ley Orgánica 1/2015, 30 de marzo modificó la Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre del Código Penal. Entre las reformas más relevantes -como consecuencia en parte de la presión de grupos feministas-, destaca la introducción de artículos que castiguen delitos cometidos contra la mujer¹⁰. Por un lado se introduce la discriminación por razón de género como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal del artículo 22.4 CP. Por otro se crea el delito de matrimonio forzoso en el artículo 172 bis CP y en el 172 ter CP el delito de acoso o acecho tanto en violencia familiar como doméstica. Se tipifica por primera vez el delito de sexting -artículo 197.7 CP- por la difusión de imágenes con el fin de venganza tras la separación, las cuales han sido obtenidas con consentimiento de la víctima, pero sin autorización para su difusión. En relación a los deberes a imponer para condicionar la suspensión de la pena, se introduce en el apartado 1.6º del artículo 83 CP el “*programa formativos de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares*”. Se implementa el apartado 2 para obligar su imposición, junto al de la prohibición de residir o acudir a un lugar o aproximarse a la víctima o familiares que determine el juez, cuando sean delitos cometidos en el ámbito de pareja. Se modifica de nuevo el artículo 153 CP para introducir la remisión a las lesiones del artículo 147.2 CP y sustituir el término “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección” como también iba a hacer en el precepto 171.4 y 5 de amenazas. El artículo 172 de coacciones, junto a la sustitución del término incapaz, incluye el apartado 3 para tipificar bajo denuncia las coacciones leves que no sean recogidas en los demás apartados, salvo que sea una persona recogida en el artículo 173.2 que no necesitará interponerla.

Los delitos relacionados con la violencia de género van a ser juzgados por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conforme a lo que dispone el artículo 87 ter en el apartado a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2.2 Del homicidio y sus formas: Asesinato

El actual Código Penal regula en el Libro II en el Título I el “homicidio y sus formas”. Tanto el artículo 138 -Homicidio- como el 139 -Asesinato- como consecuencia de poder ser sujeto activo o pasivo cualquier persona dentro de los límites de la ley, no son delitos típicos de la violencia de género. Ambos delitos se tienen que cometer con el ánimo de matar -*animus necandi*-. En este sentido, comparten el “injusto” y la “culpabilidad” pues en ambas su acción típica es lesionar la vida, en cuanto al bien jurídico que es¹¹.

El artículo 138 CP tipifica el homicidio cuando dispone que “*el que matare a otro será castigado como reo de homicidio*”. El derecho a la vida se vulnera en el mismo momento que se lleva a cabo la acción típica del delito -matar a otra persona-. El homicidio exige que el tipo subjetivo sea el doloso, es decir, es necesario que exista el conocimiento y la voluntad de matar, aunque al final no se consiga. Dentro del

¹⁰ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 7ª Edición. Madrid: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 86.

¹¹ Cfr. VIVES ANTÓN, T.S., et al.: *Derecho penal parte especial*. 5ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pág. 59.

homicidio caben muchas modalidades de comisión, siempre que no sea alguna de las previstas en el artículo 139 pues pasaría a considerarse asesinato¹².

El artículo 139 CP regula como “*reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes*”. El asesinato se castiga con una pena de prisión de quince a veinticinco años. Este delito se sanciona con mayor pena que el homicidio -de diez a quince años- porque se comete valiéndose de una especial peligrosidad o de medios peligrosos que otorgan mayores facilidades comisivas¹³. Es un delito materialmente dependiente del homicidio, pero formalmente independiente por requerir que la comisión se realice bajo unas circunstancias modificativas, que suponen la aplicación de una figura de la parte especial autónoma y una superior impunidad. De las 4 circunstancias que se pueden dar para considerar que actúa como reo de asesinato y no de homicidio, basta con que se cumpla una de ellas. En el momento en que cometa el delito bajo dos o más circunstancias, como fundamento en el apartado segundo, pasará a ser considerado como agravante específica, imponiendo la pena en su mitad superior¹⁴. Las cuatro particularidades que acogen este delito son: con alevosía, con precio, recompensa o promesa; con ensañamiento o para facilitar la comisión de otro delito. En concreto, el artículo 139.1.1º CP, regula la modalidad de asesinato realizado con alevosía. A estos efectos, la alevosía va a ser analizada más adelante -con el estudio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad-, para conocer todos los requisitos inherentes a su aplicación.

Una vez determinada la pena aplicable a cualquiera de los dos delitos, ésta se puede incrementar o reducir dentro de unos límites. Así, respecto a la primera modalidad, puede verse acentuada en caso de apreciar la agravante por razón de “género” del artículo 22.4 CP o por la mixta de parentesco del artículo 23 CP. En relación a la segunda opción, la pena puede aminorarse en caso de considerar atenuantes como la de confesión del delito regulada en el artículo 21.4 CP.

Junto a esta última, el artículo 16.1 CP regula la posibilidad de reducir la pena en uno o dos grados por considerar que el delito se ha cometido en grado de tentativa. De entrada, una vez superados los actos preparatorios, el autor entra en la fase de ejecución con el objetivo de consumir la infracción. Sin embargo, es posible que aun realizando la conducta típica del delito, el resultado no se alcance por causas ajenas a la voluntad del culpable, esto es lo que el artículo define como tentativa. El precepto hace mención a la práctica de “*todos o parte de los actos*”, así cabe distinguir dos modalidades de tentativa en función del grado de ejecución del hecho. La jurisprudencia del Tribunal Supremo -STS de 2 de julio de 2014 [RJ 2014/4252]-, entiende que si se han apreciado todos los actos de ejecución que debieran dar como resultado el delito, y este no se produce por causas ajenas a la voluntad del culpable, estaríamos ante una tentativa acabada. A *sensu contrario*, si solo se realizan parte de ellos, sería tentativa inacabada. Para que se puede apreciar que la comisión del delito se realiza en grado de tentativa se tienen que dar dos requisitos: por un lado el requisito objetivo -por la necesidad de

¹² Cfr. ALONSO PÉREZ, F., PRIETO ANDRÉS, E., y CARRIÓN GUILLÉN, L.G.: *Manual de derecho penal para Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, 2ª Edición. Madrid: Dykinson, 2001, pág. 73.

¹³ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, op. cit., pág. 58.

¹⁴ Cfr. ALONSO PÉREZ, F., PRIETO ANDRÉS, E., y CARRIÓN GUILLÉN, L. G.: *Manual de derecho penal para Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, op. cit., pp. 75-76.

consumar el principio de ejecución e ir más allá de los actos preparatorios-, y por otro el subjetivo -por la voluntad de actuar con dolo para llevar a cabo todos los actos ejecutivos-. El fundamento de la tentativa radica en la realización dolosa de una acción peligrosa, por representar *ex ante* un peligro para el bien jurídico.

En el momento en el que el artículo 16.1 CP establece que la no realización del hecho tiene que ser por “*por causas independientes de la voluntad del autor*”, da paso al tipo negativo de la tentativa¹⁵. En este sentido, el apartado 2 del artículo 16, regula el desistimiento para aquellos casos que, siendo factible la ejecución, no se produce el resultado por voluntad del delincuente. El propio artículo recoge dos modalidades: el desistimiento para los casos de tentativa inacabada -el autor no persiste en su propósito-, y el arrepentimiento para los supuestos de tentativa acabada por impedir, una vez realizado todos los actos de ejecución, la producción del resultado. En su caso, el arrepentimiento requiere que el autor actúe positivamente para evitar el daño ulterior. El Tribunal Supremo en el “Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del 15 de febrero del 2002”, flexibiliza este requisito al no exigir que sea el propio sujeto quien lo evite, considerando suficiente que despliegue acciones para que un tercero neutralice el riesgo creado. Independientemente de si desiste o se arrepiente, el autor ha de responder de los actos ejecutivos realizados que fueran constitutivos de otro delito.

La línea jurisprudencial del Tribunal Supremo como la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 [RJ 2018/1396], dispone que la finalidad de este precepto es premiar al acusado por salvar una vida con su comportamiento para evitar que de lo contrario, se fomentase una indiferencia ante la pérdida de la vida de una persona.

2.3 Delito de lesión

El Código Penal lo regula en el Segundo Libro el Título III bajo la rúbrica “De las lesiones”. Aunque no define como tal las lesiones, de los preceptos se puede deducir que abarca todo daño causado en la integridad corporal, en la salud física o mental de una persona. El menoscabo tiene que ser causado con la intención de causar lesiones -*animus laedendi*-, pero nunca con la intención de matar, de ser así, se juzgaría como homicidio. El delito de lesión protege la salud de la persona, que engloba tanto la integridad física como la psíquica o mental.

Mientras que el artículo 147 regula el delito de lesión leve o menos grave, los artículos 149 y 150 van a tipificar aquellos delitos que hayan producido una lesión de carácter grave por provocar la pérdida o inutilidad de un órgano/miembro principal en el primer caso, y no principal en el segundo. Para diferenciar entre lesiones graves y menos graves, se atiende al medio empleado y al resultado habido. Los medios peligrosos son aquellos que literalmente puedan engendrar un peligro para los bienes jurídicos en juego, y por el resultado habido se tiene en cuenta que el resultado fuera previsible por ser una acción *ex ante* peligrosa¹⁶.

¹⁵ Cfr. ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal parte general*. 6º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 507-509.

¹⁶ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, op. cit., pp. 101-103.

En relación a la violencia de género, el delito de lesiones tiene su propio régimen en los artículos 148.4 y 153.1 CP. Respecto al primero, el artículo 148 remite al apartado 1 del tipo básico del 147, para agravar la pena de las lesiones ahí reguladas por la forma en la que el delito se lleva a cabo o por la cualidad de la víctima. Siguiendo la modificación introducida por la LO 1/04 contra la violencia de género, el artículo 148 del CP agravará la pena del delito básico del artículo 147 cuando “4º 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”. En este sentido, se considera que se debe acrecentar la pena por la especial vulnerabilidad que representa el componente femenino en la relación familiar, aunque es necesario que ese mayor riesgo sea efectivo y se pueda comprobar. La lesión se puede producir por cualquier medio o procedimiento, siempre que la lesión requiera una primera asistencia facultativa seguida de un tratamiento médico o quirúrgico para su sanidad. En caso de haber dudas sobre la existencia del tratamiento habrá que aplicar el principio de “*in dubio pro reo*” con una interpretación favorable de las pruebas hacia el reo. Se le quita importancia al medio de producir la lesión para otorgárselo a la necesidad de haber un tratamiento junto a la asistencia facultativa. La diferencia entre ambas, es el lapso de tiempo. Mientras que la asistencia facultativa es instantánea, el tratamiento es una acción prolongada que consta de un esquema de recuperación objetivamente necesario para la correcta sanación¹⁷. Se requiere que el hecho se cometa con dolo, con la intención de causar una lesión a alguien. Para analizar si se da o no, se tienen en cuenta criterios como el lugar del golpe o el medio empleado.

El artículo 153 también fue modificado por la LO 1/04 para agravar la pena recogida en el artículo 147.2 CP de lesiones de menor gravedad, cuando la ofendida sea o haya sido la mujer o participe de análoga relación de afectividad aún sin convivencia (art. 153.1 CP). Se agravará la pena establecida en el artículo 153.1 CP -ya acrecentada respecto al 147.2 CP- cuando se realice ante menores, en el domicilio común o de la víctima o usando armas por el peligro que entraña. En relación a los menores, se prevé que solo se va a agravar cuando la presencia del menor sea física y sea advertida por el agresor, con el fin de evitar que esa actitud se interiorice y la reproduzca en el futuro. Se considera que realizarlo en el domicilio común o de la víctima se debe castigar por la mayor peligrosidad que supone el aprovecharse de la ventaja que le otorga la proximidad y la baja probabilidad de que puedan venir terceras personas a socorrer¹⁸.

2.4 De las coacciones

Entre los capítulos que se regulan en el Título VI de “Delitos contra la libertad” se encuentra el de “De las coacciones” en el capítulo III.

El tipo básico de las coacciones está regulado en el artículo 172 CP. En concreto dispone que tenga que haber una persona que impide a otra realizar una acción que la ley penal no prohíbe, o que obligue al otro a realizar algo que éste no quiere aunque sea legal. El individuo que realiza la prohibición u obligación no puede estar legitimado, en

¹⁷ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial, op. cit.*, pp. 122-123.

Cfr. ALONSO PÉREZ, F., PRIETO ANDRÉS, E., y CARRIÓN GUILLÉN, L.G.: *Manual de derecho penal para Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, op. cit.*, pág. 83.

¹⁸ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial, op. cit.*, pág. 153.

caso de estarlo actuaría amparado por el ejercicio legítimo de un derecho. El primer requisito que se tiene que dar es la concurrencia de violencia en la comisión del hecho. En sus orígenes sólo recogía la “*vis corporis afflicta*”, entendida como la violencia física. Posteriormente se iba a considerar que la “*vis compulsiva*” en forma de intimidación, también iba a ser contemplada como modalidad de violencia. El Tribunal Supremo respalda esta postura en sentencias como la del 3 de marzo de 2011 [RJ 2011/2511]¹⁹. La doctrina mayoritaria admite el “*vis in rebús impropia*” por interpretar que lo más relevante es la injusta privación de los derechos subjetivos de la víctima, entendiendo a la violencia desde una perspectiva normativo-social²⁰.

En cuanto a la modalidad de violencia psíquica o *vis compulsiva*, hay que entender que es toda violencia psicológica que “se refleja en acciones o actitudes demostrativas de una voluntad de limitar o compeler la libertad de la víctima o sujeto pasivo del delito” (SAP de Madrid de 23 de junio de 2016 [JUR 2016/185424]). El bien jurídico protegido es la libertad de la voluntad y de obrar de las personas. La lesión del bien jurídico deriva de que el sujeto pasivo ve alterado el sentimiento de tranquilidad cuando el autor interfiere violentamente en la libertad del ofendido de hacer o no hacer algo. La doctrina y jurisprudencia han considera el delito de coacciones como un cajón de sastre por el amplio contenido que abarca. En este sentido, se han pronunciado sentencias como la del Tribunal Supremo del 13 de abril de 1991 [RJ 1991/3043] al establecer que “el delito de coacciones viene a constituir una forma subsidiaria de los delitos contra la libertad, de suerte que solo opera cuando el comportamiento no puede subsumirse en otras figuras del código penal que implique también violencia de la voluntad de otros”.

La LO 1/2004 introdujo con el artículo 172.2 CP el tipo específico para los casos en los la coacción leve se realice en el ámbito de la violencia de género por la relación sujeto activo-pasivo. En caso de que la coacción se realice en presencia de menores o en el domicilio conyugal o de la víctima, la pena se va a agravar. Si la coacción no se pudiese recoger en éste precepto por considerarse grave y no leve, se calificaría bajo el precepto 172.1 CP con la agravante de parentesco o en su caso la de discriminación de género. Con la reforma de la LO 1/2015 se ha implementado el apartado 3 para los casos de coacción leve no recogidos en los apartados anteriores. Aunque requiere que haya denuncia del sujeto pasivo para poder ser perseguible, este requisito no va a ser necesario cuando el ofendido sea alguna de las personas del artículo 173.2 CP.

La LO 1/2015, en su busca de adaptar el ordenamiento jurídico penal a las circunstancias sociales que revestían cierta gravedad, introdujo la posibilidad de juzgar el delito de acecho, acoso o *stalking* con la incorporación del artículo 172 ter. Hay jurisprudencia que sostiene que el tipo penal del acoso busca traer a colación lo dispuesto en el dictamen de la Comisión del Congreso: “con frecuencia oigo a víctimas/supervivientes de violencia hablar del “aliento en la nuca” que aún sienten. Se refieren a la presencia de quien las maltrata de una forma indirecta y a cómo esta presencia aún las intimida y condiciona sus vidas. Esta forma de estar presente sin estarlo, de coaccionar sin coaccionar, se denomina en el ámbito anglosajón *stalking* y,

¹⁹ La sentencia afirma que “*la violencia como medio comisivo de la coacción puede serlo tanto física como moral a través de una intimidación personal u otra siempre que de alguna manera afecte a la libertad de obrar o a la capacidad de actuar*”.

²⁰ Cfr. VIVES ANTÓN, T. S., et al.: *Derecho penal parte especial, op. cit.*, pág. 165.

de momento, no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico” (Sentencia del Juzgado Penal de Santander de 9 de septiembre de 2016 [JUR 2016/231966]). En relación a la expresión de “coaccionar sin coaccionar” se manifiesta la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 cuando señala que busca “*ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones*”. La primera regulación de este tipo de delito la hizo California en 1990, pero a España no llegó hasta 2015 con la modificación introducida con esa Ley. Con anterioridad a que el Código Penal recogiese este delito, fueron numerosas sentencias las que tipificaban las conductas como delito de coacción. A modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Asturias en la sentencia de 9 de noviembre de 2016 [ARP 2017/ 63] dispuso que “antes de la reforma operada por la LO 1/2015 las conductas de acoso, seguimiento y control (...) en la forma que se declara probada resultaban subsumibles, cuando menos, en una infracción de coacciones leves”. Con la regulación de este delito se busca sancionar un conjunto encadenado de conductas insistentes y reiteradas de un sujeto sobre otro que provocan una alteración grave de todos o casi todos los días de la vida cotidiana de la víctima. Es un delito de resultado que exige la efectiva alteración de la vida cotidiana, no es suficiente con la mera intención de producirlo. Es imprescindible poder acreditar fehacientemente la reiteración e insistencia que provoca ese resultado, y va a ser el tribunal quien considere si es suficiente o no. El bien jurídico protegido es la libertad de obrar, asimismo puede verse afectado el honor, la intimidad o el sentimiento de seguridad de la víctima. El precepto recoge las cuatro conductas que pueden lo pueden provocar. Entre ellas está que el sujeto activo “*vigile, persiga o busque su cercanía física*” o “*establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas*”. El problema radica en determinar cuándo se aplica, al recoger también estas conductas el delito de coacción²¹.

El sujeto pasivo de ambos delitos es toda persona con capacidad de voluntad susceptible de ser sometida. El sujeto activo puede ser cualquiera persona que actúe con intención dolosa por el deseo de restringir la libertad de la otra persona. El dolo debe abarcar tanto el medio empleado como el resultado.

2.5 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

La determinación de la pena en el sistema español se caracteriza por un legalismo flexible. Se le atribuye esa característica en cuanto a los márgenes que concede para adecuar el establecimiento de la pena a las circunstancias del hecho y la personalidad del sujeto. Es el juez el que, después de tres fases, ha de motivar la concreción de la pena a imponer. Primero se realiza una determinación legal abstracta de la pena con la concurrencia de límites máximos y mínimos. En un momento posterior, en función de las circunstancias genéricas, se efectúa una determinación legal concreta, para por último proceder a una individualización judicial de la pena²². El actual Código Penal regula en los artículos 21, 22 y 23 un catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de carácter accidental, que no son elementos esenciales del delito pero ayudan a determinar su gravedad y el quantum de la pena.

²¹ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial, op. cit.*, pág.178.

²² Cfr. ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal parte general. op cit*, pp. 507-509.

El artículo 21 CP recoge seis circunstancias que se pueden dar para rebajar la pena y la posibilidad de crear atenuantes análogas a las reguladas en el precepto. Entre ellas se encuentra la atenuante por estado pasional -artículo 21.3 CP-, debido a la existencia de un estímulo exterior realizado por la víctima que actúa como detonante para el sujeto activo, que va a ver limitadas sus facultades mentales. Puede presentarse en forma de exaltación momentánea o persistente y responde a una disminución de la culpabilidad.

La atenuante de confesión del apartado cuarto y la de reparación del daño del quinto, se realizan tras la ejecución del hecho, y responden a una disminución de la pena por razón de política criminal. Respecto a la primera -artículo 21.4 CP-, el delincuente le facilita a la Autoridad judicial la persecución del hecho a través de los datos que voluntariamente proporciona. La confesión, que es indiferente el modo en que se realice, debe cumplir con dos requisitos: uno objetivo -la confesión ha de ser veraz- y otro temporal -debe realizarse antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él-. En este sentido, se considera que el delincuente ya tiene conocimiento del procedimiento judicial, en el momento en el que las diligencias policiales se dirigen hacia él²³. La reparación del daño que se regula en el artículo 21.5 CP, no se puede corresponder con la reparación del daño de la responsabilidad civil. Para cumplir el requisito objetivo, la reparación debe consistir en el restablecimiento objetivo de la situación alterada o en la disminución de sus efectos. La jurisprudencia añade un elemento subjetivo en relación capacidad reparadora del delincuente, aunque no impide que acuda a terceros para conseguirlo. Para el último requisito, el temporal, se da un amplio margen al permitir que se realice desde la comisión del delito hasta el inicio del juicio oral. El fundamento es el interés general de toda la comunidad de víctimas²⁴.

El artículo 22 CP regula las 8 conductas que agravan las penas. Se pueden clasificar entre las que son objetivas -por regular directamente los componentes objetivos del injusto-, y las subjetivas -por tener en cuenta aspectos del ámbito subjetivo del autor-.

La primera conducta, regulada en el artículo 22.1 CP, hace referencia a la comisión del acto con alevosía. Para poder acoger un hecho bajo esta agravante es necesario que cumpla tres requisitos: el normativo -por referirse sólo a los delitos contra la vida-, el objetivo o instrumental -por actuar con un *modus operandi* que asegura la eliminación del riesgo que pudiera sufrir por la defensa del ofendido- y subjetivo -como consecuencia de obrar con esa intención-, al conocer la indefensión y querer aprovecharse de ella²⁵. En el caso en el que el delito cometido sea el de homicidio (art. 138 CP), la alevosía actúa como una circunstancia especial por transformarlo en el delito de asesinato (art. 139.1 CP). La alevosía se puede clasificar en tres variantes: la proditoria o traicionera -que es la concebida a traición o con trampa-, la sorpresiva -cuando se ataca de forma repentina e imprevista de forma que le impide a la víctima reaccionar o esquivar el ataque- y con desvalimiento -por aprovecharse de la situación de indefensión de la víctima-. Independientemente del tipo de alevosía que ejecute, el

²³ Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho Penal parte general*. 7ª Edición. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2017, pág. 278.

²⁴ *Ibid.*, pp. 279-280.

²⁵ Cfr. ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal parte general*, *op. cit.*, pág. 528.

fundamento radica en la mayor gravedad que implica buscar y aprovecharse de la indefensión de la víctima²⁶.

La cuarta conducta recogida en el artículo 22.4 CP versa sobre la discriminación, y se introdujo como novedad la de discriminación por género con la LO 1/2015. Se buscaba diferenciarlo de sexo, por abarcar el género cualquier comportamiento discriminatorio realizado sobre las características o roles que la sociedad atribuye a hombres y mujeres. Su fundamento se basa en la idea de que las prácticas discriminatorias son intolerables en el estado social y democrático de derecho²⁷.

El artículo 23 CP regula la circunstancia mixta de parentesco. El término “mixta” es consecuencia de actuar como agravante o atenuante según los casos. El juez es quien debe valorar finalmente “*la naturaleza, motivos y efectos*” para determinar si la pertenencia al ámbito parental beneficia o perjudica. Generalmente la jurisprudencia, como en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de junio de 2013 [ARP 2013/1264], entiende que se agrava en los delitos contra la vida e integridad personal y contra la libertad sexual y se atenúa en los delitos patrimoniales. La justicia exige que se den dos requisitos: el objetivo -por la existencia de la relación parental o conyugal²⁸, y el subjetivo -en relación al conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que lo unen con la víctima-. El fundamento radicaba en el mayor o menor plus de reprochabilidad por la relevancia que tiene el parentesco en el Derecho Penal²⁹.

Cabe tener en cuenta que, en virtud del principio *non bis in idem*, no se puede aplicar ninguna circunstancia modificativa que ya haya sido contempla al describir la conducta típica del delito o por ser inherente a él. A modo de ejemplo: la agravante de alevosía respecto del delito de asesinato por alevosía o la de discriminación por género/mixta de parentesco respecto a los delitos que ya incorporen agravación por cometerse en el ámbito de la relación marital.

2.6 Calificación jurídica de los hechos descritos en el caso

a) Delito de coacción o acoso

El día 2 de diciembre de 2016, Adriano recibió una carta certificada de parte del letrado contratado por su mujer Agripina en la que se retractaba la solicitud de divorcio. Desde el día siguiente a su recepción, y hasta el 15 de junio de 2017, Adriano se dedicó a realizar una retahíla de actos con el fin de retomar la relación en un primer momento, y desde marzo, de controlar lo que hacía su mujer, como así se hace constar en el caso. En estos acontecimientos, el problema empieza cuando la otra persona manifiesta el deseo de desentenderse de cualquier contacto, y el sujeto activo teniendo plena

²⁶ Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho Penal parte general*, op. cit., pp. 292-293.

²⁷ Cfr. MORENO CUERVA, L. P.: *La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación*, op. cit., pág. 190.

²⁸ El requisito objetivo fue modificado con la LO 11/2003 que ha incorporado la posibilidad de ser ex pareja para actuar contra la violencia de género. Las estadísticas señalan que el número de víctimas mortales se incrementaban significativamente tras poner fin la víctima a la situación de maltrato.

²⁹ Cfr. ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal parte general*, op. cit., pág. 535.

conciencia de esa voluntad, le impone su postura hasta el extremo de limitar su libertad³⁰. Esta secuencia de acciones de Adriano hacia Agripina podría tener cabida de primeras en el delito de coacciones o acoso por restringir la libertad ajena.

Como ya sabemos, el delito de acoso regulado en el artículo 172 *ter* CP, recoge cuatro conductas que de realizarse de forma insistente y reiterada por alguien que no está legítimamente autorizado, puede dar lugar a ser condenado por delito de acoso, si éstas terminan por alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Entre las conductas que realizaba Adriano, estaba la de seguirla por las zonas que ella solía frecuentar con el fin de simular encuentros casuales o vigilarla cuando estaba con otras compañías -“1º *La vigile, la persiga o busque su cercanía física*”-. Por otro lado, le enviaba reiteradamente whatsapps hasta el punto de que Agripina lo bloqueó en Abril y él se creó un perfil falso de Facebook y contactó con la madre de ella para poder mantener contacto -“2º *Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas*”-. Aun habiendo una constatación objetiva de la existencia de actitudes que encajan en las establecidas en el precepto, hay que tener en cuenta si concurren los elementos del delito.

Por un lado, se requiere que sean conductas realizadas de forma “*insistente y reiterada*” que impliquen la existencia de una estrategia sistemática de persecución con diferentes acciones vinculadas (SJPII de Tudela de 23 de marzo de 2016 [ARP 2016/215]). Estas actitudes son actos que de forma aislada carecen de relevancia penal, pero que en su conjunto suponen una conducta obsesiva que impide a la víctima desarrollar su vida en condiciones de normalidad. En este sentido, es necesario que la víctima ante el atosigamiento que sufre, vea afectado el proceso de formación de la voluntad produciendo una sensación de intranquilidad o angustia que le lleve a cambiar sus costumbres o hábitos -“*que altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana*”-. La jurisprudencia no considera suficiente que ese cúmulo de acciones causen un mero sentimiento de temor o molestia, sino que solo van a adquirir relevancia penal las conductas que efectivamente limiten la libertad de obrar de la víctima alterando gravemente su vida cotidiana (SAP de Madrid 30 de junio de 2017 [ARP 2017/1066]). Adriano ha estado llevando a cabo de forma insistente y reiterada estas conductas durante 7 meses, durante los cuales no se describe repercusiones en la vida de Agripina más que la de bloquear el número. No hay datos que nos permitan considerar que la víctima sufría una sensación de intranquilidad que le llevase a cambiar hábitos como modificar rutas, su número de teléfono, domicilio...etc. Incluso, que estuviese de espaldas a Adriano y no con actitud de alerta mientras él estaba en el domicilio, no permite demostrar miedo o intranquilidad por su parte. La única forma de considerar que actuó bajo un delito de acoso, sería interpretándolo conforme al Convenio de Estambul -al haber sido firmado por España- por no exigir que exista alteración de la vida cotidiana. Sin embargo, toda la jurisprudencia -incluida la menor- no realiza su interpretación conforme al Convenio, sino que lo hace conforme al precepto del CP. A modo de ejemplo, la Audiencia Provincial, en casos similares -como en la sentencia del 28 de junio de 2017 [ARP 2017/1020]- ha resuelto considerando que “son hechos que, vistos conjuntamente, suponen algo más que la suma de cuatro incidencias, pero que no alcanzan el relieve suficiente para considerarlos idóneos o con capacidad para, alterar gravemente la vida ordinaria de la víctima”. Así mismo, establece que “cuestión distinta

³⁰ *Cfr.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 7 abril de 2004 [ARP 2004/230].

es que los hechos, no integrando aquél delito, constituyan el delito de coacciones del artículo 172”.

El delito de coacciones requiere que haya una persona que sin estar legitimada, impide a otro a hacer lo que la ley no prohíbe o fuerza a hacer algo que no quiere. La mayor parte de la jurisprudencia menor (SAP de Asturias de 9 de noviembre de 2016 [ARP 2017/63], SAP de Madrid 31 de marzo de 2014 [JUR 2014/165183] o SAP de Madrid de 23 de junio de 2016 [JUR 2016/185424]) considera que el requisito de emplear la violencia como medio comisivo, y con la suficiente intensidad que origine el resultado tipificado, se cumple cuando se realizan conductas como las expuestas a sabiendas de que el destinatario rechaza claramente el contacto, constituyendo así, el ejercicio de una violencia psíquica *-vis compulsiva-*, que interfiere gravemente por su multiplicidad contra la libertad del ofendido. Se considera que hay violencia psíquica porque, conforme a lo dispuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 2 de julio de 2015 [JUR 2015/206882], en estas situaciones el acusado, unilateralmente, impone violentamente su deseo contra la voluntad de la afectada, de manera que la deja sujeta a una pesadilla durante todo el tiempo que dure la conducta

Junto al anterior requisito, como consecuencia de la secuencia de actos que realiza Adriano para obligar a Agripina a volver con él, se puede considerar cumplido el elemento de que el autor actúe con intención dolosa *-consistente en el deseo de restringir la libertad ajena-*, y que sea ilícito el acto desde las normas de la convivencia social. Esto es así, porque Adriano se entromete en el desarrollo de la vida de ella, quebrantando la libre determinación de comportarse conforme a su propia voluntad. Teniendo en cuenta que el delito se comete en el ámbito de una relación marital, se procede a aplicar el tipo específico del artículo 172.2 CP implementado para regular los casos en los la coacción leve se realice en el ámbito de la violencia de género, por la relación sujeto activo-pasivo. En este sentido, se manifiesta la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2015 [ARP 2015/1484] cuando dispone que “constituye una constante en la jurisprudencia, la aplicación del precepto legal de las coacciones, en casos como el relatado: situaciones de ruptura de pareja, normalmente no aceptadas por el imputado, que se traducen en comunicaciones o intentos de contactos continuos o muy frecuentes, seguimientos, visitas o encuentros no deseados que, en definitiva, coartan, limitan y perturban la libertad de la víctima”.

La pena a imponer a Adriano, en caso de ser castigado por este delito, consistiría en la pena de prisión de seis meses a un año, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años y en atención al interés del menor, la inhabilitación especial para la patria potestad.

b) Delito de homicidio, asesinato o lesiones

Transcurridos nueve meses desde que empezaron los intentos por parte de Adriano de recuperar a su mujer, finalmente el día 7 de septiembre, con la premisa de ir a recoger unas pertenencias y llevar un regalo a la hija de ambos, acudió al domicilio conyugal y le pegó dos tiros mientras ella se encontraba de espaldas.

Con el objetivo de no vulnerar el derecho a la presunción de inocencia *-artículo 24 CE-* es imprescindible que el Tribunal alcance una certeza objetiva sobre la realidad de

los hechos ocurridos para declararlos probados. En este sentido, para juzgar como delito de homicidio o asesinato hay que poder demostrar que el autor actúa con “*animus necandi*” o intención de matar. La jurisprudencia señala que se obra con dolo cuando el causante conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, actúa y somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar. Esto es así, que basta con que el autor tenga conocimiento de la potencialidad de los medios empleados para la producción del resultado y decide utilizarlos para la realización de la acción típica. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014 [RJ 2014/4252] ha indicado la existencia de una serie de signos externos indicativos de la voluntad de matar³¹. De acuerdo con esto, que Adriano realice la acción disparando con una pistola -arma de evidente capacidad lesiva³²- hacia una zona del cuerpo donde se encuentran órganos vitales, y a una distancia no desmedida por la descripción del hecho, implica que por lo menos se tenga conocimiento de la probabilidad de causar la muerte de su mujer. Esta idea se refuerza por la razón de que, en virtud de la profesión de Guardia Civil, debería poseer unos conocimientos incompatibles con el desconocimiento del riesgo que estaba creando.

En cuando a la modalidad de cometer el disparo, Adriano ha realizado los dos disparos cuando su mujer estaba en el salón de espaldas, impidiendo que ella pudiese prever lo que él iba a hacer. El Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas sentencias -como en la de 13 de junio de 2016 [RJ 2016/2736]- que la utilización de un arma de fuego frente a quien se encuentra indefenso debe considerarse como una acción levosa, que transformaría el homicidio en delito de asesinato del artículo 139.1.1º CP. La alevosía se configura por un requisito objetivo -por emplear medios que eliminan las posibilidades de defensa del agredido-, y uno subjetivo -por la voluntad consciente del autor tanto en lo relativo a la muerte de la persona como en el conocimiento de las bajas posibilidades de defensa de la víctima- (SAP de 20 de julio de 2017 [ARJ 2017/1032], SAP de Pontevedra de 7 de noviembre de 2017 [ARP 2017/1566]). Del aserto transcrito se puede considerar que la actuación de Adriano tiene cabida en la modalidad de alevosía sorpresiva, por realizarse por la espalda, sin haber incurrido ambos cónyuges en una discusión que permitiese a la víctima preverse cualquier tipo de ataque³³. Agripina, totalmente desprevenida, no pudo sospechar ese ataque súbito por parte de su marido con lo que no pudo reaccionar para defenderse ni para esquivarlo. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2017 [RJ 2017/5566], argumenta que “no hay más indefensión que verse acometido mediante el disparo de un arma de fuego, a corta distancia, que proviene de agresor, sin ninguna posibilidad de defensa, no cabe imaginar”. La imposibilidad de defenderse se agrandó por las condiciones en las que

³¹ Entre los signos externos identifica la relación entre autor y víctima, la clase de arma utilizada, la zona del cuerpo a la que se dirige la agresión, el número de golpes sufridos y lesiones producidas o las condiciones del lugar, tiempo y circunstancias conexas.

³² La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2003 [RJ 2003/7323] respecto a un asesinato realizado por el empleo de una pistola, dispone que “la elección del arma constituye un elemento revelador de que el recurrente pretendía asegurar el resultado, dado que es un dato indiscutible de la experiencia que el disparo con arma de fuego a pocos metros garantiza prácticamente el resultado de muerte”.

³³ En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 20 de julio de 2017 [ARJ 2017/1032] defendió los actos cometidos con alevosía sorpresiva considerando que “quien no espera el ataque, difícilmente puede prepararse para él, al menor en la medida de lo posible”.

tuvo lugar la acción, que por ser en la vivienda familiar, dificultó las posibilidades de pedir ayuda, de ser socorrido por terceras personas o de escapar.

Justo después de disparar, Adriano realizó dos llamadas: la primera a los servicios de urgencias informando de que su mujer estaba herida de gravedad, y la segunda al Comandante de la Guardia Civil comunicándole que había hecho una tontería. En este caso, no haber conseguido la acción típica del asesinato se ha debido a que Adriano en un momento dado, aún siendo factible la ejecución, dejó de seguir disparando contra Agripina para proceder inmediatamente a llamar a emergencias. Aunque ha ejecutado todos los actos que objetivamente deberían haber producido el resultado de matar a su mujer -tentativa acabada-, éste no se produce por la voluntaria interrupción de él. En tal sentido, la actuación de Adriano deja de tener cabida en la tentativa del artículo 16.1 CP -exige entre sus elementos que el resultado no se consiga por causas independientes de la voluntad del autor-, para regularse en atención al desistimiento del artículo 16.2 CP.

De acuerdo a este último precepto, en los casos en los que ya se han realizado todos los actos de ejecución, se requiere que el autor actúe positivamente con un comportamiento efectivo que evite que se produzca el resultado. Respecto del aserto anterior, recordemos que el Acuerdo del Pleno del 2002 flexibilizó su interpretación al estimar que se cumple cuando el autor despliega acciones para que un tercero neutralice el riesgo creado. En tal sentido, hay que entender que la causa directa de que no se produjese el resultado mortal de Agripina, no fue otra que la voluntaria interrupción de Adriano. Teniendo en cuenta que la voluntaria interrupción no es suficiente *per se* para tener cabida en el precepto, es necesario que Adriano haya actuado positivamente para evitar el resultado. Para ello, tras desistir en los disparos, llamó inmediatamente a los servicios de urgencias avisando de la situación en la que se encontraba su mujer. Con fundamento en el Acuerdo, se puede considerar que dado el instrumento empleado y la parte afectada, la situación era apta para provocar la muerte de no haber desplegado las acciones oportunas para evitarlo.

Adriano tras desistir en la consecución de la acción típica, quedará exento de responsabilidad penal por el delito de asesinato, pero no de la responsabilidad que surja por los actos ya ejecutados si constitutivos de otro delito. El Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de marzo de 2018 [RJ 2018/1396], ha manifestado que en estos casos “su dolo inicial, claramente homicida, se cambió cuando apareció como inminente la muerte, desapareciendo aquella intención homicida y reclamando un auxilio que fue eficaz. Agripina, como consecuencia de los disparos tuvo una lesión-pulmonar de carácter grave y otra en el omóplato derecho tras impactar contra el mismo el primer disparo”. Con fundamento en lo anterior, se calificó el comportamiento del acusado de desistimiento activo y se pasó a castigar por delito de lesiones del 148 CP. La ponderación entre los medios empleados y el resultado habido va a determinar la gravedad del delito de lesión. El alcance de la lesión -lesión bronco-pulmonar grave y una lesión en el omóplato derecho- no permite juzgar a Adriano por los artículos 149 y 150 CP al no sufrir la pérdida o inutilidad de órganos principales ni no principales, sino que se le va a juzgar por un delito de lesiones del número 4º del artículo 148 CP por la cualidad de la víctima -4º 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- y el mayor desvalor derivado de la intensidad del riesgo creado. Con fundamento en este precepto, que remite a las lesiones del tipo básico del 147.1 CP, es

necesario que la lesión requiera además de una primera asistencia facultativa, de un tratamiento médico o quirúrgico. Teniendo en cuenta que ha visto lesionado uno de los órganos vitales, es obvio considerar que además de una primera asistencia facultativa ha necesitado seguir un esquema de recuperación para la correcta sanación.

Adriano podrá ser sancionado con la pena de prisión de dos a cinco años por ser autor de un delito de lesiones, por su participación directa y material en los hechos conforme a los artículos 27 y 28 CP.

c) Circunstancias modificativas

Como ya sabemos, la determinación de la pena en el sistema español tiene carácter flexible por atribuir unos márgenes que permiten adecuar la sanción a las circunstancias del hecho y la personalidad del sujeto. En cuanto a las circunstancias que hemos analizado anteriormente, algunas de ellas podrán ser objeto de aplicación mientras que otras no cumplen los elementos.

Entre las circunstancias que permiten rebajar la pena -artículo 21 CP- no va a tener cabida ninguna de ellas. En relación a la de estado pasional -artículo 21.3 CP- es mayoritaria la jurisprudencia que señala que el deseo de poner fin a una relación conyugal, no se puede considerar como un estímulo exterior detonante para provocar la limitación de las facultades mentales. No se puede confundir el posible estado depresivo por la separación, con una pérdida de control del autor, porque en realidad lo que vendría a ser es una conducta de desigualdad de género en la que Adriano buscaba mantener una especie de derecho de propiedad sobre Agripina (SAP de Valladolid de 22 de diciembre de 2008 [JUR 2009/253085], SAP de Vizcaya de 30 de septiembre de 2011 [ARP 2012/478]). En cuanto a la atenuante de confesión -artículo 21.4 CP-, Adriano cumple el elemento temporal por ser él quien llamó directamente a la Guardia Civil, sin embargo, el cumplimiento del elemento objetivo no está tan claro. Para poder considerar que satisface este último, la confesión tiene que ser veraz y de gran trascendencia, además debe valorarse la dificultad que habría para esclarecer los hechos en caso de que no se hubiese producido la misma. Hay que tener en cuenta que, aunque por su profesión de Guardia Civil era viable que conociese diferentes estratagemas elusivas que encajasen, que el hecho ocurriese en el propio domicilio y con el arma reglamentaria, no permite sopesar que sería una investigación compleja. En este sentido, aun con la inmediatez con la que realizó la llamada, no se entiende cumplido el requisito objetivo porque no llegó a confesar sustancialmente que había disparado a su mujer, sino que se limitó a decir primero a emergencias que su mujer estaba grave, y en un momento posterior a decirle a la Guardia Civil que había hecho una tontería. En un caso similar, el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de junio de 2016 [RJ 2016/2736] consideró que concurría la atenuante por haber realizado el autor una llamada a la Guardia Civil diciendo "he hecho una trastada", "he matado a Celsa, la he matado".

Por último, la de reparación del daño -artículo 21.5 CP-, no puede ser aplicada por no haber realizado ninguna conducta típica que pueda encajar en el restablecimiento objetivo de la situación alterada o en la disminución de sus efectos. En este caso, se ha limitado a llamar a emergencia sin realizar él ninguna actitud activa para repararlo.

Entre las circunstancias agravantes del artículo 22 CP y la mixta de parentesco del 23 CP, sólo cabe aplicar la de alevosía. Por lo que respecta a la agravante de discriminación de género -artículo 22.4 CP- no se puede apreciar su aplicación por el principio de “*ne bis in idem*”, al haberse tenido ya en cuenta al describir la conducta típica, tanto en el delito de lesiones como en el de coacción. En este mismo sentido, no se aprecia la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, que como ya sabemos, de poder aplicarse, actuaría como agravante por ser en relación de delitos contra la vida e integridad personal. En relación a la agravante por alevosía -artículo 22.1 CP-, con fundamento en lo dispuesto anteriormente por el presunto delito de asesinato, si cabe apreciar la aplicación de tal agravante respecto del delito de lesiones que sí cumple con el requisito normativo de referirse a los delitos contra la vida. Con fundamento en el artículo 66.1.3º CP, la concurrencia de una agravante implicará aplicar la pena en la mitad superior de la que se haya fijado por ley para el delito.

d) Determinación de las posibles penas a imponer

Tras lo expuesto, Adriano será sancionado por el delito de coacciones del artículo 172.2 CP -con una pena de prisión de seis meses a un año, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad hasta cinco años y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años- y por el delito de lesiones del artículo 148.4º CP con la agravante de alevosía del artículo 22.1 CP. La pena de prisión de este último delito es de dos a cinco años según el resultado causado o el riesgo producido, teniendo en cuenta que hay que aplicar la pena en la mitad superior por la concurrencia de la agravante, la posible pena a imponer oscilará de los tres años, seis meses y un día a cinco años.

En lo que respecta al delito de coacción, por la duración de la intromisión en la vida de Agripina, las concurrentes en la realización del hecho y por terminar en la comisión del siguiente delito, se podría imponer la mayor pena posible -un año de pena de prisión, cinco años de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres años- sin contemplar la posibilidad del Juez de aplicar la inferior en grado. En cuanto al delito de lesiones, por el riesgo creado en relación al uso de la pistola -instrumento tendiente a asegurar el desenlace deseado-, y por el resultado causado, se le impondrá la máxima pena de prisión de cinco años.

El hecho de que Adriano haya cometido varias acciones distintas que han constituido delitos independientes entre sí, implica que se tenga que aplicar un concurso real para calcular la pena total a aplicarle. Esto se determina con fundamento en lo establecido en el artículo 73 CP “*se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo*”. En tal sentido, por la comisión de estos dos delitos, Adriano sería sancionado con una pena de prisión de seis años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres años y en atención al interés del menor por el efecto negativo que puede tener en el desarrollo del menor el haber estado presente en la comisión del ataque hacia su madre, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante cinco años.

El artículo 56 CP, prevé la imposición por parte del juez de penas accesorias cuando la pena de prisión sea inferior a diez años. En este caso, Adriano será

suspendido de su empleo o cargo público durante el tiempo que dure la condena al no poder aplicar la inhabilitación al no haber tenido este derecho relación directa con el delito cometido.

Por su parte, el artículo 57 CP prevé la posibilidad de imponer alguna de las medidas establecidas en el artículo 48 CP por la comisión de un delito de lesiones -artículo 57.1 CP- y la obligación de imponer en todo caso la de aproximarse a la víctima, por haber sido un delito contra su cónyuge -artículo 57.2 CP-. Como consecuencia de que la pena de prisión a imponer a Adriano sería superior a cinco años, tendrá la consideración de grave (artículo 33.2.b CP) y las medidas acordadas se impondrán por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión. Entre las medidas a imponer del artículo 48 CP, tendría cabida la de prohibición de aproximarse y de comunicarse por cualquier medio de comunicación, con la víctima u otros familiares como la hija en común.

Por último, como consecuencia de ser criminalmente responsable de delitos descritos en la ley, se le obliga por un lado a reparar los daños y perjuicios, y por otro lado al pago de las costas procesales. La responsabilidad -artículos 109, 110 y 113 CP- que abarcará tanto al agraviado como a sus familiares o terceros, comprende la restitución, reparación del daño y la indemnización de perjuicio materiales y morales. Las costas -artículos 123 y 124 CP y 240 y 242 LECrim- comprenden los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales.

2.7 Conclusiones

Adriano es condenado por un delito de coacciones por perseguir y controlar a Agripina -su mujer- durante meses para imponerle su voluntad de volver juntos, hasta que finalmente terminó disparándole. Los conocimientos de Adriano por su puesto de Guardia Civil permiten demostrar el ánimo de matar con el que actuó, al disparar con un arma potencialmente peligrosa como es la pistola, a una zona del cuerpo donde se encuentran órganos vitales y mientras ella se encontraba de espaldas impidiendo que pudiese defenderse. Sin embargo, dado que en un momento dado se arrepiente -desistiendo de su actuación y llamando a emergencias para evitar el resultado-, queda exento del delito de asesinato para ser castigado, en relación a los actos ya realizados, por el de lesiones del artículo 148 por la especial vulnerabilidad de la víctima.

Junto a las penas de prisión correspondientes a estos delitos, se le impondrá la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, suspensión de su empleo o cargo público, prohibición de aproximarse y de comunicarse por cualquier medio de comunicación con la víctima u otros familiares como la hija en común. Por último deberá responder civilmente de los daños y perjuicios causados, y realizar el pago de las costas procesales.

3. 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.

3.1 Recorrido histórico de la responsabilidad del Estado.

La posibilidad de atribuir al Estado la responsabilidad civil es relativamente reciente pues fue la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa (en adelante LEF) la primera que incluyó tal posibilidad. En particular en el artículo 121 LEF cuando disponía que daría lugar a indemnización toda lesión que sufran los particulares cuando “*sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”.

Años más tarde, el artículo 32 de la Ley de 20 de julio de 1957 sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado consolidó la tendencia señalada al asumir el criterio contenido en el artículo 121 LEF y añadir la excepción de no considerar responsabilidad civil aquellos actos que fuesen consecuencia de la “fuerza mayor”.

Hubo que esperar varias décadas hasta que una nueva legislación continuara profundizando en esta figura. La llegada de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), no sólo ha reforzado lo dispuesto en las leyes anteriores, sino que dio un paso más en su regulación. En concreto, el artículo 106 CE señala en el apartado segundo que los particulares podrán ser indemnizados “*siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. Mientras que por un lado incorporó el requisito de que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, por otro, anuló la importancia del modo (normal o anormal) en que aquellos realizan la actuación. De todas formas, que en la redacción del precepto indicado se suprimiesen los términos relativos al funcionamiento, no implica que no quedase regulado en la CE. Así, el artículo 121 CE señala que la indemnización a cargo del Estado se puede derivar de “*los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración*”. El criterio de la Constitución Española sobre la responsabilidad civil del Estado está respaldada también por la configuración de nuestro país como un “Estado de Derecho”, que implica que todo integrante del Estado tiene que someter su actuación de forma tajante con la ley³⁴.

Finalizando este necesariamente breve recorrido histórico, el Código Penal de 1973 hizo referencia, por primera vez y de forma expresa, en su artículo 22 a la figura de responsabilidad subsidiaria. En tal sentido atribuyó la responsabilidad subsidiaria a

³⁴ Cfr. art. 1.1 CE: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*”.

“entidades y organismos”, lo que implicaba que habría que entender a la Administración Pública como equivalente de tal expresión para poder atribuirle la responsabilidad³⁵.

3.2 ¿Qué significa la responsabilidad civil del Estado?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1902 del Código Civil (en adelante CC), las personas pueden verse obligadas a reparar el daño que hayan causado a otro interviniendo culpa o negligencia, independientemente de que aquél sea resultado de una acción u omisión. La responsabilidad generada por la obligación de resarcir los daños causados a otro tiene diferentes dimensiones que, consecuentemente, van a ser objeto de diferente regulación. A efectos prácticos, y por lo que a nuestro caso concierne, es la responsabilidad civil la que va a ser objeto de análisis. En tal sentido, se puede afirmar que para que surja la responsabilidad civil, y el sujeto tenga la obligación de reparar el daño, es necesario que la acción u omisión de un sujeto provoque un perjuicio antijurídico en otro que no tiene el deber jurídico de soportar, y que se pueda acreditar la relación de causalidad entre ambos elementos. El Tribunal Supremo ha exigido en numerosas sentencias la necesidad de acreditar los requisitos mencionados para que surja la responsabilidad civil del artículo 1902 CC³⁶.

Son varios los autores que consideran que cuando la responsabilidad civil se refiere al Estado, presenta unos rasgos definitorios que se podrían sintetizar en: general, unitaria, universal y directa/subsidiaria³⁷.

Según se advierte, la responsabilidad civil del Estado es general -acoge todo tipo de actuaciones y omisiones-, unitaria -se aplica a cualquier miembro de la Administración Pública- y universal -protege a cualquier sujeto de Derecho que no tenga la obligación jurídica de soportar el daño ocasionado-. El mencionado carácter general y unitario encuentra su apoyo en el artículo 149.1.18 CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la responsabilidad en la que incurran las Administraciones Públicas. Dicho precepto no concreta cuáles son las acciones u omisiones ni que órgano de la Administración es el que las puede realizar para que se derive la responsabilidad del Estado. La Constitución también recoge el carácter universal al reconocer en el artículo 106.2 CE el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños que sufran como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, debiendo equiparar el término “*particulares*” a cualquier sujeto de Derecho que sufra un daño resarcible.

Por último, la responsabilidad civil de Estado puede ser directa -por responder de forma directa en aquellos casos en los que la conducta no sea delictiva- o subsidiaria -

³⁵ En concreto el artículo 22 CP de 1973 dispone que “*la responsabilidad subsidiaria (...) será también extensiva a las personas, entidades, organismos y (...) por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios*”.

³⁶ Cfr. la STS de 29 de octubre de 2008, [RJ 2008/5801], que considera que para que la responsabilidad extracontractual del art.1902 CC sea admitida “*se hace preciso la conjunción de los requisitos siguientes: uno, subjetivo, consistente en la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, objetivo, relativo a la realidad de un daño o lesión; y la relación causal entre el daño y la falta*”.

³⁷ Cfr. SURRUCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. I, pp. 101-103.

Cfr. MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de acciones penales”, en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, pp. 201-202.

por disponer de solvencia ilimitada para responder de manera subsidiaria-. Esta última característica permite al afectado dirigirse directamente a la Administración Pública sin tener que reclamar en primer lugar contra el causante del daño. La responsabilidad civil directa, caracterizada por ser una responsabilidad objetiva e independiente de los conceptos de culpa o negligencia, también encuentra su apoyo en la Constitución Española; en concreto en el artículo 106.2 y en el 149.1.18.

Tras realizar una breve descripción de los rasgos definitorios, vamos a centrarnos en el carácter subsidiario de la responsabilidad civil que es el que más interesa en este trabajo. En términos amplios, cabe entender por responsabilidad “subsidiaria” aquella que no se predica del autor del acto, sino que se atribuye a un sujeto diferente que responde por el causante del daño³⁸. A estos efectos, la Administración Pública puede tener la obligación de hacerse cargo de la indemnización derivada del daño que cause un sujeto que sea funcionalmente dependiente de ella. Si el acto cometido por un empleado público es constitutivo de delito, de entrada es la jurisdicción penal la que debe conocer también sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. En efecto, la jurisdicción penal no solo conocerá de la responsabilidad penal -la condena al culpable-, sino también de la civil de la Administración -al resarcir al afectado por los daños materiales y morales que hayan sufrido-. Ello es así pues conforme al artículo 121 del Código Penal vigente, cuando la actuación fuese constitutiva de ilícito criminal por ser delito doloso o culposo, las Administraciones Públicas, en defecto de solvencia del agente causante del daño, serán responsables subsidiarias. La posibilidad de atribuir subsidiariamente al Estado es posible ya que como dispone el referido precepto, el ofendido podrá dirigir simultáneamente la pretensión contra el delincuente y “*la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario*”.

Conectado con lo anterior, hay que tener en cuenta que la posibilidad de atribuir al Estado la responsabilidad subsidiaria no siempre fue bien aceptada en la jurisprudencia. En efecto, fue a partir del 1980, cuando aquella empezó a hacer una interpretación flexible entre la relación del funcionario y el servicio público; que, en lo que ahora interesa, culminó finalmente con la creación de la denominada “teoría del riesgo” que va a ser objeto de análisis más adelante³⁹.

3.3 Ámbitos en los que surge la responsabilidad civil subsidiaria del Estado

En el Derecho español, la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas, se encuentra regulada, como sabemos, en el artículo 121 del actual Código Penal. Asimismo, el artículo 120.3 del mismo Cuerpo legal alude a ella. Aunque para poder aplicar ambos preceptos es requisito imprescindible que la acción u omisión dé lugar a una conducta lesiva y, por tanto, constitutiva de infracción criminal, cada artículo va a regular una acción diferente.

³⁸ Cfr. *Guías Jurídicas. Wolters Kluwer*. [Consulta: 10 abril 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2IBNbuX>

³⁹ Cfr. SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, en *Revista catalana de Dret públic*, núm. 52, 2016, pág. 132.

Mientras que para el artículo 120.3 CP lo importante es que el delito se cometa en el interior de un establecimiento público que se encuentre bajo la custodia de la Administración, en el artículo 121 CP lo relevante es que el acto lo ejerza un empleado público vinculado a la Administración en el ejercicio de sus funciones públicas.

El primero de los preceptos citados regula en su apartado tercero la obligación de la Administración de controlar las actuaciones llevadas a cabo en los establecimientos, respecto de los cuales tiene el deber de custodia. Lo que se vulnera cuando se comete una acción de las contenidas en el precepto son los reglamentos que legalizan ese deber de custodia atribuido a la Administración Pública⁴⁰. Así, cabe decir que la Administración incurre en culpa *in vigilando*, pues se vulnera la obligación de supervisar o vigilar a la persona que ocasiona el acto lesivo, siendo esa negligencia la que ha producido el daño⁴¹. La culpa *in vigilando* en la que se incurre se refleja al final del artículo 120.3 CP cuando determina que “*se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción*”.

Por su parte, respecto del artículo 121, el Tribunal Supremo ha señalado en numerosas ocasiones la necesidad de que concurren tres requisitos para que pueda ser aplicado⁴². Estos son: la infracción criminal, el requisito subjetivo y uno objetivo.

La infracción criminal hace referencia a que la actuación tiene que ser constitutiva de delito, independientemente de que sea por dolo o imprudencia. Como se ha comentado anteriormente, si no concurre infracción criminal, la jurisdicción penal no conocerá de la responsabilidad civil que se atribuye a la Administración Pública. El requisito subjetivo exige que exista una relación de dependencia funcional entre quien comete el acto y la Administración Pública. En concreto, el precepto aludido dispone que “*sean autoridad, agente o contratado de la Administración o por un funcionario público*”. Este requerimiento ha sido desarrollado en sentencias como la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1990 [RJ 1990/4146] que afirma que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado surge tanto en los supuestos en los que el funcionario está ligado por una relación de dependencia continuada como en los que es ocasional⁴³. Finalmente, el requisito objetivo implica que el culpable tiene que actuar extralimitándose en las funciones que le atribuye la Administración -ejecutar la acción prevaleciéndose de las ventajas que le otorga la cualidad de funcionario público-. En efecto, el precepto hace referencia expresa a que el hecho cometido fuese “*en el ejercicio de sus cargos y funciones*” y “*que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos*”. Y es que cuando el funcionario actúa fuera

⁴⁰ Cfr. MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de acciones penales”, *op. cit.*, pág. 215.

⁴¹ Cfr. *Enciclopedia jurídica*. [Consulta: 18 abril 2018]. Disponible en: <http://cort.as/-59M4>

⁴² Cfr. En el FD decimotercero de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2002 [RJ 2002/7936] se establece que: “Requíerense ahora que exigencias para que tal responsabilidad subsidiaria surja: 1.º) que una persona declarada penalmente responsable por delito doloso o culposo –a los que se ha entendido también como asimilables las faltas– haya de responder por la causación de daños. 2.º) Que esa persona sea autoridad, agente y contratados de la misma o funcionarios públicos. 3.º) Que, al actuar estuvieran en el ejercicio de sus cargos o funciones. 4.º) Siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados”.

⁴³ Cfr. SURRUCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas”, *op. cit.*, pág. 112.

del ejercicio de sus funciones, lo hace en un ámbito ajeno al control de la Administración, impidiendo por tanto que ésta pueda responder subsidiariamente de la responsabilidad que eventualmente se derive. De modo que solo podrá responder cuando la referida acción esté en conexión con el servicio público.

En el caso de que la sentencia penal sea condenatoria pero no concurren los requisitos exigidos del artículo 120.3 o 121 del CP que se acaban de comentar, la jurisprudencia de forma casi unánime entiende que el juez penal no se puede pronunciar respecto de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, absolviéndola de la misma⁴⁴.

3.4 Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 17 julio de 2002

Las diversas interpretaciones posibles del artículo 121 del Código Penal respecto de los actos delictivos cometidos con el arma reglamentaria del funcionario, llevaron al Tribunal Supremo a aprobar un Acuerdo el 17 de julio de 2002 sobre “el artículo 121 del Código Penal y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado”, que se conoce como “Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

En dicho Acuerdo, el Tribunal Supremo ha dispuesto que, aunque en ocasiones se atribuya al Estado dicha responsabilidad, ello no implica que éste hubiese vulnerado las normas que prohíben el acto que se denuncia, si no que lo que se ha vulnerado es la obligación que le incumbe de elección del personal y de vigilancia sobre él; es decir, existió una culpa *in eligendo* o *in vigilando*⁴⁵. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo del 13 de junio de 2016 [RJ 2016/2736], aunque este Acuerdo no tenga carácter jurídicamente vinculante, su poder se encuentra en la jurisprudencia que uniformemente lo respalda.

El Acuerdo comienza afirmando que “*la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (...) se deriva de que aún cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo generado con el hecho de portarla sí es consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad*”. El aserto transcrito se funda en lo que en la actualidad se conoce como “la teoría de la creación del riesgo” aludiendo al que asume el Estado al permitir a los agentes llevar su arma reglamentaria consigo aunque no se encuentren de servicio. El hecho de que la Administración considere necesario organizar la seguridad ciudadana en ese sentido, implica que en ocasiones deba asumir la responsabilidad civil subsidiaria que deriva de la creación de ese riesgo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no aplica de un modo absoluto esta teoría del riesgo, sino que admite excepciones en las que el empleo del arma reglamentaria por parte del agente no atribuye al Estado la responsabilidad subsidiaria y, por tanto, este último va a ser absuelto. Las excepciones hacen referencia a los supuestos en que el

⁴⁴ Cfr. SURRUCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas”, *op. cit.*, pág. 115.

⁴⁵ JAÉN VALLEJO, M.: “Responsabilidad Civil Subsidiaria del Estado. Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 12 de julio de 2002”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 04, 2002, pág. 2.

daño causado por el agente, no se derive del riesgo que ha generado el sistema de organización del servicio de seguridad por permitirles llevar el arma. A modo de ejemplo cabría mencionar “*las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él*”, por considerarse que tales acciones no guardan relación alguna con el desarrollo de sus funciones. Esta excepción no se aplica en los casos en que habiendo causas fundadas que impliquen el retiro del arma al funcionario, la Administración no hubiese ejercido un adecuado control sobre él al no cesar en su permiso.

En sentencias como la del Tribunal Supremo del 5 de julio de 2002 [RJ 2002\7936]⁴⁶, se absuelve al Estado de toda responsabilidad por la muerte que ocasiona un policía nacional, con leve dependencia al alcohol, a su mujer disparándole con el arma reglamentaria en el domicilio conyugal. La decisión de absolver al Estado se adoptó por el Tribunal Supremo fundándose en que el uso del arma reglamentaria no genera *per se* la responsabilidad del Estado, debiendo por tanto excluir aquellos casos en el que su tiene lugar en un ámbito familiar e íntimo. Esta argumentación fue ratificada días después con lo establecido en el Acuerdo a que aludimos cuando se dispone que no dará lugar a la responsabilidad del Estado los supuestos en que el agente “[...] *hace uso del arma que tiene en su domicilio frente a personas de su entorno familiar del mismo modo en que pudiera hacerlo otro ciudadano que también la tuviera, o como podría haber utilizado otro tipo de arma*”.

3.5 Aplicación al caso

Según se advierte, Adriano, cuya profesión era la de Cabo primero de la Guardia Civil, dispara con el arma reglamentaria contra su esposa en el domicilio conyugal.

El desempeño de la profesión de Guardia Civil está regulada principalmente en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante LOCFS). En el artículo 5 de esta ley se recoge un amplio abanico de principios básicos que regulan la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En lo que ahora interesa, se ha de destacar el “principio de responsabilidad”⁴⁷ que hace responsables a los agentes, personal y directamente, de los actos realizados en el desarrollo de su actuación profesional. Sin embargo, en ocasiones, parte de la responsabilidad le corresponde a la Administración Pública. Según hemos visto, la responsabilidad subsidiaria que le puede corresponder al Estado se encuentra regulada en el Código Penal en los preceptos 120.3 y 121. A propósito del caso que examinamos, a consecuencia de que el delito se cometa en el domicilio familiar, el artículo 120.3 CP no sería de aplicación por no cometerse en un establecimiento público del que sea titular la Administración Pública como requiere el precepto. Es, por tanto, el artículo 121 CP el que ha de ser objeto de aplicación e interpretación.

⁴⁶ Cfr. 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.*, pág. 142.

⁴⁷ En concreto, el artículo 5.6 LOCFS establece que “*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 (...), sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que, pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas*”.

En tal sentido, hemos de recordar que dicho precepto exigía la concurrencia de tres requisitos para poder atribuir al Estado la responsabilidad subsidiaria. El primero es el de infracción criminal -en el momento en que presuntamente Adriano dispara de forma intencionada contra su mujer ya genera una conducta delictiva tipificada en el Código Penal como se ha analizado en la cuestión 1-. En segundo lugar está el requisito subjetivo que implica ser “*autoridad, agente y contratados de la misma*”: a pesar de que los miembros de la Guardia Civil tengan carácter militar, la LOCFS y la CE regulan esta figura como subordinada del Gobierno, y, por tanto, en dependencia del Ministerio de Defensa y de Interior, con lo que se cumple este segundo requerimiento. El tercer requisito es el objetivo, que remite a la necesidad de que la actuación delictiva del funcionario fuese en el “*ejercicio de sus cargos o funciones*” y que además la lesión fuese “*una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos*”. Respecto a este último, la jurisprudencia considera que el mero hecho de crear el daño con el arma reglamentaria, ya permite vincular esa actuación con el desarrollo de los servicios públicos, y, por tanto, considerar que es consecuencia directa del mismo⁴⁸. A la vista de lo expuesto, se advierte que se cumplen los tres requisitos, de modo que cabría atribuir al Estado la responsabilidad subsidiaria del delito cometido por Adriano.

Cuestión distinta es que el delito se haya cometido utilizando el arma reglamentaria. La Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, regula en el artículo 25 el uso de dicho arma cuando establece el deber del Guardia de llevarla consigo “*para la prestación del servicio de acuerdo con las normas que regulan su uso*”. En tal sentido, la LOFCS regula en el artículo 5.4 el “*principio de aplicación profesional*” para otorgarles a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad el permiso de portar continuamente el arma reglamentaria con el fin de desarrollar sus funciones, se encuentren o no de servicio, “*en defensa de la seguridad ciudadana*”. La interpretación del contenido del principio se acota de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la LO 11/2007 que dispone que el uso que hagan los agentes de la fuerza debe tener en cuenta “*el respeto a la vida y a la integridad física y moral de la persona*”.

Que la Administración admita portar el arma reglamentaria como modo de organizar la seguridad pública, le convierte en responsable de los riesgos que dicha autorización puede conllevar y que, en ocasiones, termina en consecuencias lesivas. Lo anterior conlleva una mayor responsabilidad por parte de la Administración a la hora de seleccionar y controlar a los agentes que se van a encontrar bajo su servicio. Así, la Administración Pública debe evitar que el riesgo mencionado se materialice en consecuencias lesivas, ya que de no ser así, se podría considerar que ese acto es consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. A estos efectos, con fundamento en el artículo 5.4 LOCFS, se utiliza la “*teoría de la creación de riesgo*” como criterio de imputación de la responsabilidad a la Administración. A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de diciembre de 1993 [RJ 1993/9589] atribuyó al Estado la responsabilidad subsidiaria al señalar que la obligación de portar armas derivada de la obligación de estar de servicio permanente, supone la creación de un peligro prácticamente incontrolable, que está permitido, pero que en caso

⁴⁸ Cfr. 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.*, pág. 137.

de que el funcionario incurra en excesos, no se les pueda desvincular del ámbito de responsabilidad.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la cobertura que otorga la responsabilidad de la Administración no puede ser absoluta. Cuando el agente actúe fuera de sus competencias funcionales cabe que existan dos escenarios posibles: (a) que el agente realice actos, como pedir la identificación, que provocan que deje de actuar como un particular cualquiera para vincularse de nuevo con el servicio público, o (b) que no realice ningún acto que permita conectarlo de nuevo con el ejercicio del servicio público como los cometidos en el ámbito estrictamente familiar, por no ser ni en el ejercicio de sus funciones, ni consecuencia directa del funcionamiento de los servicios⁴⁹. A este respecto, como sabemos, se ha pronunciado el Acuerdo del TS de 2002 al afirmar que el hecho de utilizar el arma reglamentaria no va a generar directamente la responsabilidad civil del Estado, señalando aquellos casos en los que la agresión efectuada con el arma reglamentaria se ejecutan en el propio domicilio del agente.

En el caso que nos atañe, Adriano, prevaleciendo de la posesión del arma reglamentaria que le otorga su cargo de Guardia Civil, dispara a su mujer Agripina en el que todavía era el domicilio conyugal. Es, por tanto, el arma el elemento determinante del desenlace. Como Adriano se trasladó a vivir a casa de sus padres el 20 de noviembre de 2016, cuando cometió el delito -el 7 de septiembre de 2017-, ambos cónyuges ya no se encontraban conviviendo juntos en el domicilio. Este matiz podría poner en duda el cumplimiento de la excepción del Acuerdo respecto al actuar en el “*propio domicilio del agente*” por poderse considerar que no existía ni convivencia, ni domicilio conyugal. Sentencias como la del Tribunal Supremo del 27 de octubre de 2003 [RJ 2003/7323] contemplan esta cuestión al considerar que, al no existir convivencia, no se puede hacer analogía con lo establecido en el Acuerdo, de modo que se debería considerar que los hechos no tuvieron lugar en el domicilio de la pareja y, por tanto, sí son consecuencia del riesgo derivado de la organización del servicio público. Sin embargo, hemos de considerar que, aunque a la fecha de la comisión del hecho no conviviesen juntos, todavía seguía existiendo domicilio conyugal al emplear el propio enunciado ese término. En este sentido se manifestaron sentencias como la del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2016 [RJ 2016/2736] o la de la Audiencia Nacional de 11 de enero de 2017 [JUR 2017/25349] que argumentaron con términos concluyentes que el uso del arma en el ámbito familiar es ajeno a la Administración. Consideran que en esos supuestos se trata de un uso circunstancial que podría hacerse con otro tipo de arma o que cualquier otro ciudadano que también tuviera pistola podría realizar. Que Adriano pudiera haber producido el daño con otro arma ajena a sus competencias funcionales, es posible porque el riesgo se crea en el propio individuo y no en la forma en la que la Administración organiza el servicio.

La responsabilidad subsidiaria del Estado que atribuíamos anteriormente por el cumplimiento de los tres requisitos del artículo 121 CP, ha de negarse, en base a lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, por realizarse la acción delictiva en

⁴⁹ Cfr. SURRUCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas”, *op. cit.*, pág. 131.

el domicilio conyugal; esto es, un ámbito ajeno al control de la Administración y excluido del Acuerdo del año 2002.

Junto con lo anterior, ha de repararse también en que durante los meses de diciembre de 2016 y julio de 2017 a Adriano se le retiró el arma por estar de baja laboral. Esto implica que, después de considerar que actúa bajo la excepción del ámbito privado, ha de analizarse si el caso se podría encuadrar en la limitación del último párrafo del Acuerdo en que *“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 adecuadas para su posesión”*. En la fecha de la comisión del delito -el 7 de septiembre de 2017-, Adriano ya se encontraba reincorporado en su puesto. Según los datos de que disponemos, junto a la alta médica no se han incorporado informes que acrediten la necesidad de seguir realizándole un seguimiento médico. Tampoco existen datos debidamente acreditados de que carecía de las condiciones requeridas para la posesión del arma reglamentaria. En atención al principio de “dedicación profesional” del artículo 5.4 LOCFS y al no existir orden que lo impida, Adriano efectivamente podía llevar consigo el arma reglamentaria y no se encontraba dentro de la limitación del Acuerdo.

Finalmente, en el caso que se examina no se hace mención expresa sobre si la devolución del arma se hizo de manera acorde con la obligación de la Orden General núm. 11 de 18 de septiembre de 2007, que indica que son los Servicios de Asistencia Sanitaria de la Guardia Civil los que deben asesorar al Jefe de la Unidad sobre la devolución del armamento si la baja es de origen psiquiátrico. En el caso de que el médico no fuera de ese servicio, se le deberá informar en el plazo de 72 horas, y en todo caso deben ser informados los Servicios de Psicología de su unidad⁵⁰. Como consecuencia de que el caso sólo haga mención al dato de que el médico no consideró la necesidad de un seguimiento psíquico, consideramos que fue el Servicio de Asistencia quien autorizó la devolución, y que Adriano se encuentra correctamente en servicio activo y sin limitación sobre el arma.

3.6 Conclusiones

El Estado no tendría que ser responsable subsidiario por el mero hecho de que Adriano haya actuado prevaleciéndose del arma reglamentaria que portaba para el desarrollo de sus funciones de Guardia Civil. Como consecuencia de haber actuado en un ámbito privado, como es el domicilio conyugal, y al no existir indicios que acrediten que el culpable tenía que seguir siendo objetivo de estudio psicológico por la baja laboral que había presentando previamente, la comisión del delito está fuera del control de la Administración y, por tanto, no se puede culpar a ésta de la acción ejercida por un funcionario a su servicio. En todo caso se debería condenar a Adriano, pero no a la Dirección General de la Guardia Civil en representación del Estado como responsable subsidiario de este delito.

⁵⁰ Cfr. arts. 3.1.2; 3.1.3 y 3.5 de la Orden General número 11, dada en Madrid, a 18 de septiembre de 2007 sobre *“Bajas para el servicio por motivos de salud”*.

4. 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 de la Guardia Civil.

4.1 Legislaciones sobre el Derecho penitenciario

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP) y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante RP), consideran que toda finalidad de la actividad penitenciaria se enfoca hacia el fin primordial de reeducar y reinserir socialmente a los sujetos condenados a penas y medidas penales privativas de libertad. El código penitenciario establece que la base fundamental para lograr la resocialización de los presos no se consigue sólo con el trabajo, sino que es vital compaginarlo con la educación, a fin de aprovechar al máximo sus capacidades y destrezas. Es conveniente conseguir orientar en todo momento al interno hacia la búsqueda de un sentido de vida para cuando salga del centro⁵¹. En este sentido se pronuncia el auto de la Audiencia Provincial de Baleares 10 de diciembre de 2014 [JUR 2014/287919] al establecer que “la finalidad del internamiento en un Centro Penitenciario no tiene solo un carácter punitivo y retributivo de la acción delictiva, sino que, como ya hemos señalado, debe perseguir con carácter preferente la reinserción y rehabilitación”.

Esta finalidad se ve completada con otras secundarias como retener y custodiar a los mismos, o prestarles asistencia social tanto a ellos como a liberados o familiares (art. 2 RP y art. 1 LOGP).

4.2 Establecimiento penitenciario

El interno va a cumplir la pena privativa de libertad en una institución penitenciaria apta para lograr el fin reeducativo y resocializador establecido en las legislaciones anteriormente mencionadas. En efecto, el establecimiento penitenciario va a ser el lugar donde se desarrolle la actividad penitenciaria. Será la Administración penitenciaria la que se encargue de asegurar que los establecimientos cuenten con todos los medios necesarios para conseguir que finalmente se puedan cumplir esos fines (art. 14 LOGP). Determinar la ubicación de los establecimientos penitenciarios dentro del área territorial también va a ser otra de sus funciones, y deberá ubicarlos de forma que cada área territorial cuente con un número suficiente de centros para satisfacer las necesidades penitenciarias (art. 12 LOGP).

⁵¹ Cfr. RUIZ VARGAS, M.A.: “El problema de “sentido” en los centros de reclusión”, en *Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 16, 2007, pág. 1.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del RP se entiende por establecimiento “*aquella entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia*” formada por “*unidades, módulos y departamentos que faciliten la distribución y separación de los internos*” destinada a la retención y custodia de los presos.

No va a haber un único modelo de establecimiento penitenciario, si no que la LOGP va a identificar tres tipos diferentes: el establecimiento preventivo, el de cumplimiento de penas y el especial. Respecto al preventivo -artículo 8 LOGP-, es un tipo de centro destinado a la retención y custodia de detenidos y presos, además de centros de cumplimiento de penas privativas de libertad en el caso de no que no exceda de 6 meses el tiempo de internamiento pendiente. El establecimiento de cumplimiento de penas -artículos 9 y 10 LOGP-, es un centro destinado a la ejecución de penas privativas de libertad. Dentro del establecimiento se va a proceder a una separación de los internos por causas objetivas como el sexo o la edad. El régimen aplicable en estos establecimientos puede ser el ordinario, abiertos o cerrado. Por último, el establecimiento especial -regulado en el artículo 11 LOGP-, es un centro caracterizado por el carácter asistencial. Pueden ser centros hospitalarios, centros psiquiátricos o centros de rehabilitación social.

Hay que tener en cuenta que dentro del establecimiento penitenciario ordinario, va a haber ocasiones que, en atención a la cualidad del interno, estos pueden ir destinados a zonas separadas del resto de detenidos. Entre estos supuestos se encuentran los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los casos en los que no sean juzgados por la jurisdicción militar. A este respecto, nos vamos a remitir más adelante cuando analicemos el caso concreto del Guardia Civil.

4.3 Tratamiento, clasificación, régimen, separación y centro de destino

Independientemente de cuál sea el centro de destino en el que se realiza el ingreso, es imprescindible realizar una secuencia de etapas que permitan adaptarse a las circunstancias del interno para lograr el cumplimiento de los fines de la actividad penitenciaria.

4.3.1 Tratamiento penitenciario

Es la idea nuclear dentro de la nueva configuración de la prisión y busca mediar hacia la reeducación y reinserción social de los presos. Autores como Manzanares Samaniego, consideran que no es más que “todo esfuerzo para contrarrestar la desocialización que acecha en todo encarcelamiento”⁵².

El tratamiento penitenciario se define en el artículo 59 LOGP como ese “*conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados*” para “*hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley Penal*”. Esta misión se consolidó con la entrada en

⁵² Cfr. FERNANDEZ BERMEJO, D.: “*Libro derecho penitenciario*”. Madrid: Ediciones CEF, 2016, pág. 225.

vigor del Reglamento Penitenciario que dispuso, en la exposición de motivos, que el empleo del tratamiento penitenciario es vital para evitar que la estancia de los internos en el centro penitenciario termine por ser un tiempo ocioso y perdido. En este sentido, dispone que el tratamiento sea “*el potencial más innovador*” que la Administración puede emplear para preparar a los internos hacia la vida en libertad.

Hasta que la pena de privación de libertad empezó a cumplir los fines de readaptación social o reforma, no se le pudo atribuir al tratamiento penitenciario la orientación que se le atribuye actualmente. La metodología que emplea, puede ser realizada dentro o fuera de los centros penitenciarios y abarca un amplio abanico de actividades de todo tipo en las que se fomenta la participación del propio interno. Independientemente de cuál sea tipo de actividad que se realice, es imprescindible que contribuya al desarrollo de la personalidad interno.

Con fundamento en el artículo 60 LOGP, el tratamiento penitenciario se inspira en la individualización científica del penado al señalar que los servicios encargados se van a esforzar por conocer “*todas las peculiaridades de la personalidad y el ambiente del penado*”, con el fin de evitar que sean un obstáculo en la consecución de su finalidad. Autores como Garrido Guzmán consolidan el aserto anterior, al definir el tratamiento como el trabajo en equipo que ejercen individualmente sobre el delincuente los especialistas⁵³. Fernández Bermejo considera que para llevar a cabo una correcta aplicación del tratamiento debe haber tres etapas. En la previa se tiene en cuenta los aspectos procesales, penales, penitenciarios, criminológicos, médicos, psicológicos, pedagógicos, sociológicos y conductuales. Tras realizar un exhaustivo análisis de estos criterios se le va a asignar a cada penado un grado de tratamiento. Finaliza la fase previa, es el momento de observar si el penado ha aceptado o rechazado el tratamiento y en su caso, de emprender su desarrollo. Finalmente, cuando haya concluido la fase intermedia, se entra en la fase final de ejecución donde se va a abordar la actividad dirigida a la reeducación y reinserción social⁵⁴. De lo anterior se deriva que para que el tratamiento sea efectivo, es necesario que se coordine con las otras fases. En este sentido, para individualizar el tratamiento del penado, hay que realizar previamente una observación, clasificación y destinarlo posteriormente al establecimiento que cuente con el régimen adecuado. Esta idea es considerada por autores como Herrero Herrero que aseguran que “sin una observación adecuada, una clasificación idónea y un destino apropiado, no sería factible un tratamiento eficaz”.

4.3.2 Clasificación

La clasificación penitenciaria es la base propia para la aplicación del tratamiento. Esta idea se manifiesta en el artículo 63 LOGP cuando dispone que una vez observado a cada penado, va a ser imprescindible realizar una correcta clasificación que los destine al establecimiento penitenciario con el régimen adecuado a su tratamiento. Está formada por distintos grados -distribución de los penados en base a criterios subjetivos relacionados con la personalidad-, los cuales permiten ejecutar de forma efectiva las penas privativas de libertad según la individualización científica (Art. 72 LOGP).

⁵³ Cfr. RUIZ VARGAS, M.A.: “El problema de “sentido” en los centros de reclusión”, *op. cit.*, pág. 2.

⁵⁴ Cfr. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: “*Libro derecho penitenciario*”, *op. cit.*, pág. 226.

La clasificación penitenciaria se regula en los artículos 100-109 del Reglamento Penitenciario. De acuerdo a estos artículos, va a ser la Junta de Tratamiento la que en función del estudio científico de la personalidad del penado -ponderando entre datos identificativos como datos penales, trayectoria penitenciaria, intervención penitenciaria como su conducta o pronóstico de reincidencia-, proponga el grado que debe ser aplicado al sujeto en cuestión⁵⁵. La clasificación incide directamente en la situación jurídica-penitenciaria del interno, como consecuencia del régimen de vida y limitaciones de derechos que lleva atribuido cada grado. De esto se deriva que los grados conllevan una evolución correlativa, avanzando desde medidas de control y seguridad más estrictas hacia las que menos.

En el *primer grado* van a estar los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas de convivencia en el régimen ordinario y abierto, una vez ponderada la concurrencia de factores del artículo 102.5 RP. Según Bueno Arús, la peligrosidad se puede evaluar criminológicamente o penitenciariamente en función del riesgo de reincidencia delictiva o de alteración del orden y seguridad del establecimiento⁵⁶. En el *segundo grado* se van a destinar a los penados con circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, aunque no plenas para vivir en semilibertad. Suele ser el punto de partida, se corresponde con el preso que sin poder salir, entra dentro de la normalidad por no presentar características de peligrosidad. Por último, el *tercer grado* consta de los internos que presenta circunstancias personales y penitenciarias que lo capacitan para llevar un régimen de vida en semilibertad. Aunque no sea lo habitual, si de la observación y clasificación resulta estar en condiciones, el artículo 72.3 LOGP permite situarlo directamente en este grado sin necesidad de pasar por los grados que lo preceden. El artículo 104 RP dispone que en el caso especial de los penados enfermos de gravedad, se permita clasificarlos en este grado por razones humanitarias y de dignidad.

Con la finalidad de hacer un sistema más flexible, el artículo 100.2 RP permite que el Equipo Técnico, si así lo considere oportuno, pueda proponer a la Junta de Tratamiento que se adopte un modelo que combine aspectos característicos de los diferentes grados. El Centro Directivo es quien dicta finalmente de forma escrita y motivada la propuesta razonada que realice la Junta de tratamiento sobre el grado inicial de clasificación y de destino. En último lugar se le va a notificar al interno que podrá recurrir en caso de no estar conforme. El grado que se le atribuya al interno no va ser definitivo, como dispone el artículo 72.4 LOGP "*en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión*". La progresión en el tratamiento y en los grados se realizará en función de la conducta global del interno, implicando cada vez más libertad al revertir sobre él más confianza acompañado de una mayor atribución de responsabilidades (art. 65 LOGP).

4.3.3 Régimen

El régimen penitenciario es el encargo de proporcionar, a través de normas de convivencia, el ambiente necesario dentro del Establecimiento. En este sentido, se

⁵⁵ Cfr. Instrucción 9/2007 sobre clasificación y destino de penados.

⁵⁶ Cfr. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "*Libro derecho penitenciario*", *op. cit.*, pág. 208.

entiende que es ese conjunto de normas que persiguen una convivencia ordenada y el ambiente idóneo para el éxito del tratamiento⁵⁷. En función del grado que se atribuya al preso se le va a aplicar uno de los tres regímenes disponibles. Aunque las actividades del tratamiento y del régimen penitenciario sean diferentes por el principio de especialización, ambas tienen que mantener una adecuada coordinación para conseguir el fin de reeducación y reinserción (art.73 RP). En función del grado que se atribuya se va a aplicar uno de los tres regímenes disponibles.

Al *régimen cerrado* -regulado del artículo 89 al 95 del RP-, se destinarán los clasificados en primer grado por ser extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los otros regímenes, y a los preventivos en los que concurren las mismas circunstancias que los de primer grado. Destaca por la extrema limitación de las actividades en común, con mayor control y vigilancia. Dentro del régimen cerrado hay que distinguir entre los que se llevan a cabo en centros o módulos de régimen cerrado -internos inadaptados a los regímenes comunes- y los que se realizan en departamentos especiales ubicados en centros de regímenes comunes pero separados del resto de la población -protagonistas de alteraciones graves que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, internos...etc, o evidencien una peligrosidad extrema-. Al *régimen ordinario* -desde el artículo 76 al 79 del RP-, se destinarán los clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos. Es un régimen caracterizado por los principios de seguridad, orden y disciplina con miras al logro de la convivencia ordenada. El trabajo y la formación tienen la consideración de actividad básica en la vida del centro. Finalmente, el régimen al que se destinan los clasificados en tercer grado y que permite mayores ventajas es el *régimen abierto* regulado del artículo 80 al 88 RP. Esta modalidad tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los internos. Para ello se busca conseguir una convivencia normal con tareas de apoyo y de asesoramiento y ausencia de controles rígidos. Los establecimientos de este régimen pueden ser centros abiertos o de inserción social, secciones abiertas o unidades dependientes. Va a ser la ejecución del programa individualizado de tratamiento el que va a determinar a cual se va a destinar finalmente dentro de las opciones que presenta el régimen abierto.

4.3.4 Separación y centro de destino.

Determinar el centro de destino es una pieza clave en la consecución del programa individualizado de tratamiento. Es imprescindible destinar al penado en un establecimiento que cuente con el régimen penitenciario adecuado al tratamiento que se le vaya a aplicar. Una vez que se determine el centro de destino, se procede a decretar la ubicación dentro del mismo. La distribución de los presos que lleva implícita el grado -separación en base a criterios subjetivos relacionados con la personalidad- debe procurar respetar el criterio que se haya tomado al realizar la separación del delincuente tras el ingreso -separación en base a causas objetivos- con el fin homogeneizar las condiciones⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. MESA GARCÍA, J.: *Clasificación y tratamiento de los internos, Régimen Penitenciario*. 2016. [Ponencia].

⁵⁸ Cfr. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: “*Libro derecho penitenciario*”, *op. cit.*, pág. 209.

Por razones de seguridad, y con el objetivo de evitar la influencia negativa de unos internos sobre otros, el artículo 16 LOGP exige que se proceda a una completa separación en base al “*sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental*”. El correlativo de este precepto en el Reglamento Penitenciario -artículo 99- señala en el segundo apartado que la separación de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en un Establecimiento penitenciario común se regirá según lo dispuesto en la legislación correspondiente. En este sentido, la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante LOCFS) dispone en el artículo 8.2 que se les destinará a “*un establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de detenidos o presos*”.

De acuerdo con el artículo 289.9 RP, la separación inicial es una competencia administrativa del Director del centro penitenciario que deberá realizar “*teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias de cada uno*”.

4.4 Cuestiones penitenciarias respecto al Guardia Civil

El cuerpo de la Guardia Civil pertenece al Instituto Armado de naturaleza militar aunque forme parte de las Fuerzas de Seguridad y no de las Fuerzas Armadas. La LOFCS -artículo 9.b- les atribuye una doble dependencia, por un lado del Ministro de Defensa por las misiones de carácter militar, y por otro del Ministro de Interior por el desempeño de las funciones que le atribuya la LOFCS generalmente en el marco de la seguridad ciudadana. En relación al Ministerio de Interior, es la Dirección General de la Guardia Civil, integrante de la Secretaría de Estado de Seguridad, la encargada de la ordenación, cooperación y ejecución de las misiones de policía de seguridad de dicho cuerpo⁵⁹.

En términos generales, como consecuencia de su naturaleza militar, el régimen de los cuerpos de la Guardia Civil se encuentra regulado en la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (en adelante CPM). El artículo 1 del CPM señala que las disposiciones contenidas en el Código se iban a aplicar a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en circunstancias concretas:

- a) En tiempo de conflicto armado.
- b) Durante la vigencia del estado de sitio.
- c) En el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se les encomienden.
- d) Mientras se encuentren integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas.
- e) Además, en el caso de que el agente incurra en acción u omisión constitutivo del delito militar previsto en el Título II del Libro Segundo del Código -“delitos contra la disciplina”-, también va a ser juzgado por la legislación militar.

Con fundamento en este precepto, se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el auto de 22 de septiembre de 2009 [RJ 2009\6249] o la sentencia de 12 de febrero de 2015 [RJ 2015\1384] cuando disponen que el criterio definitivo que va a delimitar en qué casos se va a aplicar el CPM a la figura del Guardia Civil, va a ser la naturaleza castrense o policial del bien jurídico lesionado o si la conducta ha afectado a bienes protegidos por el carácter militar como la organización, disciplina o jerarquía

⁵⁹ Cfr. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, A.J.: “Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana”, 1997, pág. 95.

independiente de que haya ocurrido en el ejercicio de las funciones de naturaleza policial.

El régimen penal de los miembros de la Guardia Civil se regula en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil (en adelante LORDGC), que aunque asume el criterio contenido en el CPM, excluye su aplicación cuando la actitud constitutiva de delito se ejecute en el cumplimiento de funciones de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades o de garantizar la seguridad ciudadana⁶⁰. No va a ser de aplicación lo dispuesto en el aserto anterior cuando la acción ejercitada se realice “*en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares*”. A modo de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2009 [RJ 2009/4663], señala que esta postura se adopta para igualar el trato entre el Guardia Civil y el resto de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que realizan las mismas funciones de seguridad ciudadana.

En un primer momento mientras que se esté a la espera de resolución firme y Adriano siga siendo miembro de la Guardia Civil, cumplirá prisión preventiva en un centro penitenciario castrense conforme a lo establecido en el artículo 219 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Una vez que la sentencia sea firme y sea expulsado, será trasladado a una prisión civil. Como ya sabemos, tras el ingreso a prisión de un penado se debe proceder a una separación inmediata regulada en el artículo 16 LOGP y 99 RP. En el supuesto de condenar a Adriano, por ser miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para determinar su separación el artículo 99.2 RP remite a la legislación correspondiente de esta figura. Ante esto, acabamos de ver que el Guardia Civil se puede regular por el Código Penal Militar o por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Respecto del momento en que Adriano realizó el hecho delictivo, el caso no hace mención expresa de la concurrencia de alguna de las cuatro circunstancias previstas en el artículo 1 CPM -tiempo de conflicto armado, durante la vigencia del estado de sitio, cumplimiento de misiones de carácter militar que se les encomienden o mientras estén integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas -, ni tampoco fue una acción contemplada dentro de los delitos contra la disciplina. *A sensu contrario*, Adriano dejaría de regirse por el CPM para proceder a juzgarse en atención a la LOFCS. En este sentido, el artículo 8 de esta última ley dispone que sea la jurisdicción ordinaria la competente para conocer del delito, debiendo cumplir la pena en un *establecimiento penitenciario ordinario con separación del resto de detenidos o presos*. De acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2 CPM, el Guardia Civil también va a cumplir la pena privativa de libertad en un establecimiento penitenciario ordinario con separación del resto de penados, cuando sean condenados por la realización de un delito común que le conlleve la baja en la Guardia Civil⁶¹.

En atención al principio de “igualdad ante la ley” recogido en la CE, los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben responder igual que el resto de ciudadanos en

⁶⁰ *Cfr.* La disposición adicional cuarta del LORDGC establece que el CPM queda modificado con la inclusión del artículo 7 bis.

⁶¹ El delito común es aquel que puede ser realizado por cualquier persona sin requerir condición natural o jurídica al causante.

la comisión del delito, aunque posteriormente el legislador tome las medidas de separación correspondientes para no compartir el mismo patio como es el caso. La distinción que realiza respecto a unos internos y otros se debe, con fundamento en el Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la UE de 22 octubre de 1998, a que el perfil que presentan los miembros de FFSS es muy distinto al que presenta el interno común europeo⁶².

En ocasiones, la separación se ve reforzada por la inclusión en una de las cinco categorías del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (en adelante FIES). Carou García define el FIES como “una base de datos creada por la necesidad de disponer de una amplia información sobre determinados grupos de internos de alta peligrosidad, o bien necesitados de protección especial”. El recorrido histórico de este fichero empezó en 1989 cuando la Administración Penitenciaria activó un programa especial de seguimiento y control a los internos que estaban vinculados a las bandas armadas. Posteriormente se introdujo la I 08/1995 que articuló el fichero entorno a 5 grupos, en el que todos los grupos, menos el FIES-4 -destinado a los miembros pertenecientes o que habían pertenecido a las Fuerzas de Seguridad del Estado-, compartían como característica común el ser considerados sujetos inmersos en formas de criminalidad altamente desestabilizadoras. El FIES se reformularía en dos ocasiones más hasta la última en 2011, que sería la I 12/2011. Esta última otorgaría una nueva visión en la definición de FIES orientándola hacia la que se conoce actualmente⁶³. La finalidad de agrupar a personas en relación a un FIES es poseer un fichero administrativo como base de datos que recopila una amplia gama de información respecto a cada uno, que permita conseguir un mayor control y según la instrucción 12/11, de 29 de julio de 2011 que permita “*conocer sus intervenciones y una adecuada gestión regimental (...) con el objeto de prevenir incidentes en los centros*”⁶⁴.

Adriano no sólo va a estar separado del resto de internos dentro del establecimiento penitenciario ordinario, sino que va a estar agrupado junto al resto de miembros de las FFSS en el fichero de FIES-4 de “Las Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de IIPP”. La separación de este colectivo se funda en la necesidad de ver protegida su seguridad e integridad física conforme al artículo 8 LOCFS. A diferencia del resto de reclusos del FIES, la agrupación entorno a este grupo se hace con una finalidad eminentemente protectora de la vida e integridad física.

⁶² Cfr. SERRANO PATIÑO, J.V.: “La prisión de los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado”, en *Revista de derecho UNED*, núm 18, 2016, pág. 320 en El Informe sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998, señala: “Las cárceles están llenas de hombres y mujeres con ingresos a menudo muy inferiores a los fijados por el umbral de pobreza, analfabetos o con poca instrucción, sin empleo estable, sin referencias morales o cívicas, que han perdido los vínculos familiares o afectivos y que, a menudo, incluso antes de convertirse en delincuentes, son ya víctimas de la delincuencia. Una aplastante mayoría (noventa y cinco por ciento) de los presos presenta, al menos tres de los cinco criterios citados anteriormente”.

⁶³ Cfr. CAROU GARCÍA, S.: *El régimen penitenciario cerrado. Análisis de la regulación del régimen cerrado en el ordenamiento jurídico español a la luz de los principios básicos que deben informar el Derecho Penitenciario, recogidos en la Constitución y en la Ley Orgánica General Penitenciaria*. 2015.

⁶⁴ Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C.: “Los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES). Análisis de la normativa reguladora, fundamentos de su ilegalidad y exclusión del ordenamiento jurídico”, pág 2.

Con base al artículo 12.1 LOGP, que busca ubicar los establecimientos penitenciarios de forma que puedan satisfacer las necesidades penitenciarias, se entiende que el preso va a cumplir la pena en el lugar más próximo a su domicilio. Adriano cumpliría la pena en el centro penitenciario más próximo, pero teniendo en cuenta que en 2016 sólo había cinco centros penitenciarios que contaban con módulos para FIES-4, y se encontraban en Estremera (Madrid), Mairena del Alcor (Sevilla), Albocasser (Castellón), La Roca del Vallés (Barcelona), Logroño y Monterroso (Lugo).

En relación al tratamiento penitenciario que va a recibir Adriano en el centro, es probable que le apliquen el que hay disponible para los condenados por violencia grave contra la pareja -Programa de Intervención con Agresores (PRIA)-. Este tratamiento es de carácter cognitivo-conductual y está compuesto de sesiones con formato grupal, que buscan abarcar los déficits conductuales y cognitivos relacionados con la violencia de género⁶⁵. Para conseguir que el tratamiento sea efectivo, tras el correspondiente proceso de individualización científica, es probable que le asignen a Adriano el segundo grado con su oportuno régimen ordinario. Esta decisión se toma tras ponderar los factores del artículo 102.5 RP y no existir datos acreditativos de peligrosidad extrema que permitan atribuirle un primer grado. Así como tampoco se podrá atribuir un tercer grado, por no estar preparado de primeras para vivir en semilibertad por el carácter de los delitos atribuible. Aunque como ya sabemos, va a ser la Junta de Tratamiento la encargada de realizar la proposición del grado.

4.5 Conclusiones

El cargo de Guardia Civil que ostenta Adriano, implica que por su naturaleza militar sea regulado por el Código Penal Militar, y por la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad por las funciones relacionadas con la seguridad ciudadana. En caso de ser condenado, el artículo 99 RP va a derivar a la legislación correspondiente de los Miembros de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado la decisión sobre la separación interior. Al no cometer el hecho contemplado en ninguna de las circunstancias mencionadas en el CPM, se va a determinar la separación en relación a la LOCFS. Este precepto establece que Adriano será destinado a un establecimiento penitenciario ordinario con separación del resto de presos. Con la finalidad de proteger la vida e integridad física de este grupo de interno, por otro lado va a ser agrupado en una de las cinco categorías del FIES, en concreto en el FIES-4 de “Las Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de IIPP. Finalmente, por el tipo de delito presuntamente cometido y en el caso de estar disponible, se le aplicará un tratamiento aplicable a los que hayan causado violencia grave sobre la mujer -tratamiento PRIA- en un régimen ordinario por presentar circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia.

⁶⁵ Cfr. ECHEBURÚA, E y FERNÁNDEZ-MONTALVO, J.: “Evaluación de un programa de tratamiento en prisión de hombres condenados por violencia grave contra la pareja, en *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*, Vol. 9, núm.. 1, 2009, pág. 12.

5. Conclusiones finales.

Con los datos aportados se conoce que Adriano ejercía como Cabo primero de la Guardia Civil. Aunque esta figura pertenezca a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, también va a presentar un carácter militar por competir al Instituto Armado de naturaleza militar. En este sentido, el propio Código Penal Militar dispone en su artículo 1, que sólo se va a proceder a su aplicación en los supuestos tasados en el mismo. En el caso que nos concierne, no se dispone de datos que permitan considerar que en el momento en el que Adriano cometió el hecho se encontrase en una de las cuatro circunstancias recogidas, y por supuesto no tiene cabida dentro de los delitos contra la disciplina, por ser cometido contra su mujer.

De lo anterior se deriva que Adriano iba a ser juzgado conforme el Código Penal y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Partiendo de esta premisa, hemos juzgado las conductas llevadas a cabo por Adriano. Tras recibir en diciembre una carta certificada con la solicitud de divorcio, Adriano se dispuso a realizar una retahíla de conductas dirigidas, en primer lugar, a retomar la relación, y en un momento posterior, a controlar todo lo que su mujer hacía. Las conductas ejecutadas por este encajan en las expuestas en el delito de acoso, sin embargo, no hay indicios que permitan considerar que Agripina -su mujer-, ha visto como consecuencia de las mismas alterado gravemente el desarrollo de su vida cotidiana. Sin embargo, Adriano podría ser condenado por un delito de coacciones -concretamente, con el tipo específico del artículo 172.2 CP por ser en un ámbito de violencia de género- al considerar que, sin estar legitimado, impone de forma consciente y violenta su deseo de retomar la relación, en contra de la voluntad de la afectada. En este sentido, ella ve coartada su libertad al sufrir constantemente intromisiones por parte de su marido. Tras el asiduo rechazo que Agripina mostraba -llegando a bloquearle-, él se pone en contacto con la madre de la víctima para acudir al domicilio conyugal.

Llegado ese momento, mientras ella estaba de espaldas con la hija de ambos, sin mediar palabra, Adriano alevosamente disparó dos tiros con el arma reglamentaria, sin dar margen a que ella se pudiese defender. Teniendo en cuenta los conocimientos que le otorga su profesión podemos apreciar la concurrencia del ánimo de matar, al emplear un medio potencialmente apto para producir el resultado -como es la pistola-, y al disparar hacia una zona del cuerpo donde se encuentran órganos vitales. Sin embargo, tras realizar los disparos llama inmediatamente a emergencias, transformando su dolo claramente homicida para proceder a auxiliar a su mujer. Teniendo en cuenta, que la no consecución de la acción típica se ha debido a que Adriano, aun siendo factible la ejecución, la ha interrumpido voluntariamente y ha desplegado acciones para que un tercero neutralice el riesgo creado, quedará exento de la responsabilidad penal por el delito de asesinato -artículo 16.2 CP-. No obstante, no quedará exento de la responsabilidad ya generada por causarle a su mujer lesiones graves con los actos que había ejecutado. Con fundamento en esto, Adriano sería juzgado por un delito de

lesiones del artículo 148.2 CP por la cualidad de la víctima, con la agravante de alevosía. Aunque en una de las llamadas hiciese el amago de confesarle a un compañero de la Guardia Civil lo ocurrido, no se puede considerar suficiente para apreciar la atenuante de confesión al limitarse a decir que había hecho una tontería sin contar sustancialmente lo que había hecho.

Adriano va a tener que reparar el daño que haya causado por la responsabilidad en la que ha incurrido con el acto cometido sobre un sujeto que no tiene el deber jurídico de soportar. Sin embargo, en ocasiones, esta responsabilidad es compartida con la Administración Pública que debe responder de forma subsidiaria. El hecho de que los disparos se realizasen con el arma reglamentaria que disponía por su profesión, hace necesario plantearse si la Administración debe responder por el daño causado por el agente, al permitirle portar el arma como modo de organizar la seguridad pública. Aunque el acto tenga cabida en los elementos de la responsabilidad subsidiaria -artículo 121 CP-, no se puede hacer responsable a la Administración por los hechos cometidos en un ámbito ajeno a su control, como es el que se realiza en un entorno estrictamente familiar. Cuestión distinta es si la Administración hubiese tenido la obligación de ejercer un estricto control sobre Adriano, por haber estado meses anteriores de baja laboral y habérsele retirado el arma. Sin embargo, no hay datos que acrediten tal necesidad, y por tanto no se le podrá atribuir subsidiariamente la responsabilidad a la Administración.

Determinadas estas cuestiones, es importante conocer a que establecimiento penitenciario iría destinado en caso de ser juzgado como culpable. Mientras la resolución no sea firme, Adriano seguirá siendo miembro de la Guardia Civil y cumplirá prisión preventiva en un centro penitenciario castrense. Una vez que sea firme y sea expulsado del cargo, se trasladará a una prisión civil donde el Reglamento Penitenciario determina que en caso de que el interno sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la separación se realizará conforme a su legislación correspondiente. Como hemos considerado previamente, Adriano en este caso no se juzgaría con el Código Penal Militar, sino que sería conforme a la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esta última, en su artículo 8, considera que la jurisdicción competente para juzgar al Guardia Civil será la ordinaria, e irá a un establecimiento penitenciario ordinario separado del resto de detenido o presos. Esta decisión, se fundamenta en la consideración de que el perfil que presentan es muy distinto al que presenta un interno común europeo. La premisa es tal, que se le incluye en una de las cinco categorías del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES), concretamente en el FIES-4 destinado a los miembros pertenecientes o que habían pertenecido a las Fuerzas de Seguridad del Estado, por la necesidad de ver protegida su seguridad e integridad física. El establecimiento al que se le destine, debe ser el apropiado para cumplir con el tratamiento que se le vaya a aplicar, y en este sentido, es probable que si está disponible se le atribuya el que hay en relación a los condenados por violencia de género (PRIA). La efectividad del tratamiento no sólo va a depender de que se le destine a un establecimiento penitenciario que lo satisfaga, sino que requiere que se realice una correcta clasificación del penado. Por tanto, por el tipo de delito cometido, y por mostrar Adriano circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia y no de peligrosidad extrema, lo común sería clasificarlo en segundo grado en un régimen ordinario.

Bibliografía.

- Abogacía Española*. [Consulta: 26 mayo 2018]. Disponible en: <http://cort.as/-6VzT>
- ALONSO PÉREZ, F., PRIETO ANDRÉS, E. y CARRIÓN GUILLÉN, L. G.: *Manual de Derecho penal para Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. 2ª Edición. Madrid: Dykinson, 2001.
- CAROU GARCÍA, S.: *El régimen penitenciario cerrado. Análisis de la regulación del régimen cerrado en el ordenamiento jurídico español a la luz de los principios básicos que deben informar el Derecho Penitenciario, recogidos en la Constitución y en la Ley Orgánica General Penitenciaria*. 2015. [Tesis de doctoramiento].
- ECHEBURÚA, E y FERNÁNDEZ-MONTALVO, J.: “Evaluación de un programa de tratamiento en prisión de hombres condenados por violencia grave contra la pareja, en *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*, Vol. 9, núm. 1, 2009.
- El derecho*. [Consulta: 16 mayo 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2IBAJr3>
- Enciclopedia jurídica*. [Consulta: 18 abril 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2kdJ5dS>
- FERNANDEZ BERMEJO, D.: *Libro Derecho penitenciario*. Madrid: Ediciones CEF, 2016.
- Guías Jurídicas. Wolters Kluwer*. [Consulta: 10 abril 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2IBNbuX>
- JAÉN VALLEJO, M.: “Responsabilidad Civil Subsidiaria del Estado. Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 12 de julio de 2002”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 04, 2002.
- LÓPEZ MARTÍN, A.: “Historia de la violencia de género”, en *Revista de Derecho Actual*, Vol. III, 2016.
- MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de acciones penales”, en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, pp. 199-244.
- MESA GARCÍA, J.: *Clasificación y tratamiento de los internos, Régimen Penitenciario*. 2016. [Ponencia].
- MORENO CUERVA, L. P.: *La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación*. 2017.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal parte general*. 6º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 7ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- RAMON RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual” en *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXIII, 2013, pp. 401-464.
- RONDÓN PEREYRA, U. *Mediación y violencia de género*. 2015. [Tesis doctoral].

- RUIZ VARGAS, M.A.: “El problema de “sentido” en los centros de reclusión”, en *Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, núm.16, 2007.
- SERRANO PATIÑO, J.V.: “La prisión de los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado”, en *Revista de derecho UNED*, núm. 18, 2016.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho Penal parte general*. 7ª Edición. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2017.
- SURROCA COSTA, A.: “La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”, en *Revista catalana de Dret públic*, núm. 52, 2016, pp. 129-147.
- SURROCA COSTA, A. “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. I, 2016, pp. 99-150.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, A.J. *Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*. Coruña: Edición Ara Solis Producciones Culturais, 1997.
- VIVES ANTÓN, T.S., et al.: *Derecho penal parte especial*. 5ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

NORMATIVA

- Constitución Española, de 1978.
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011.
- Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa.
- Ley de 20 de julio de 1957 sobre régimen jurídico de la Administración del Estado.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.
- Ley Orgánica 12/2007, de 22 octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Apéndice jurisprudencial.

Tribunal Supremo

STS de 18 de mayo de 1990 [RJ 1990/4146].
 STS de 13 de abril de 1992 [RJ 1992/3043].
 STS de 21 de diciembre de 1993 [RJ 1993/9589].
 STS de 5 de julio de 2002 [RJ 2002/7936].
 STS de 27 de octubre de 2003 [RJ 2003/7323].
 STS de 14 de febrero de 2006 [RJ 2006/3334].
 STS de 29 de octubre de 2008 [RJ 2008/5801].
 STS de 16 de Junio de 2009 [2009/4663].
 Auto del TS de 22 de septiembre 2009 [RJ 2009/6249].
 STS de 3 de marzo de 2011 [RJ 2011/2511].
 STS de 2 de julio de 2014 [RJ 2014/4252].
 STS de 12 de febrero 2015 [RJ 2015/1384].
 STS de 13 de junio de 2016 [RJ 2016/2736].
 STS de 30 de noviembre de 2017 [RJ 2017/5566].
 STS de 15 de marzo de 2018 [RJ 2018/1396].

Audiencia Provincial

SAP de Valladolid de 22 de diciembre de 2008 [JUR 2009/253085].
 SAP de Vizcaya de 30 de septiembre de 2011 [ARP 2012/478].
 SAP de Barcelona de 7 de junio de 2013 [ARP 2013/1264].
 SAP de Madrid de 31 de marzo de 2014 [JUR 2014/165183].
 Auto de la AP de Baleares de 10 de diciembre de 2014 [JUR 2014/287919].
 SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2015 [ARP 2015/1484].
 SAP de Madrid de 2 julio de 2015 [JUR 2015/206882].
 SAP de Madrid de 23 de junio de 2016 [JUR 2016/185424].
 SAP de Asturias de 9 de noviembre de 2016 [ARP 2017/ 63].
 SAP de Lugo de 28 de junio de 2017 [ARP 2017/1020].
 SAP de Madrid de 30 de junio de 2017 [ARP 2017/1066].
 SAP de Granada de 20 julio de 2017 [ARP 2017/1032].
 SAP de Pontevedra de 7 de noviembre de 2017 [ARP 2017/1566].

Otros órganos jurisdiccionales

STSJ de 7 de abril de 2004 [ARP 2004/230].
 STC de 14 de mayo de 2008 [RTC 2008/59].
 SJPII de Tudela de 23 de marzo de 2016 [ARP 2016/215].
 SJP de Santander de 9 de septiembre de 2016 [JUR 2016/231966].
 SAN de 11 de enero de 2017 [2017/25349].