



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Los delitos de asesinato

Presentado por:

Gonzalo San Millán Fadrique

Tutelado por:

Ángel Sanz Morán

Valladolid, 2 de julio de 2020

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. DERECHO HISTÓRICO Y COMPARADO.....	4
2.1.- Derecho histórico: Códigos penales anteriores al de 1944.....	4
2.2.- Derecho comparado: el asesinato en nuestro entorno.....	8
III. LA REDACCIÓN ORIGINARIA: EL ASESINATO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.....	12
3.1.- Breve comentario respecto de las diferencias con la legislación anterior.....	12
3.2.- Circunstancias del art. 139.....	13
3.3.- Tipo agravado: art. 140 CP.....	16
IV. LA REFORMA PENAL EN ESTE PUNTO: EL ASESINATO TRAS LA LEY ORGÁNICA 1/2015.....	17
4.1.- El <i>iter</i> prelegislativo.....	17
4.2.- La introducción de la prisión permanente revisable: la relación entre asesinato y cadena perpetua.....	21
4.3.- Modificaciones introducidas en la regulación del homicidio y el asesinato.....	23
A) Modificaciones en la regulación del homicidio doloso.....	24
B) Modificaciones en la regulación del asesinato.....	27
V. EL ASESINATO ACTUALMENTE: ESTUDIO DE LA REGULACIÓN POSITIVA.....	37
5.1.- Relación homicidio-asesinato. ¿Es el asesinato un delito autónomo?.....	37
A) A favor de su autonomía.....	39
B) En contra de su autonomía.....	40
C) Conclusiones.....	41
5.2.- Tipo básico: art. 139.1 CP.....	42
A) Tipo objetivo.....	42
B) Tipo subjetivo.....	58
D) Pena.....	60
5.3.- Tipo cualificado: art. 139.2 CP.....	61
A) Tipo objetivo.....	61
B) Tipo subjetivo.....	62
C) Pena.....	62
5.4.- Tipo hipercualificado: art. 140 CP.....	62
A) Tipo objetivo.....	63
B) Tipo subjetivo.....	70

C) Pena: breve análisis de la prisión permanente revisable.	70
5.5.- Tentativa y actos preparatorios punibles.	76
5.6.- Autoría y participación.	79
5.7.- La libertad vigilada: art. 140 <i>bis</i>	80
VI. CONCLUSIONES	81
VII. JURISPRUDENCIA	87
VIII. BIBLIOGRAFÍA	90
IX. WEBGRAFÍA	95

I. INTRODUCCIÓN.

Todo el mundo sabe o cree saber lo que es un asesino. Este término, proveniente del concepto árabe *bassasin* o adicto al hachís (haciendo referencia a los sectarios nizaríes que perpetraban asesinatos contra personajes ilustres durante las Cruzadas, los cuales eran adictos a tal sustancia), forma parte de la cultura popular de las sociedades de todo el mundo. Y es que, sin excepción, la figura del asesinato es tremendamente atractiva en todos los lugares del mundo, tanto para las obras de ficción como para su investigación y cobertura mediática.

Por fijarnos en lo que conocemos, en España nadie desconoce las aventuras de la ínclita Jessica Fletcher en *Se ha escrito un crimen*, las investigaciones de Sherlock Holmes o la perturbadora personalidad de Hannibal Lecter. E incluso aquel que sea totalmente ajeno al género de la novela negra y a demás obras de contenido similar, seguro que no pudo escapar de la tremenda repercusión mediática que tuvieron casos como los de Marta del Castillo, el crimen de Alcácer o el asesinato de Diana Quer, de entre otros muchos supuestos similares. En definitiva: a nadie le resulta ajeno el concepto de asesinato y la figura del asesino.

Ahora bien, en sentido estricto muchos de los casos que vemos en los medios o consumimos a través de la cultura no son asesinatos. En el Derecho Penal español (y en otros muchos extranjeros), tradicionalmente se ha castigado con mayor rudeza la causación de la muerte de una persona concurriendo una serie de circunstancias concretas consideradas por el legislador de una especial gravedad o reprochabilidad. De esta manera se distinguió, incluso en el *nomen iuris*, entre homicidio y asesinato, siendo éste el tipo reservado para aquellos supuestos.

Entonces, el asesinato es un tipo penal concreto, distinto aunque muy próximo del homicidio, cuya tipificación podemos encontrar actualmente en los artículos 139 y 140 del Código Penal. Y va a ser este el tipo penal sobre el que centraremos nuestro estudio en este Trabajo de Fin de Grado.

Este trabajo lleva por título ‘Los delitos de asesinato’. Ello quiere decir que nuestro análisis no va a centrarse en algo concreto, sino en ofrecer una visión global de este delito: no se llama ‘Evolución del asesinato’, ni ‘Las reformas del asesinato’ o ‘La regulación del asesinato actual’, por lo que en este trabajo podremos encontrar información sobre todos estos aspectos del asesinato, y más. Por lo tanto, vamos a ofrecer información sobre su evolución

cronológica, un breve estudio de Derecho comparado, un análisis sobre su tipificación actual y, aprovechando que hace cinco años este delito fue reformado de manera notable, un examen sobre las novedades que se introdujeron a razón de la misma.

En consecuencia, el Capítulo posterior servirá para saber cómo el asesinato ha sido regulado en la legislación penal de nuestro país a lo largo de la historia, en concreto desde que se inició la senda de la codificación penal. Así podremos saber cuál ha sido su tratamiento tradicional y ofrecernos pistas sobre su situación actual e incluso próxima. También contará este Capítulo II con un estudio sobre la regulación actual del asesinato en los países de nuestro entorno, algo que es de gran importancia para poder sacar conclusiones respecto de la reforma producida en el año 2015 y saber si la influencia de tales ordenamientos tuvo algo que ver en las decisiones del legislador.

En el Capítulo III nos retrotraeremos hasta la promulgación del Código Penal que rige actualmente, para ver cómo era la redacción originaria del asesinato en el mismo. Ello nos ofrecerá un examen sobre cómo se interpretaba y aplicaba el asesinato antes de la reforma de 2015, además de comparar brevemente las novedades que trajo este Código de 1995 respecto de la regulación anterior.

El Capítulo IV se centrará ya en la reforma operada por la LO 1/2015, incluyendo el extraño *iter* prelegislativo de la misma. En este Capítulo recogeremos las novedades introducidas y las reacciones que las mismas suscitaron, tanto respecto del asesinato como del homicidio, que incluiremos aquí por su proximidad con el delito objeto de nuestro estudio y por las coincidencias en su reforma. Es decir, en este Capítulo encontraremos todo el debate, la crítica y las dudas que se produjeron allá por el año 2015 y los que le rodean por parte de la doctrina, que se mostró ferozmente crítica frente a la reforma.

El Capítulo V servirá para estudiar la regulación positiva del asesinato: veremos cómo se interpreta y aplica el asesinato a día de hoy, una vez ya han pasado cinco años desde que se produjese la reforma analizada en el Capítulo anterior. Si en este Capítulo recogimos la duda y la crítica, en el Capítulo V intentaremos dar soluciones a la problemática surgida como si de un manual de parte especial de Derecho Penal se tratase, dejando a un lado las discusiones y propuestas doctrinales que recogimos en el Capítulo precedente. Aquí será de especial interés el análisis de la prisión permanente revisable, la cual podríamos afirmar sin excesivo riesgo de equivocarnos que fue la “medida estrella” de la reforma.

A la información recogida en el Capítulo V le acompañará en varias ocasiones la redacción de pequeños supuestos prácticos que pueden servirnos para aclarar conceptos y despejar dudas. Este aporte, con una clara finalidad didáctica, aparecerá sobre todo en los epígrafes referidos a las circunstancias calificadoras y agravantes del asesinato.

Finalmente, el Capítulo VI recogerá las conclusiones y opiniones personales del autor de este trabajo respecto de todo lo expuesto anteriormente, ya una vez hayamos obtenido una visión global del problema y podamos opinar con criterio.

Con todo esto, lo que se pretende es que este Trabajo de Fin de Grado sirva para ofrecer una información completa, clara y concisa de lo que es necesario saber respecto del delito de asesinato actualmente, sin perder la esencia crítica y la capacidad de ofrecer propuestas y críticas constructivas que todo jurista debe llevar en su ser. Y todo ello tratará de ofrecerse de manera ágil, que facilite al lector su lectura y comprensión pero sin perder un ápice de rigorismo y con una buena carga de referencias, tanto doctrinales como jurisprudenciales, para que el lector pueda contrastar y ampliar la información que aquí se ofrece.

Sin más dilación, procedemos a iniciar este Trabajo de Fin de Grado empezando, como no podía ser menos, por el principio: por el primer Código Penal de nuestra tradición jurídico-penal, en el marco del examen de la evolución histórica del asesinato.

II. DERECHO HISTÓRICO Y COMPARADO.

Para estudiar una institución jurídica actual, como con casi todo, suele ser recomendable estudiar sus antecedentes históricos para tener una idea amplia de lo que ha sido, de lo que es, y de lo que probablemente será. En este punto revisaremos la regulación española del asesinato a lo largo de la historia, dejando para el capítulo siguiente el análisis de la redacción originaria de 1995 y su comparativa con la regulación inmediatamente anterior.

También aquí recogeremos brevemente la normativa sobre el asesinato en varios países de nuestro entorno, para así poder ampliar nuestra perspectiva fuera de nuestras fronteras y, por qué no, recabar información para poder afirmar qué influencia tiene o ha tenido el Derecho comparado sobre nuestro propio legislador a la hora de reformar este delito.

2.1.- Derecho histórico: Códigos penales anteriores al de 1944.

Como antes dijimos, el capítulo siguiente comenzará contrastando la redacción originaria del Código Penal de 1995 con su antecesor inmediato, de manera que nuestros ojos aquí se retrotraerán hacia los Códigos anteriores al de 1944. Empezaremos por el primero de ellos y avanzaremos en orden cronológico.

I. El primero de todos fue el Código Penal de 1822, basado en los valores liberales y de la Ilustración. Con una vigencia muy breve, dice Pacheco¹ que es un código científico que vino a satisfacer la necesidad de dedicar a la legislación criminal toda la atención por parte de los gobiernos. Su regulación del asesinato la encontramos en el larguísimo art. 609:

“Son asesinos los que maten a otra persona no sólo voluntariamente con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes:

Primera: en virtud de dones ó promesas que se les hayan hecho previamente para que maten ó hieran a aquella persona, ó a otra en cuyo lugar, se haya tenido a la asesinada.

Segunda: con previa asechanza, ya aguardando a la persona asesinada, ó a la tenida en lugar suyo, en uno ó más sitios para darle la muerte; ya observando la ocasión oportuna para embestirle; ya poniéndole espías o algún tropiezo ó embarazo para facilitar la ejecución; ya buscando auxiliadores para el mismo fin, ó ya empleando de antemano cualquier otro medio insidioso para sorprender dicha persona y consumir el delito.

Tercera: con alevosía ó a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa ó desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño ó perfidia, ó privándola antes de la razón, de

¹ Pacheco, J. “El Código Penal concordado y comentado, Tomo P”. Quinta edición. Madrid: Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 1881. Pp. LIII-LIV.

las fuerzas, de las armas ó de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña ó pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este, ó ya usando cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad ó sin riesgo del agresor, ó para quitar la defensa del acometido.

Cuarta: con sustancia ó bebidas venenosas ó nocivas que a sabiendas se hayan aplicado a la persona asesinada, ó se le hayan hecho tomar, de cualquier modo que sea.

Quinta: con la explosión ó ruina de materiales preparados para el asesinato; ó con fuego que para matar á la persona se ponga en la casa ó sitio en que se halle.

Sexta: con tormentos ó con algún acto de ferocidad ó crueldad, bien se cause la muerte por alguno de estos actos, bien se cometa alguno de ellos con el cadáver después de darle muerte.

Sétima: con el fin de cometer cualquier otro delito, ó con el de castigar la resistencia que en la ejecución de este oponga la persona asesinada, ó con el de impedir que estorbe ó embarace la misma ejecución, ó que lo descubra ó detenga al delincuente después de cometido.

Los asesinos serán infames por el mismo hecho, y sufrirán además la pena de muerte”.

De esta manera tan poco económica lingüísticamente hablando, el Código Penal de 1822 indicaba que el asesinato debía ser premeditado y doloso, incurriendo alternativamente en alguna de las numerosas circunstancias que luego recoge.

La primera de ellas parece ser similar a la actual comisión por precio, recompensa o promesa de nuestro Código². La segunda, habla de la utilización de un engaño o de una situación que favorezca la comisión del delito, y de la comisión con la ayuda de auxiliares. Como veremos más adelante, ello parece ser similar a una modalidad alevosa.

El tercer párrafo habla de alevosía y traición, de las situaciones en las que el sujeto activo coloca (o encuentra) al sujeto pasivo en una situación de indefensión de la que se aprovecha para asegurar la comisión del delito. La cuarta circunstancia es el uso de veneno, y la quinta el asesinato mediante la explosión o ruina de materiales o un incendio.

La sexta circunstancia recoge el ensañamiento (incluso *post mortem*), y la séptima el asesinato cometido para facilitar la comisión de otro delito, o para evitar que éste se descubra, o también para castigar y eliminar la defensa de la víctima.

Como vemos, este largo y detallado precepto configurará un tipo de asesinato similar al de nuestros días, pero estando claramente éste más depurado y simplificado por la doctrina y la

² Art. 139.1.2º del Código Penal.

jurisprudencia para evitar una redacción tan amplia y, en ocasiones, presumiblemente redundante.

II. Con la vuelta al absolutismo en nuestro país, se recupera el derecho penal del Antiguo Régimen. Para superar éste definitivamente, es promulgado el Código Penal de 1848. En este texto el asesinato se encuentra en el art. 324 de un modo mucho más simple, esquemático y similar al actual:

“El que mate á otro, y no este comprendido en el artículo anterior, será castigado:

1.- Con la pena de cadena perpetua á la de muerte, si lo ejecutare con alguna de las circunstancias siguientes:

1ª.- Con alevosía.

2ª.- Por precio ó promesa remuneratoria

3ª.- Por medio de inundación, incendio ó veneno.

4ª.- Con premeditación conocida.

5ª.- Con ensañamiento, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido.

2º.- Con la pena de reclusión temporal en cualquier otro caso.”

Castigado con pena de cadena perpetua a muerte, el asesinato se configura como el dar muerte a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: alevosía; precio o recompensa; inundación, incendio o veneno; premeditación, que pasa aquí a ser una circunstancia más y no un requisito previo a las circunstancias para apreciar el asesinato; y el ensañamiento. Deja claro al inicio el precepto que el autor del asesinato no debe estar comprendido en el delito de parricidio contemplado en el artículo anterior.

III. A consecuencia de la Revolución Liberal de 1868, fue promulgada la Constitución de 1869 y se pretendió adaptar a las exigencias de ésta el Código Penal existente por entonces. Para ello se publicó el Código Penal de 1870 cuyo art. 418 recoge la tipificación del asesinato:

“Es reo de asesinato el que, sin estar comprendido en el artículo anterior, mataré á alguna persona, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1ª.- Con alevosía

2ª.- Por precio ó promesa remuneratoria

3ª.- Por medio de inundación, incendio ó veneno.

4ª.- *Con premeditación conocida.*

5ª.- *Con ensañamiento, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido.*

El reo de asesinato será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte.”

Aquí ya se vuelve a recoger la denominación de “asesinato”, perdida en el Código Penal anterior. Por lo demás, la redacción es idéntica.

IV. Bajo la dictadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930), fue promulgado un nuevo Código Penal en 1928 que incorporaba el dualismo entre penas y medidas de seguridad. En su artículo 519 vuelve a tipificarse el asesinato de una manera amplia y compleja, con hasta ocho circunstancias:

“Es culpable de asesinato el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1. *Alevosía*

2. *Premeditación conocida.*

3. *Ejecutar el hecho para preparar, facilitar, consumir u ocultar un delito, o para impedir el descubrimiento de otro, háyase o no éste realizado.*

4. *Precio o promesa remuneratoria*

5. *Ensañamiento, aumentando inhumana e innecesariamente el dolor del ofendido.*

6. *Por impulso de perversidad brutal.*

7. *Por media de venenos o de otras substancias gravemente peligrosas para la salud.*

8. *Por, medio de explosivos, inundación, incendio, sumersión, naufragio o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro vida, la integridad corporal o la salud de otras personas.”*

A las circunstancias ya existentes se le añaden el asesinato cometido para preparar, facilitar, consumir u ocultar un delito o impedir su descubrimiento (recuperado del Código de 1822), y el impulso de perversidad brutal, figura aparentemente bastante similar con el ensañamiento. El veneno es separado del uso de incendio o inundación, que son recogidos en la octava circunstancia junto con el uso de explosivos, la sumersión o el naufragio.

V. Por último, el Código Penal de 1932, promulgado para adecuarse a la Constitución de 1931 de la Segunda República, recoge una regulación del asesinato idéntica a la del Código de 1870, por lo que no es necesario repetirla nuevamente. La única diferencia es la pena,

que prescinde de la pena de muerte e impone la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor.

Podemos observar cómo la regulación del asesinato ha contado con unas circunstancias fijas a lo largo del tiempo, a las que se le han ido y añadiendo otras nuevas. Este núcleo fijo estaba comprendido por la alevosía, el ensañamiento y el uso de incendio, inundación o veneno. Como veremos a continuación, dos de estas tres eran las que recogía la redacción originaria del Código Penal actual, el que actualmente cuenta también con otra cuya presencia fue intermitente históricamente: para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra.

2.2.- Derecho comparado: el asesinato en nuestro entorno.

El reservar un tipo más agravado a aquel que dé muerte a otro de manera más reprochable no es, como es evidente, una construcción únicamente existente dentro de nuestras fronteras.

Aprovechándonos de ello, veremos a continuación cómo los países de nuestro entorno regulan el asesinato. Y es que, como defiende Rodríguez Devesa³, este estudio comparativo nos puede ofrecer diversas ventajas como romper el posible conservadurismo del jurista, ofrecernos numerosas soluciones para aquellos posibles problemas jurídicos que se nos planteen o para servir como material para estudiar y comprender todas aquellas instituciones jurídicas que hayan sido importadas desde un ordenamiento jurídico extranjero.

I. Empezaremos con Francia. El Código Penal francés⁴, en la Sección I del Capítulo II del Libro I, habla del asesinato como el homicidio llevado a cabo mediante premeditación (art. 221-3). Este Código define al homicidio como dar voluntariamente muerte a otro (art. 221-1), y puede verse cualificado por varias circunstancias (arts. 221-2 y 221-4), que son: que preceda, acompañe o siga a otro crimen o que su objeto sea preparar o facilitar un delito; que tenga por objetivo favorecer la huida o asegurar la impunidad del autor o del cómplice; que la víctima sea menor de quince años; que se dirija contra un ascendiente legítimo o natural o contra el padre o madre adoptivos; que la víctima sea una persona cuya especial vulnerabilidad, debido a su edad, enfermedad invalidez, deficiencia física o psíquica o a su estado de gestación, sea aparente o conocida por su autor, etc.

Como podemos observar, la amplia construcción de agravaciones (siendo algunas muy similares a nuestra legislación) se construye sobre el homicidio, dejando la calificación como

³ Rodríguez Devesa, J.M. “El Derecho comparado como método de política criminal” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 32, fasc. 1º. Madrid: Ministerio de Justicia, 1979. Pp 11-13.

⁴ Disponible en Legifrance: le service public du la diffusion du droit [en línea]. <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>. [Consulta: 21 de mayo de 2020].

asesinato solo para el homicidio premeditado, el cual tendrá una pena “con reclusión criminal a perpetuidad”, que es la misma fijada para el homicidio cualificado por las circunstancias anteriormente descritas.

II. El Código Penal portugués⁵, en el Capítulo I del Título I del Libro II, define al homicidio en su art. 131 como “quien mate a otra persona”. En el artículo siguiente, recoge todas las circunstancias que configuran al homicidio cualificado, que es aquel en el que se revela una “especial censurabilidad o perversidad”. Entre otras, se encuentra el homicidio de un ascendiente o descendiente o adoptado de la víctima, o contra una persona particularmente indefensa (debido a la edad, discapacidad, enfermedad o embarazo), el hecho de emplear tortura o crueldad para aumentar el sufrimiento de la víctima, que tenga como objeto preparar, facilitar, ejecutar o encubrir otro delito, facilitar el escape o garantizar la impunidad para el agente de un delito, etc.

En el art. 133 se recoge una modalidad privilegiada del homicidio, cuando el sujeto activo esté dominado por una comprensible emoción violenta, compasión, desesperación o razón de valor social o moral relevante que disminuya significativamente su culpa. En los siguientes artículos, se regula el homicidio a petición de la víctima, la incitación o ayuda al suicidio, etc. Lo que no encontramos en ningún caso es el asesinato. Parece que el Derecho Penal portugués ha decidido prescindir de esta diferenciación y establecer el sistema de agravaciones sobre la única base del homicidio.

III. El Código Penal alemán⁶ empieza, en su artículo 211 (Sección Decimosexta), indicando que el asesinato será castigado con pena privativa de la libertad de por vida, y que es asesino quien mata a un ser humano concurriendo las siguientes circunstancias: “*por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo*”. Homicidio será, entonces, quien mate a un ser humano sin ser calificado como asesino (art. 212).

Aquí sí encontramos una diferenciación más similar a la recogida en nuestro Código al definir al homicidio como matar a otro y al asesinato como hacer lo mismo, pero concurriendo ciertas circunstancias como la alevosía o el objetivo de facilitar o encubrir otro delito. Hasta ahora, el Código más similar al nuestro.

⁵ Disponible en Diario da República Electrónico. Legislação Consolidada [en línea]. <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada>>. [Consulta: 21 de mayo de 2020].

⁶ Disponible en Pensamiento penal. CÓDIGO PENAL ALEMÁN (TRADUCIDO AL ESPAÑOL) [en línea]. 7 de marzo de 2013. <<http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/35633-codigo-penal-aleman-traducido-al-espanol>>. [Consulta: 21 de mayo de 2020].

IV. Para finalizar, el Código penal italiano⁷, en el Capítulo I del Título XII del Libro II, dice en su art. 575 (bajo el título de “homicidio”) que quien matare a otro será castigado con prisión de duración no inferior a 21 años. En los arts. 576 y 577 se recogen las circunstancias que permiten imponer la pena de cadena perpetua: con el concurso de alguna de las descritas en el art. 61 (el realizado por motivos abyectos o triviales, para asegurar la comisión de otro delito, o garantizar su producto o encubrimiento, haber actuado con tortura o crueldad, etc.), con premeditación o uso de veneno u otro medio insidioso, etc.

Los siguientes artículos recogen el infanticidio, el homicidio con consentimiento de la víctima, la incitación o ayuda al suicidio, el delito de lesiones, etc., pero no encontramos alusión alguna al asesinato. Como el ordenamiento jurídico penal portugués, el caso italiano no incluye una diferenciación entre homicidio y asesinato y agrava al primero sobre circunstancias similares a los demás Códigos: para facilitar o encubrir otro delito, con ensañamiento, etc.

V. Como conclusión, podemos convenir que en nuestro entorno no es un punto en común la diferenciación entre homicidio y asesinato. Como hemos podido observar, en Italia o Portugal sólo existe el homicidio y es con él sobre el que se construyen las circunstancias agravantes.

Lo que sí ha sido común en estos casos analizados es la pena impuesto para esos homicidios cualificados o asesinatos: la prisión perpetua. Como luego veremos, dicha pena es novedosa en nuestro ordenamiento a partir de 2015 cuando la LO 1/2015 efectuó una reforma muy importante en nuestro Código Penal. ¿Habría tenido algo que ver sobre esta reforma la influencia de las regulaciones extranjeras de nuestro entorno a la hora de incluir esta pena? Y respecto de la inclusión de alguna nueva circunstancia, ¿podremos decir lo mismo? Trataremos de ver más adelante si las razones aducidas por el legislador para estas novedades nos permiten pensar qué respuesta dar a esta cuestión.

Algo que también ha sido común es el uso de ciertas circunstancias sobre las que construir el homicidio cualificado o el asesinato. Como hemos podido ver, hay ciertas circunstancias comúnmente recogidas en los Códigos, como son la alevosía, el ensañamiento, o el asesinato producido para facilitar o encubrir la comisión de otro delito. Veremos cómo son tratadas estas circunstancias en nuestro ordenamiento próximamente, parándonos antes a analizar la redacción originaria de nuestro Código y su reforma de 2015, destacando los puntos sobre

⁷ Disponible en Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, en Aree Tematiche. <<https://www.gazzettaufficiale.it/homeArchivi>>. [Consulta: 21 de mayo de 2020].

los que proyecta sus novedades y las reacciones por parte de la doctrina a este acontecimiento.

Como veremos próximamente, el sistema español con la reforma de 2015 lo que hace es adoptar un sistema híbrido que aúna elementos de todos estos sistemas extranjeros: distingue entre homicidio y asesinato, cuenta con circunstancias agravantes generales y cuenta con unos tipos de asesinato y homicidio agravados. Otros países, como hemos visto, reúnen solo alguna de estas notas, como por ejemplo el Código penal italiano, que contiene un sistema de circunstancias agravantes generales y un tipo agravado del homicidio, pero no distingue entre homicidio y asesinato.⁸

⁸ Alonso Álamo, M. “La Reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015” en *Cuadernos de política criminal*, nº 117. Madrid: editorial DYKINSON, 2015. P. 19.

III. LA REDACCIÓN ORIGINARIA: EL ASESINATO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

3.1.- Breve comentario respecto de las diferencias con la legislación anterior.

Con anterioridad a nuestro Código vigente, era el Código Penal de 1944 (en múltiples ocasiones reformado) donde se recogía el delito que nos atañe. Este Código, que proporcionaba un derecho penal autoritario concorde con el régimen franquista, recogía el asesinato en su art. 406 bajo pena que podía llegar a ser de muerte⁹.

Con fecha de 24 de mayo de 1996 entra en vigor nuestro actual Código Penal¹⁰ trayendo una redacción más breve y en la que se han suprimido circunstancias anteriormente contempladas. La primera de ellas es la premeditación (apartado cuarto), esto es, el haber planificado y maquinado dar muerte a otra persona. Esta circunstancia fue objeto de numerosas reprobaciones. Tradicionalmente se criticó esta circunstancia por varios motivos desde la doctrina (por la inseguridad del concepto o sobre su difícil prueba, entre otros)¹¹, a lo que Ángel Torío¹² añadió la posibilidad de que esta circunstancia encubriese “una base psicopatológica incompatible con su estimación como culpabilidad definitivamente agravada” cuando se exigiese el ánimo frío y sereno que reclamaba la Escuela Clásica.

El resto de circunstancias eliminadas eran las encontradas en el apartado tercero: inundación, incendio, explosivo y veneno. Respecto de las tres primeras, existía poca casuística y jurisprudencia respecto a ellas, ya que normalmente el uso de estos medios se realizaba en otras figuras delictivas como los atentados terroristas, siendo difícil aplicar estas circunstancias a la figura del asesinato¹³. Hay que advertir que, si el incendio se refiere a la combustión propia de una persona, había jurisprudencia que entiende que nos hallamos ante la circunstancia del ensañamiento (STS 24-12-1896).

⁹ Art. 406: “Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Con alevosía. 2.º Por precio, recompensa o promesa. 3.º Por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo. 4.º Con premeditación conocida. 5.º Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

El reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor a muerte”

¹⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicación n.º 281, de 24/11/1995, en el Boletín Oficial del Estado.

¹¹ Sanz Morán, Á. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida” en *Annuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 48. Madrid: Ministerio de Justicia, 1995. P. 811.

¹² Torío López, A. “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)” en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1983. Pp. 77-114. Referencia tomada de Sanz Morán, Á. “Presupuestos para la reforma...” ob. cit. nota 11. P. 811.

¹³ Quintano Ripollés, Antonio. *Tratado de la parte especial del derecho penal*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas SA, 1978. P. 294.

El uso del veneno hace referencia a la utilización de toda sustancia tóxica cuya entrada al organismo provoque la muerte. Curiosamente, el uso de este instrumento ha sido considerado, tal y como defienden la abogada y criminóloga Paz Velasco de la Fuente y la alumna de la Universidad “Pablo de Olavide” Laura Botella Atienza, como el arma históricamente preferida y vinculada a la mujer¹⁴ ¹⁵. Esta circunstancia, que realmente coincidía con la alevosía, se caracterizaba por su secretismo: quien lo ingería no podía saber ni intuir que estaba siendo asesinado. Hay que tener en cuenta que, si tal sustancia fuera distribuida a una amplia masa de personas nos encontraríamos ante un delito contra la salud pública, y no ante un asesinato. Si el veneno actuase junto con otro medio que provoca la muerte, podríamos apreciar el ensañamiento en tanto en cuanto se esté aumentando, de manera injustificada, el dolor de la víctima.

Para finalizar, no podemos dejar a un lado un importantísimo detalle: la supresión de la pena de muerte. El Código Penal franquista recogía originariamente dicha pena para este tipo, pero la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 en diciembre de dicho año abolió la pena de muerte en su artículo 15, “*salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*”. Como hemos podido observar, esta modificación es, sin embargo, obra de la CE y no del Código Penal de 1995.

3.2.- Circunstancias del art. 139.

La estipulación del asesinato, en su forma originaria en nuestro vigente Código Penal, presentaba en el artículo 139¹⁶ la siguiente redacción:

Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Con alevosía.

2.ª Por precio, recompensa o promesa.

3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido

¹⁴ Criminal-mente. La criminología como ciencia. *Arma de mujer: veneno, el asesino silencioso* [en línea]. Paz Velasco de la Fuente, 4 de abril de 2016. <<https://criminal-mente.es/2016/04/04/arma-de-mujer-veneno-el-asesino-silencioso/>>. [Consulta: 5 de abril de 2020].

¹⁵ Botella Atienza, Laura. “Venenos: el arma femenina por excelencia” en *MoleQla: revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, nº 29, 2018. Pp. 66-69.

¹⁶ Bajo el Título I del Libro II: “Del homicidio y sus formas”.

Como vemos, la conducta típica es la de dar muerte a otro concurriendo tres circunstancias que brevemente pasamos a analizar, desde la perspectiva de la doctrina y jurisprudencia existente antes de la reforma de 2015:

a) Alevosía.

Definida en el propio Código, el origen de su fundamento era discutido por la doctrina¹⁷. Cierta sector consideraba que radicaba en la mayor perversidad del sujeto activo, según otros autores radicaba en la puesta de relevancia de una mayor insidia, un tercer grupo ponía sus ojos en la tendencia a la ejecución sin riesgo a una defensa por parte de la víctima y, por último, un último sector encontraba su fundamento en la mayor debilidad del bien jurídico atacado.

La jurisprudencia evolucionó desde una apreciación de la alevosía como una circunstancia subjetiva, en la que lo importante es la voluntad del agente, hasta una circunstancia (según un sector de la doctrina) mixta objetiva-subjetiva, o (según otro) predominantemente objetiva en la que se abrió la posibilidad de apreciar también los modos o formas de ejecución.¹⁸

Esta circunstancia acarrea problemas con respecto a las anteriores circunstancias del apartado tercero del anterior Código Penal (a través de inundación, incendio, veneno o explosivo), optando la jurisprudencia hasta la supresión del mismo a aplicarlo cuando los medios específicos fueran los ahí recogidos (STS 5-11-1997).

Tradicionalmente, la jurisprudencia distinguía entre varias clases de alevosía¹⁹: la calificada como proditoria (relacionada con la emboscada), la alevosía súbita o inopinada (un ataque inesperado) y la alevosía que aprovecha el desvalimiento de la víctima, donde entrarían los asesinatos a niños, enfermos, o cualquier persona que, por sus circunstancias, no pudieran defenderse. Esta última modalidad responde a una concepción objetiva de la alevosía, pues es suficiente que el agente se aproveche de una situación de indefensión, aunque no la haya buscado o propiciado (SSTS 29-3-1993 y 18-09-2008).

¹⁷Quintero Olivares, Gonzalo. *Tomo XXXII Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. P. 31

¹⁸Álvarez García, Francisco Javier. *Derecho Penal Español Parte Especial I*. 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. P. 85.

¹⁹Mesa Valiente, Alfonso. (2000). *El delito de asesinato cualificado por la alevosía*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante, España. P. 109.

b) Por precio, recompensa o promesa.

Esta modalidad, denominada *crimen sicari*, presupone un pacto entre dos o más personas relativo a un móvil oneroso: el precio, la recompensa o la promesa a modo de retribución por la comisión del delito. El precio se referiría al pago adelantado, la recompensa al pago *a posteriori* y la promesa al pago futuro²⁰.

De acuerdo con una interpretación restrictiva, el precio y la recompensa deberán tener un contenido económico, si bien parte de la doctrina admitió que la recompensa y la promesa incluyan motivos equiparables a los económicos²¹.

Para su aplicación, encontramos dos teorías²²: la primera, según la cual sólo se apreciará esta circunstancia para el que mate, siendo el oferente un inductor, y la segunda, según la cual se le aplica tanto al que mata como al que se lo ofrece.

Si el ejecutor hubiese ya decidido realizar el delito, pero con posterioridad se produjese la oferta, ya el oferente no podría ser calificado como inductor y no estaríamos ante un asesinato, pues se ha realizado sin concurrir ninguna de las circunstancias. En este caso, el oferente será cómplice si reforzó dicha decisión o se le juzgará, en caso contrario, dentro de la proposición para delinquir.²³

c) Ensañamiento.

Concorre esta circunstancia cuando una persona, deliberada e inhumanamente, aumenta el sufrimiento de su víctima al causarle la muerte (STS 20-12-2007). Aquellos casos en los que se repite la acción que pretende causar la muerte varias veces, como por ejemplo infligir varias estocadas, sin pretender aumentar el dolor y solamente con el objetivo de producir la muerte, no serían consideradas como ensañamiento (STS 28-1-2010). Como resultaría evidente a primera vista, dichas acciones frente a un cadáver tampoco serán consideradas como tal (SSTS de 4 de febrero de 2000 y de 22 de diciembre de 2003).

Esta circunstancia encuentra su esencia en la perversidad, la maldad del agente que adquiere placer del aumento deliberado del dolor de la víctima (STS de 26 de septiembre de 1988).

²⁰ Martos Núñez, J. A. *El delito de asesinato: análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*. Bosch editor, 2017. Pp. 51-52.

²¹ Quintero Olivares, Gonzalo. *Tomo XXXII Esquemas...* ob. cit. nota 17. P. 33.

²² González Cussac, José Luis. *Tomo VII Esquemas de Derecho Penal Parte Especial*. 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. P. 28.

²³ Álvarez García, Francisco Javier. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 18. P. 94.

No dependerá, por tanto, su apreciación del uso de varios medios de ejecución ni la diversidad de heridas (STS de 17 de marzo de 1989).

3.3.- Tipo agravado: art. 140 CP.

Durante la vigencia del Código Penal anterior, la tesis dominante en los casos de concurrencia de más de una circunstancia de las anteriores fue aquella por la cual una circunstancia actuase para calificar como asesinato y las demás actuaran como agravantes genéricas en virtud del, por aquel entonces, art. 10 del Código Penal. Ello traía consigo la necesidad de elegir qué circunstancia iba a calificar al delito como asesinato y cuál iba a actuar como agravante genérica, asunto que provocaba una mayor problemática respecto de los casos en los que hubiese cooperadores y cómplices²⁴.

Para dar solución a esta cuestión, una novedad respecto de la legislación anterior es la inclusión de esta norma, que podría considerarse como un tipo agravado del asesinato o un tipo agravado del homicidio en segundo grado, dependiendo de si consideramos al asesinato como delito autónomo o agravado del homicidio. Este precepto dictaba que *“cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años”*.

¿Qué ocurriría si concurren las tres circunstancias? Para la doctrina del momento, y volviendo a la misma discusión que antes, las soluciones posibles son dos²⁵: que la tercera circunstancia restante actuase como circunstancia genérica, o que dicha circunstancia no provocase ningún efecto agravatorio.

²⁴ Gracia Martín, L. y Vizueta Fernández, J. *Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y Jurisprudencia*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. Pp. 152-157.

²⁵ Álvarez García, Francisco Javier. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 18. Pp. 107-108.

IV. LA REFORMA PENAL EN ESTE PUNTO: EL ASESINATO TRAS LA LEY ORGÁNICA 1/2015.

El 2015 fue, sin ninguna duda, un año destacable. El ordenamiento jurídico español fue ampliamente modificado y, en algunos aspectos, de una manera extensa y profunda. A modo de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, podemos enumerar las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la Ley de asistencia jurídica gratuita, de la Ley Hipotecaria, de la Ley del Registro Inmobiliario, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la promulgación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

A nosotros, la reforma que ahora nos interesa es aquella que afecta al delito del asesinato: la producida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.²⁶

Para estudiar el contenido de la reforma, empezaremos por estudiar su camino o *iter* prelegislativo, dando paso después al análisis de las modificaciones dentro del delito estudiado y sin olvidar el papel que juegan en este ámbito las teorías sobre las relaciones entre el delito de asesinato y la pena de la cadena perpetua, pena comparable (pero no idéntica) a la pena “estrella” de la reforma: la prisión permanente revisable.

4.1.- El *iter* prelegislativo.

El 16 de julio de 2012 se publica por el Gobierno el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Sin embargo, este documento no contuvo ninguna disposición acerca de reformar el delito de asesinato. Lo que sí hace es, tal y como indica en su exposición de motivos, llevar a cabo *“una profunda revisión del sistema de penas que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a los supuestos más graves de delincuencia terrorista; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada, e introducción de la regulación de la custodia de seguridad, como medida de seguridad privativa de libertad que puede ser impuesta, en supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes peligrosos; y la revisión de la regulación del delito continuado.”*²⁷

²⁶ Publicación n.º. 77 de 31/03/2015 en el Boletín Oficial del Estado. Entrada en vigor en fecha de 1 de julio del mismo año.

²⁷ Exposición de motivos, apartado I.

Como vemos, el *iter* comienza introduciendo la prisión permanente revisable para un ámbito reducido (y, en aquella época, en clara decadencia²⁸) como es el del terrorismo, y sin tocar una sola coma en la redacción del asesinato.

Hubo que esperar hasta la publicación, en fecha de 11 de octubre de 2012, de un nuevo Anteproyecto de reforma del Código Penal en el que por primera vez se modifica la redacción del asesinato para poder, así, aumentar el ámbito en el que podría aplicarse la prisión permanente revisable.

Recordemos que, hasta la fecha, el asesinato se tipificaba²⁹ como aquel delito que consiste en matar a otro concurriendo alevosía, precio, recompensa, promesa, o con ensañamiento. A su vez, el art. 140 recogía su tipo agravado cuando concurriese más de una de las anteriores circunstancias. En ambos casos, se recogía la pena de prisión: de quince a veinte en el primer caso, y de veinte a veinticinco en el segundo.

La modificación pretendida en el Anteproyecto añade una cuarta circunstancia en el art. 139: *“para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”*. Además, se aumenta su pena máxima (de veinte a veinticinco años) y se le añade un apartado segundo al artículo análogo al vigente en ese momento artículo 140, pero imponiendo la aplicación de la pena en su mitad superior (desde veinte hasta veinticinco años). El art. 139, según este Anteproyecto, quedaría de tal forma:

Art. 139:

“1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Con alevosía.

2ª. Por precio, recompensa o promesa.

3ª. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

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

2. Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena en su mitad superior”.

²⁸ La banda terrorista ETA, el grupo cuya actividad criminal ha sido la más destacable durante y después de la dictadura, anunció en octubre de 2011 el cese definitivo de su actividad armada.

²⁹ Artículo 139 de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal.

Podemos encontrar un error menor en la redacción del segundo apartado, cuando en vez de escribir “apartado” indica “artículo”. Ello puede ser demostrativo de la celeridad a la hora de su redacción, fruto de un “copia y pega” en el que se pretende que el apartado segundo del art. 139 sea similar al antiguo art. 140, que con este Anteproyecto tendrá una nueva redacción.

En opinión de Enrique Peñaranda Ramos³⁰, es esta una reforma completamente improvisada, totalmente inédita con respecto al Anteproyecto anterior e injustificada en la Exposición de Motivos. Argumenta el autor que choca con el art. 36.1 del Código cuando indica que la pena de prisión tendrá una duración máxima de 20 años salvo para casos excepcionales, pues el asesinato no es más que uno de los delitos más graves de entre los ordinarios. Tampoco considera justificada la inclusión de la nueva circunstancia en el primer apartado, lo que, además, y como critica el Consejo Fiscal, trae dificultades en el marco de la apreciación de los concursos y abre la posibilidad de incurrir en *non bis in idem*.

En cuanto al artículo 140, que en su momento recogía el tipo agravado del asesinato, se transforma en este Anteproyecto en el artículo que une, de forma inédita, el asesinato y la prisión permanente revisable, añadiendo unas nuevas circunstancias que lo justifiquen.

“Art. 140 1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental.

2ª. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3ª. Que del delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización criminal.

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código”.

Podemos observar cómo el apartado primero se subdivide a su vez en tres circunstancias, y el apartado segundo añade una cuarta dedicada a los denominados *serial killers* o asesinos en serie.

³⁰ Peñaranda Ramos. “Delito de asesinato” en Álvarez García, F.J. (coord.) *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. P. 486.

Encontramos, de nuevo, otro error a la hora de remitirse a varios apartados en el apartado segundo. Donde de verdad querría remitirse el precepto es a los apartados 1 y 2 del artículo 78 bis del Código.

Nuevamente en opinión de Peñaranda³¹, y dejando a un lado la propia crítica que podría hacersele a la prisión permanente revisable y que haría caer de por sí la justificación del precepto, la elección de estas circunstancias para justificar la inclusión de esta pena resulta arbitraria, incoherente e injustificada. Entre otros problemas, la primera de ellas chocaría con la alevosía basada en el desvalimiento, en la segunda no se entiende que deba ser subsiguiente y no simultánea o antecedente, la circunstancia del apartado segundo es imprecisa sobre si está exigiendo multirreincidencia o un concurso (real) de delitos, etc.

Tras el artículo 140, el Anteproyecto conserva del anterior el art. 140 bis según el cual *“a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”*. De nuevo vemos un error, pues el Título I del Libro II no se divide en capítulos.

Insistimos en que esta celeridad e improvisación a la hora de introducir estas nuevas circunstancias, que acaban conformando un marco en el que existe un asesinato básico, uno agravado y otro hiperagravado, encuentra su mejor muestra en el hecho de que el Anteproyecto actualmente citado solo modifica el Título I para extender la medida de la libertad vigilada al homicidio. En tres meses, la reforma desde el Gobierno pasó de una modificación tan leve en este ámbito a introducir una nueva pena y añadir nuevas (y problemáticas) circunstancias a la regulación del asesinato.

Este Anteproyecto fue revisado por el Anteproyecto publicado el 3 de abril de 2013, corrigiendo los errores anteriormente advertidos y añadiendo la pertenencia a un grupo criminal en la circunstancia tercera, del apartado primero, del art. 140 AP. Este Anteproyecto fue el que llegó a transformarse en el Proyecto de Ley que finalmente fue presentado ante el Parlamento y cuya aprobación³² hizo posible la reforma objeto de nuestro estudio.

³¹ Peñaranda Ramos. “Delito de asesinato” en Álvarez García, F.J. (coord.) *Estudio...* ob. cit. nota 30. P. 489.

³² Presentado ante el Congreso de los Diputados el 24/09/2013, fue aprobado el 26 de marzo de 2015 con modificaciones tras una votación con un resultado de 181 síes, 138 noes y 2 abstenciones.

4.2.- La introducción de la prisión permanente revisable: la relación entre asesinato y cadena perpetua.

Como hemos podido ver, es la inclusión de esta pena el pilar sobre el que se construye la modificación de la redacción del asesinato. La pregunta ahora es, ¿por qué esta relación?

La pena de prisión permanente revisable se introduce en esta reforma para los homicidios perpetrados contra el rey o el príncipe heredero (art. 485 CP) y contra jefes de Estado extranjeros u otra persona protegida por un Tratado (art. 605 CP), para el genocidio (art. 607 CP), y para los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis). Como vemos, son todos ellos supuestos de una excepcionalidad evidente, y esa misma excepcionalidad conlleva que el ámbito de aplicación de la pena sea muy reducido. Entonces, ¿por qué puso el (pre)legislador sus ojos sobre el delito de asesinato para aumentar el ámbito de aplicación de la prisión permanente revisable?

La propia Exposición de Motivos del Anteproyecto argumenta la inclusión de la prisión permanente revisable en base a la necesidad de responder de forma extraordinaria ante delitos que atentan contra el Estado y el orden constitucional. Aclara, finalmente, que es un modelo extendido en el Derecho comparado europeo y que se ajusta a la Convención Europea, pues así lo ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando dicta que, si la ley nacional que incluye esta pena ofrece la posibilidad de revisión de la condena con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto satisfará el contenido del art. 3 del Convenio de Derechos Humanos³³ (cuyo artículo constitucional análogo es el art. 15 CE).

También aduce, y para la totalidad de la reforma en sí, la necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia, para lo cual pretende poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles y consideradas por la sociedad como justas.

Podríamos añadir, *motu proprio* y por ampliar la posible argumentación a favor, que su constitucionalidad se fundamentaría³⁴ en que España ratificó el Estatuto de Roma, donde se prevé la posibilidad de la reclusión a perpetuidad³⁵. Además, no encontramos en nuestra Constitución ningún precepto que imponga un límite a las penas privativas de libertad, no

³³ Artículo 3: Prohibición de la tortura. “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

³⁴ Serrano Gómez, Alfonso. “Notas al Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de octubre de 2012”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Número 15. Universidad de Granada, 2013. Pp. 2-3.

³⁵ Artículo 77.1.b) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

siendo además la prisión permanente revisable una pena de duración plenamente perpetua, ya que es revisable y durará en función del comportamiento del penado.

En contraposición ahora con lo expuesto por el prelegislador en el Anteproyecto, debemos mencionar aquí los pensamientos del autor alemán Franz von Liszt respecto de la pena de muerte, quien consideraba que no existe un concepto general de asesinato en la conciencia jurídico-popular de las sociedades, sino que la razón por la que existe el asesinato es la pervivencia de la pena capital, la cual obliga a seleccionar unas modalidades de homicidio doloso sobre las que imponer dicha pena³⁶.

Tiempo después, fue el autor Gunther Artz quien retomó dicho argumento, si bien ciñéndolo respecto de la pena de reclusión perpetua³⁷.

Viajando hacia la doctrina de nuestro país, quien hizo suyas las ideas de los anteriores autores germanos fue el profesor Ángel Torío López, catedrático de la Universidad de Valladolid. Según dice muy gráficamente, “*el vacío de la pena de muerte lo colma mecánicamente la pretensión de introducir la pena de reclusión intemporal*”³⁸. En relación a esto llega a decir, incluso, que la cadena perpetua trata al ser humano como un animal: “*la reclusión perpetua es la verdadera zoología de la represión*”³⁹.

También entre nuestra doctrina es apoyada esta tesis por Peñaranda Ramos⁴⁰, cuando considera que no es que el legislador haya sentido la necesidad de introducir la prisión permanente revisable porque haya asesinatos graves, sino al revés: deben crearse asesinatos graves para poder justificar la inclusión de la prisión permanente revisable.

Respecto al argumento expuesto por la Exposición de Motivos sobre su extensión en el Derecho Comparado⁴¹, cabe preguntarse en base a qué motivo es eso cierto. Tal y como expresan los autores germanos Albin Eser y Hans-Georg Koch, la pervivencia de la cadena

³⁶ Liszt, F. “Verbrechen und Vergehen wider das Leben” en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländisches Strafrecht BT*. Berlín: Liebmann, 1905. Pp. 69-70. Referencia tomada de Sanz Morán, Ángel José. “La reforma de los delitos contra la vida” en Maqueda Abreu, M., Martín Lorenzo, M., y Ventura Püschel, A. (coords.) *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*. Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016. P. 823.

³⁷ Artz, G. “Die Delikte gegen das Leben”. En *ZStW* n° 83. Berlín: De Gruyter, 1971. Pp. 9 y ss. Referencia tomada de Sanz Morán, Ángel José. “La reforma de los delitos...” ob. cit. nota 36. P. 823.

³⁸ Torío López, A. “Estudio de la reforma de los delitos...” ob. cit. nota 12. P. 96.

³⁹ Torío López, A. “Estudio de la reforma de los delitos...” ob. cit. nota 12. P. 97. Referencia tomada de Sanz Morán, Ángel José. “La reforma de los delitos...” ob. cit. nota 36. P. 825.

⁴⁰ Peñaranda Ramos, Enrique. “Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código Penal” en Bacigalupo, S., Feijoo Sánchez, B. y Echano Basaldua, J.I. (coords.) *Estudios de Derecho penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016. Pp. 1276-1277.

⁴¹ Países como Italia, Reino Unido, Alemania, Bélgica u Holanda cuentan con una pena análoga en su repertorio punitivo.

perpetua se fundamenta casi siempre en el abandono de la pena capital⁴². Es decir, casi siempre se introduce la cadena perpetua para aquellos delitos en los que se aplicaba la pena capital, y cuyo abandono requiere una pena menos gravosa que ésta, pero mayor que las demás.

Y, por último, en opinión de Peñaranda, la alusión a la necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia por parte de la sociedad, otorgando a aquélla resoluciones que ésta considere justas, sólo puede entenderse como un argumento (si a ello llegaría siquiera) que apela a las emociones realizando un ejercicio de demagogia peligroso⁴³. Sospecha el mismo autor que probablemente se tuviesen en mente casos muy mediáticos que ocuparon la expectación en los meses precedentes a la redacción del Anteproyecto⁴⁴, posiblemente haciendo referencia a casos como el de Marta del Castillo o el de José Bretón.

4.3.- Modificaciones introducidas en la regulación del homicidio y el asesinato.

Toca ahora entrar a analizar y valorar las modificaciones que, con motivo de la entrada en vigor de la LO 1/2015, sufrieron los delitos del asesinato y homicidio en nuestro Código Penal. Si bien hasta ahora nos hemos ceñido al primero, no podemos entrar a analizar la regulación positiva respecto a él sin antes desarrollar la metamorfosis sufrida por el homicidio por su intensa vinculación con el asesinato.

Cabe señalar, antes que nada, que esta reforma es considerada por muchos como la más extensa de todas las reformas que nuestro Código de 1995 ha sufrido desde su promulgación. En la siguiente tabla podemos ver el listado completo de artículos modificados⁴⁵:

⁴² ESER/KOCH. “Die vorsatzlichen Tötungstatbestände. Eine reformpolitisch-rechtsvergleichende Struktur- und Kriterienanalyse” en *ZStW* n° 92. Berlín: De Gruyter, 1980. Pp. 491-560. Referencia tomada de Sanz Morán, Á. “Presupuestos para la reforma...” ob. cit. nota 11. P. 799.

⁴³ Podemos encontrar numerosos ejemplos de populismo punitivo en la historia de la humanidad, como la apelación nazi al “sano sentimiento del pueblo alemán”.

⁴⁴ Peñaranda Ramos, Enrique. “Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal” en *Modificaciones sustantivas en Derecho penal y el Estatuto de la víctima*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2017. P. 37

⁴⁵ Tabla recogida de Altés Martí, M., Baños Alonso, J., y Nuño de la Rosa Amores, J. *El Código Penal de 1995 y sus posteriores reformas (Texto íntegro de las reformas realizadas sobre cada artículo)*, 8a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. P. 14.

LEY	BOE	ENTRADA EN VIGOR	ARTÍCULOS MODIFICADOS
L.O. 1/2015	Nº 77 de 31 de marzo de 2015	1 de julio de 2015	1, 2, 7, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 20, 22, 25, 27, 30, 31, 31 bis, 31, ter, 31 quater, 31 quinquies, 33, 35, 36, 39, 48, 53, 57, 66, 70, 71, 76, 77, 78, 78 bis, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94 bis, 109, 111, 116, 120, 122, 123, 127, 127 bis, 127 ter, 127 quater, 127 quinquies, 127 sexies, 127 septies, 127 octies, 129, 129 bis, 130, 131, 132, 134, 136, 138, 139, 140, 140 bis, 142, 147, 152, 153, 156, 156 ter, 166, 167, 171, 172, 172 bis, 172 ter, 173, 177, 177 bis, 182, 183, 183 ter, 183 quater, 187, 188, 189, 192, 197, 197 bis, 197 ter, 197 quater, 197 quinquies, 203, 208, 210, 234, 235, 236, 237, 240, 241, 242, 244, 246, 247, 249, 250, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 258 bis, 258 ter, 259, 259 bis, 260, 263, 264, 264 bis, 264 ter, 264 quater, 265, 266, 268, 270, 271, 274, 276, 286 bis, 286 ter, 286 quater, 288, 295, 298, 299, 304 bis, 304 ter, 306, 208 bis, 311 bis, 315, 318 bis, 319, 323, 325, 326, 326 bis, 327, 328, 332, 334, 335, 337, 337 bis, 345, 346, 353, 358 bis, 361, 361 bis, 362, 362 bis, 362 ter, 362 quater, 362 quinquies, 362 sixies, 366, 374, 375, 376, 378, 386, 387, 389, 4000, 402 bis, 403, 404, 405, 418, 419, 420, 423, 424, 427, 427 bis, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 438, 439, 440, 441, 442, 445, 445, 456, 468, 485, 510, 510 bis, 511, 512, 515, 550, 551, 552, 554, 555, 556, 557, 557 bis, 557 ter, 559, 561, 566, 567, 570 bis, 570 ter, 605, 607, 607 bis [derogado Libo III artículos 617 a 639] [Sustitución termino " incapaz", "incapaces", "minusvalia": 46, 148.3, 149 in fine, 153.1, 153.2, 155, 156.1, 156.2, 161, 171.4, 171.5, 172.2, 173.2, 185, 186, 187.1, 188.2, 189.1 ^a , 189.1.b, 189.2, 189.4, 189.5, 191.1, 192.2, 201, 223, 224, 225, 228, 229.1, 229.3, 230, 231.1, 232, 267, 287, 296, 618] [Sustitución termino "Rey": 451, 472, 486, 487, 490, 491]

De entre todos ellos, los artículos que a nosotros nos interesa ahora son: arts. 138 y 142 para el homicidio en su modalidad dolosa e imprudente respectivamente, arts. 139 y 140 para el asesinato y el 140 bis en relación a ambos tipos. Hay que advertir que la reciente LO 2/2019 de 1 de marzo modifica el art. 142 y añade el art. 142 bis, pero dicha modificación se obviará aquí por ser posterior a la reforma que ahora estudiaremos y carecer de interés para nuestro tema.

En líneas generales, podríamos decir que la reforma ha consistido en el establecimiento de nuevas modalidades para ambos delitos y la introducción, a sus supuestos más graves, de penas más elevadas de las que existían anteriormente. Veamos individualmente cómo esta idea principal se refleja en la nueva redacción que ofrecen actualmente los dos tipos penales.

A) Modificaciones en la regulación del homicidio doloso.

Ya el preámbulo de la LO 1/2015 en su apartado décimo nos informa de la razón por la que las nuevas circunstancias que agravan al asesinato agravarán también al homicidio: por coherencia. Dicha modificación viene dada por una previa recomendación, y es que el Consejo Fiscal criticó la incongruencia en la que caía el Anteproyecto de 2012 por este motivo. Para el Proyecto de Ley presentado ante el Congreso se siguió tal recomendación y, fruto de ello, se añadió un apartado segundo al art. 138⁴⁶. Sin embargo, lo que no guarda equilibrio ni proporcionalidad ninguna es el efecto agravatorio que las mismas circunstancias provocan al homicidio y al asesinato: mientras que al homicidio le aumenta su pena en el grado superior (de 15 años y un día hasta 22 años y medio) al asesinato le impone una pena potencialmente perpetua.

⁴⁶ Peñaranda Ramos, Enrique. "Las nuevas modalidades de..." ob. cit. nota 44. P. 16.

Sin embargo, se añade a estas circunstancias otra que nada tiene que ver con la nueva redacción del asesinato: que los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550. Vemos cómo la citada congruencia del preámbulo se ve diluida también aquí con esta nueva inclusión.

La nueva redacción del art. 138, tras la adición del segundo apartado, queda como sigue:

Art. 138:

1. *El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.*
2. *Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:*
 - a) *cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o*
 - b) *cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.*

Como vemos, el art. 138.2 CP se remite al art. 140.1, el cual forma parte de la regulación del asesinato. Por lo tanto, hay que tener en cuenta que el siguiente análisis de las circunstancias del art. 140.1 es un anticipo del estudio del asesinato que posteriormente haremos, si bien cada uno de ellos se orientará como se merece e intentaremos no ser redundantes.

I. Con respecto al homicidio cualificado por ser la víctima menor de dieciséis años de edad o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1.1º) encontramos la problemática respecto de la doctrina jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento. Recordemos que es aquella en la que el autor del delito se beneficia de una situación de indefensión no provocada ni buscada por él, sino que, simplemente, existe.

¿Cómo apreciar la alevosía (por desvalimiento) del art. 139⁴⁷, y por tanto calificar como asesinato el crimen, o apreciar un homicidio agravado por aprovecharse de tales circunstancias sin incurrir en *non bis in idem*?

Cierto sector doctrinal considera que lo que ha hecho la reforma es eliminar definitivamente la alevosía por desvalimiento. Sin embargo, otros autores tratan de conciliar ambas redacciones. En opinión de Peñaranda⁴⁸, dentro de la agravación por motivo de la edad podrá distinguirse según la misma si la persona es absolutamente incapaz de defenderse o no lo es. Por ejemplo, un recién nacido es clara y absolutamente incapaz de hacerlo, siendo aplicable

⁴⁷ La STS 5-3-2014 la define de manera similar a la nueva redacción que trae la reforma: “*consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas*”.

⁴⁸ Peñaranda Ramos, Enrique. “Las nuevas modalidades de...” ob. cit. nota 44. Pp. 19-20.

la doctrina de la alevosía por desvalimiento y, por tanto, siendo calificado como asesinato. Un menor de edad de 15 años sí sería relativamente capaz, y por tanto se apreciaría un homicidio cualificado. En el caso de personas vulnerables por su edad (no ya por ser menores, sino por ser ancianas), enfermedad o discapacidad, tal graduación sería más complicada pero también podría hacerse caso por caso para poder diferenciar ámbitos. De manera similar se pronuncia Alonso Álamo, cuando cree que la solución conciliadora pasa por apreciar la alevosía cuando el menor de dieciséis años fuese capaz de defenderse por sus características personales, pero es privado de dicha capacidad de defensa a causa del uso de medios, modos o formas por parte del autor del delito con ese fin⁴⁹.

II. Con razón al homicidio cualificado por ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima (art. 140.1.2º), a primera vista ya nos suscita dudas en relación a los concursos de delitos. Una posible alternativa la hallaríamos en el artículo 8 del Código.⁵⁰

Esta agravación genera una duda: ¿por qué delitos contra la libertad sexual, y no otros que también atenten contra intereses personalísimos de la persona, como delitos contra la libertad⁵¹? ¿y por qué respecto de cualquier delito contra la libertad sexual, si hay grandes diferencias entre los existentes⁵²?

También cabe preguntarse por qué no puede ser el homicidio acompañante del delito contra la libertad sexual. El precepto sólo expresa “subsiguiente”, de manera que el delito contra la libertad sexual habría de ser posterior al homicidio obligatoriamente.

Al fin y al cabo, podemos considerar que esta reforma provocará un aumento penológico a la hora de determinar la pena conjunta que se quiera imponer para aquellos casos en que se aprecie un concurso real de delitos entre este homicidio cualificado y un delito contra la libertad sexual, porque la pena del homicidio se ve aumentada por esta conexión entre ambos delitos.

III. Respecto del homicidio perpetrado por un miembro de un grupo u organización criminal (art. 140.1.3º), parece que aquí el Código Penal se acerca al modelo del “Derecho Penal del enemigo o de autor”⁵³ para alejarse del “Derecho penal del hecho”, el único compatible con

⁴⁹ Alonso Álamo, M. “La Reforma...” ob. cit. nota 8. Pp. 20-21.

⁵⁰ Según el art. 8.4º CP: “*el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*”.

⁵¹ Suárez-Mira Rodríguez, Carlos. “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)” en González Cussac (dir.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. Pp. 468-469.

⁵² Recordemos: abuso sexual, agresión sexual, violación, etc.

⁵³ Concepto acuñado por primera vez por Jakobs en 1985. Sería aquel Derecho Penal que actuaría sobre algunos sujetos (los “enemigos”) de manera especialmente adelantada y preventiva por considerarlos “fuentes

un Estado democrático de derecho⁵⁴. Esto se debe a que la mera pertenencia a una organización, o incluso a un grupo criminal, permite la apreciación de esta circunstancia agravante. Una interpretación posible y más adecuada a las exigencias constitucionales sería considerar, de una manera restrictiva, que para apreciar esta circunstancia el homicidio debería cometerse en conexión al objeto criminal de la organización o el grupo.

Hay que tener en cuenta que los arts. 570 *bis* y 570 *ter* ya castigan autónomamente la pertenencia a un grupo u organización criminal, y ello plantearía el problema del *non bis in idem*. Parecería evidente que se absorberían tales artículos dentro de esta circunstancia agravatoria para los delitos del homicidio y el asesinato, en virtud de lo dispuesto en el art. 8.3º.

IV. En cuanto al homicidio que constituye también un delito de atentado del art. 550, el preámbulo justifica dicha inclusión en la necesidad de reforzar la protección de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, si bien el círculo de sujetos protegidos en este artículo es mayor, incluyéndose a los profesionales docentes y sanitarios⁵⁵. Lo que no parece lógico es por qué dicho refuerzo no se lleva a cabo también en relación a los delitos de asesinato o lesiones, entre otros. Ante dicha incógnita, la LO 1/2015 guarda silencio.

V. Para finalizar el análisis del homicidio doloso, hay que tener en mente un importante detalle: al incluir un supuesto de homicidio agravado cuya pena oscila entre los 15 años y un día y los 22 años y medio, se están asimilando en gran manera las penas del homicidio agravado y el asesinato básico (de 15 años a 25 años), lo que no parece respetar los criterios de proporcionalidad y se aleja de la tradición jurídica española⁵⁶.

B) Modificaciones en la regulación del asesinato.

Llegamos finalmente al tipo penal central de nuestro estudio. Ya anteriormente, dentro del apartado correspondiente al *iter* prelegislativo, vimos cómo pretendía el Gobierno modificar su redacción, y a continuación urge ver cómo dicha voluntad consiguió cambiar la configuración de este delito.

de peligro”. Tomado de Demeterio Crespo, E. “Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo” en *Nuevo Foro Penal*, nº 69. Colombia: Universidad EAFIT, 2006. P. 68.

⁵⁴ Peñaranda Ramos, Enrique. “Las nuevas modalidades de...” ob. cit. nota 44. Pp. 19-20.

⁵⁵ Javato Martín, A.M. “Comentario al artículo 550 del Código Penal” en Gómez Tomillo y Javato Martín (Dir.) *Comentarios prácticos al Código Penal*, vol. 6. Cizur Menor, Navarra: editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2015. Pp. 422-423. Referencia tomada de Alonso Álamo, M. “La Reforma...” ob. cit. nota 8. P. 30.

⁵⁶ Álvarez García, Francisco Javier. “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (arts. 138, 139, 140 y 140 *bis*)” en Quintero Olivares (dir.) *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015. P. 323.

A grandes rasgos podríamos decir que los antiguos arts. 139 y 140 cambian su redacción y son aglutinados en un solo artículo 139, permitiendo al 140 obtener una redacción totalmente distinta y añadiéndole a continuación un art. 140 *bis* inédito hasta el momento. Podemos ver a continuación un cuadro comparativo en el que puede apreciarse la metamorfosis que aquí pasaremos a estudiar:

<p align="center"><u>Legislación anterior a la reforma</u> Redacción dada por LO 10/1995</p>	<p align="center"><u>Legislación posterior a la reforma</u> Redacción dada por LO 1/2015</p>
<p>Artículo 139.</p> <p><i>Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:</i></p> <p><i>1.ª Con alevosía.</i></p> <p><i>2.ª Por precio, recompensa o promesa.</i></p> <p><i>3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido</i></p>	<p>Artículo 139.</p> <p><i>1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:</i></p> <p><i>1.ª Con alevosía.</i></p> <p><i>2.ª Por precio, recompensa o promesa.</i></p> <p><i>3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.</i></p> <p><i>4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.</i></p> <p><i>2. Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior</i></p>
<p>Artículo 140.</p> <p><i>Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años</i></p>	<p>Artículo 140.</p> <p><i>1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:</i></p> <p><i>1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.</i></p> <p><i>2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.</i></p> <p><i>3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.</i></p> <p><i>2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.</i></p>
	<p>Artículo 140 bis.</p> <p><i>A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.</i></p>

Salta a la vista la mayor complejidad que la reforma le confiere a la regulación de este delito, y es que pasamos de una redacción que nos permita apreciar tres circunstancias para calificar una muerte como asesinato, el cual solo lleva aparejada la pena de prisión, a apreciar cuatro para el mismo fin y otras tres para poder aplicar la prisión permanente revisable. Además, y esto vale también para el homicidio, se añade la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada al reo condenado. Veremos a continuación y paso a paso cada variación.

I. Aumento de la pena del tipo básico (art. 139.1 CP).

Este aumento se produce a causa de la elevación de la pena máxima, hasta entonces de 20 años de prisión. Este ensanchamiento de la horquilla permite ahora al juez imponer una pena de prisión entre 15 y 25 años, produciéndose un aumento nada desdeñable de hasta cinco años de prisión. El propio Preámbulo de la LO 1/2015 justifica tal decisión de en la necesidad de otorgar al juez la posibilidad de imponer penas que la sociedad considere como justas.

Cuando el Consejo General del Poder Judicial adoptó la decisión de considerar a la prisión permanente revisable como constitucional, varios vocales emitieron un voto particular planteando la necesidad de las penas propuestas por la reforma, pero ya no desde una perspectiva de justicia (absoluta) como el Preámbulo hace, sino de necesidad preventiva (justicia relativa). En este voto particular se criticaba que la anterior regulación había conseguido que la tasa de homicidios dolosos y asesinatos fuese de las más bajas de Europa, por lo que no parecería haber ninguna necesidad en endurecer las penas⁵⁷.

Siendo el tramo entre pena mínima y máxima ahora de 10 años, cabe hacer referencia a las palabras del autor alemán Heinz Zipf cuando considera que *“mientras más amplio sea el marco punitivo legal para un tipo de delito determinado, mayor es la similitud de todos los marcos punitivos entre sí y, por consecuencia, menor será la medida en que el marco punitivo represente una expresión vinculatoria del legislador acerca de la clasificación del tipo delictivo particular”*.⁵⁸

II. Adición de circunstancias para apreciar el asesinato (art. 139.1.4° CP).

A las tres circunstancias anteriores se le añade un cuarto subapartado donde poder recoger una circunstancia (en realidad dos) de compleja aplicación e interpretación en opinión de

⁵⁷ Peñaranda Ramos, Enrique. “Las nuevas modalidades de...” ob. cit. nota 44. Pp. 26-27.

⁵⁸ Maurach, R., Gossel, K-H y Zipf, H. *Derecho penal. Parte General 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducido de la 7° ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: editorial Astrea, 1995. P. 692. Referencia tomada de Álvarez García, Francisco Javier. “Delitos contra la vida humana...” ob. cit. nota 56. P. 330.

muchos: *para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*. Estas circunstancias, si bien inéditas en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, no resultan nuevas en relación al Derecho Comparado, pues podemos encontrarlas en el Código Penal italiano (art. 576.1), en el francés (art. 221.2), en el alemán (parágrafo 211.2), etc.⁵⁹

Algo que no resulta claro tras la lectura de la redacción es si es necesario que el autor de la muerte lo sea también de aquel delito cuya comisión se pretende facilitar o encubrir, y ello y otras cuestiones que analizaremos a continuación traerán discusión en la doctrina y críticas hacia este nuevo subapartado. Incluso el Consejo Fiscal se pronunció en contra de la adición de tales circunstancias en base a los problemas concursales que podría provocar y a la previsible lesión del principio *non bis in idem* que se produciría en dichas ocasiones⁶⁰.

a) Para facilitar la comisión de otro delito.

¿En base a qué razón se justifica el castigar más duramente a quien mate para facilitar cometer otro delito? La doctrina ha dado diversas respuestas a la interrogante: un sector lo justifica en razón a una mayor necesidad de pena, según las funciones que la misma se considere que deba cumplir; un segundo sector lo basa en un mayor contenido de lo injusto, debido a un incremento de la antijuridicidad basado en la puesta en peligro de otros bienes jurídicos o una ausencia total de justificación; y, por último, otro sector lo basa en una mayor culpabilidad⁶¹.

Respecto a los problemas interpretativos a que pudiese dar lugar, parece claro que entre los dos delitos debe haber una conexión de medio-fin no necesaria. Es decir, no debe ser imprescindible la provocación de la muerte para la comisión del otro delito, pues el precepto habla de “facilitar”, de hacer más sencilla su comisión, y no de “posibilitar” tal comisión.

El delito cuya comisión se pretende facilitar deberá encontrarse, al menos, en fase de resolución⁶² y sin haber llegado a ser consumado. De haberlo sido, nos encontraríamos en todo caso, como resultaría evidente, en el caso de evitar que se descubriera⁶¹.

b) Para evitar que se descubra otro delito.

⁵⁹ Álvarez García, Francisco Javier. “Delitos contra la vida humana...” ob. cit. nota 56. P. 325.

⁶⁰ Peñaranda Ramos, Enrique. “Las nuevas modalidades de...” ob. cit. nota 44. P. 34.

⁶¹ Pantaleón Díaz, M. y Sobejano Nieto, D. “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal Español” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 29. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2014. Pp. 221-226, p. 227.

⁶² Recordemos que el *iter criminis* puede dividirse en deliberación, resolución, preparación, ejecución y consumación.

Podríamos decir que aquí se agrava al homicidio por suponer, además, algo parecido a un delito contra la Administración de Justicia como es el del encubrimiento⁶³. Si la lesión de un interés de la Administración de Justicia fuese el fundamento de esta agravación, habría que tener en cuenta un problema de proporcionalidad⁶⁴, y es que la pena del delito de encubrimiento depende de la del delito encubierto, y por ello nunca puede su autor ser castigado con una de privación de libertad mayor que la aparejada para el delito que ha sido encubierto (art. 452 CP). Por el contrario, en esta agravación del art. 139 dicha relación desaparece, puesto que no depende en ningún modo de la pena del delito encubierto y pasa automáticamente a ser calificado como asesinato con la posibilidad que ello acarrea, recordemos, de ser castigado con una pena de duración indefinida *a priori*.

La doctrina, por su parte, de nuevo se divide en tres a la hora de buscar la fundamentación de esta nueva circunstancia: en base a una mayor necesidad de pena, en base a un mayor contenido de lo injusto, o en base a una mayor culpabilidad⁶⁴.

Parece claro que el delito que se pretende encubrir puede encontrarse en cualquier fase del *iter criminis*, de forma que podríamos hallarnos ante el caso en que se pretendiese encubrir una simple tentativa o un acto preparatorio punible, sin olvidar que han de corresponder a un delito distinto del asesinato calificado así por tal circunstancia. El otro delito puede, entonces, ser anterior, simultáneo o posterior al asesinato cometido para encubrirlo⁶⁵

Sobre si comprenderían también los casos en los que el delito es conocido, pero se pretende ocultar algún extremo del mismo como por ejemplo la identidad de los autores o la existencia de algún agravante, no resulta nada claro.

III. El asesinato agravado (art. 139.2 CP).

La fórmula utilizada para agravar el asesinato es distinta de la que la redacción anterior presentaba: la imposición de la pena en su mitad superior en caso de que se cumpla más de una de las circunstancias del apartado primero. El *quid* de la cuestión aquí estriba en qué significa ahora esa mitad superior, pues, recordemos, la pena máxima del delito ha sido aumentada.

⁶³ Capítulo III del Título XX, arts. 451 a 454 CP.

⁶⁴ Pantaleón Díaz, M. y Sobejano Nieto, D. “El asesinato para facilitar...” ob. cit. nota 61. P. 231, pp. 230-233.

⁶⁵ Alonso Álamo, M. “La Reforma...” ob. cit. nota 8. P. 42.

Si la misma fórmula se hubiese aplicado en la redacción anterior (15 a 20 años de prisión) se calcularía de forma que el juez podrá imponer una pena de entre 17 años, 6 meses y un día hasta 20 años de prisión.

Con la nueva redacción, (15 a 25 años), la pena en su mitad superior será de entre 20 años y un día hasta 25 años de prisión. Como pudimos ver en su momento, la redacción anterior ya precisaba el mismo tramo penológico cuando se cumpliera más de una de las circunstancias. Lo único que ha cambiado, pues, ha sido la fórmula para llegar a dicho tramo.

IV. El asesinato hiperagravado y la inclusión de la prisión permanente revisable (art. 140 CP).

La nueva redacción del art. 140 sirve para incluir *ex novo* un asesinato hiperagravado en función de la concurrencia de cuatro circunstancias que imponen la condena a prisión permanente revisable. Además, tres de estas cuatro circunstancias (las del apartado primero) sirven al homicidio para imponer la pena superior en grado: de quince años y un día hasta 22 años y seis meses.

1º.- *Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad* (art. 140.1.1º CP).

Recordamos aquí de nuevo la problemática que plantea esta nueva circunstancia con la construcción jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento. Si se apreciara dicha alevosía para calificar como asesinato, y se apreciara después esta circunstancia para llegar al asesinato hiperagravado se estaría incurriendo en una lesión al principio penal del *non bis in idem*.

Esta modificación podría conllevar la eliminación de esta clase de alevosía, si bien ya desde la doctrina se proponían soluciones conciliadoras entre la nueva redacción y la tradicional alevosía por desvalimiento, aun con ello alertando de que en ningún caso esta evolución jurisprudencial será sencilla.

Como parece claro, esta circunstancia se basa en una especial vulnerabilidad de la víctima, y para ello automatiza dicha calificación en la menor edad de 16 años mientras que las demás circunstancias (edad avanzada, enfermedad o discapacidad) deberán ser objeto de prueba y valoración. Esta suposición *ex lege* no podría calificarse de otro modo que irreflexiva y

contraria a los principios de proporcionalidad y lesividad, pues prescinde de diferenciar entre tramos de edad dentro de la evolución psico-física del sujeto pasivo⁶⁶.

Por otro lado, los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal ya advirtieron de la discordancia entre edades que usaría el Código Penal tras esta reforma para apreciar una especial vulnerabilidad de la víctima, pues aquí se fija en 16 años y en otros contextos se hace con 13 años. Sin embargo, la voluntad del prelegislador no fue otra que aumentar la edad (de 15 años en el Anteproyecto a 16 en el Proyecto) para que finalmente siguiera existiendo dicha discordancia en nuestra regulación positiva.

2º.- *Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima* (art. 140.1.2º CP).

Se agrava en función de que sea subsiguiente (que no antecedente o simultáneo) a un delito contra la libertad sexual. Que haya sido este el ámbito delictual sobre el que construir la circunstancia agravante puede ser prueba de algo que desde la doctrina se ha advertido: se han elegido delitos que en la opinión pública siempre tienen una imagen especialmente repugnante. Por eso se explica que hayan sido elegidos todos los delitos contra la libertad sexual y no otros como aquellos contra la libertad o la integridad física o moral, los cuales también protegen bienes jurídicos personalísimos.

Sobre lo que podría haber debate es si se comprenden los casos en los que el asesinato se ejecuta sobre alguien distinto de la víctima del delito contra la libertad sexual como, por ejemplo, un testigo o una persona que previsiblemente fuese conocedora posteriormente de los hechos. Sin embargo, esto parece más bien subsumible dentro de la circunstancia nueva del art. 139 relativa al asesinato realizado para evitar que se descubra otro delito.

Basta en este punto una sucesión temporal, prescindiendo de cualquier cuestión causal, teleológica o subjetivo-final, a diferencia de otros Códigos de Derecho comparado como los de Italia o Francia. Podríamos hallar un conflicto en base a su compatibilidad con la circunstancia relativa a encubrir otro delito, que en este caso sería el delito sexual. Sin embargo, podríamos pensar que la circunstancia del art. 139 CP se basa en la esfera intencional del autor y que esta circunstancia del art. 140 CP se refiere al lado externo del acontecimiento, y de esta forma evitaríamos caer en un *bis in idem*.⁶⁷

⁶⁶ Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el derecho español contemporáneo” en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, nº 16. Bogotá, Colombia: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2019. P. 181.

⁶⁷ Alonso Álamo, M. “La Reforma...” ob. cit. nota 8. Pp. 25-26 y p.44.

En cuanto a la temporalidad entre un delito y otro, deberá considerarse concluido la acción relativa al delito contra la libertad sexual antes de que empiece la acción relativa al asesinato para poder ser apreciada la circunstancia que ahora analizamos⁶⁸.

3º.- *Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal* (art. 140.1.3º CP).

Es la circunstancia que de manera más clara puede ser considerada como un acercamiento al Derecho penal de autor. Al redactar “*por quien perteneciere*”, parece que el legislador considera como suficiente que el autor sea parte integrante de una organización⁶⁹ o grupo criminal⁷⁰, prescindiendo de si la muerte causada por él tuviese o no algún nexo con el objeto de la organización o grupo que se trate.

Un concurso de leyes aquí apreciable podría ser el de las organizaciones o grupos de sicarios. Esto es, personas que conforman un grupo u organización criminal con el objetivo de matar por encargo, percibiendo un dinero a cambio. La duda estribaría en si resultaría aplicable esta circunstancia o aquella del art. 139 que conlleva calificar como asesinato a la conducta homicida. Por virtud del art. 8.1 CP, podría ser considerado preferente este art. 140.1.3º debido a que la pertenencia a esta organización o grupo presenta una especificidad de mayor entidad que la contraprestación recibida⁷¹.

4º.- *Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas* (art. 140.2 CP)

La imprecisión de este artículo sobre a qué se refiere (concurso real de delitos, multirreincidencia, etc.) ya fue advertida por el Consejo General del Poder Judicial en un informe en el cual, además, consideraba que la interpretación más correcta atendiendo a la excepcionalidad de la pena aparejada era la de exigir un concurso real de delitos de, al menos, tres delitos de asesinato básicos (del art. 139 CP) para la apreciación de esta circunstancia. A esta postura se le sumó el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto, pero ninguna de las dos voces fue escuchada por el legislador⁷².

⁶⁸ Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación...” ob. cit. nota 66. Pp. 185-186.

⁶⁹ Agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos (art. 570 bis, apartado primero, del Código Penal).

⁷⁰ Unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos (art. 570 ter, apartado primero, del Código Penal).

⁷¹ Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación...” ob. cit. nota 66. P. 187.

⁷² Peñaranda Ramos, Enrique. “Las nuevas modalidades de...” ob. cit. nota 44. P. 41.

Si bien el artículo habla del condenado por la muerte de más de dos personas, su redacción se haya inspirada en el concepto del asesino en serie. Incluso el Preámbulo menciona los asesinatos “reiterados o cometidos en serie”.

De este modo, podemos entender varias opciones: que deba ser un caso de multirreincidencia (a su vez, en relación a un conjunto de delitos donde encontremos exclusivamente asesinatos, o de manera mixta podamos encontrar asesinatos y homicidios), que deba haberse acabado con la vida de una pluralidad de personas simultáneamente, o que haya sido de manera sucesiva y por tanto nos hallemos ante un supuesto análogo a un concurso real de delitos...

Algo que provoca una gran perplejidad es el hecho de que esta circunstancia iguale en la pena esta circunstancia con las tres anteriormente descritas. Es decir, tiene equivalencia haber asesinado a un menor de edad que cuenta con 15 años y haber asesinado a tres, cuatro o cinco personas mayores de edad. Donde reside la diferencia es en cuestiones de ejecución de la pena, debido a la remisión que hace al art. 78 *bis*.

Recordemos que la versión del Anteproyecto contaba con un error en su último apartado a la hora de efectuar una remisión. La versión siguiente, y por tanto el Proyecto y finalmente la ley que nos proporciona esta nueva redacción contiene, de nuevo, otro error: se remite a la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y a la letra b) del apartado 2 del mismo artículo, cuando en realidad debería hacerlo respecto de la letra c del apartado primero del mismo artículo⁷³. Vemos aquí de nuevo otra, y más grave por acabar formando parte del ordenamiento jurídico positivo, muestra de la improvisación y celeridad con la que se llevó a cabo esta transformación.

V. Ampliación de la aplicación de la medida de libertad vigilada (art. 140 *bis*).

Ya la Exposición de Motivos del Proyecto justificaba dicha ampliación (solamente nombrada en el Preámbulo de la LO 1/2015) con objeto de culminar la evolución tímidamente iniciada en la reforma del Código Penal de 2010 hacia la consagración de un sistema dualista conformado por penas y medidas de seguridad. En opinión de Sanz Morán⁷³, el *iter* prelegislativo que antecedió a la LO 1/2015 demostró que este sistema dualista pretendido no se corresponde con un sistema correctamente entendido, puesto que penas y medidas acababan comportándose, como decía el autor Karl-Ludwig Kunz⁷⁴, como “*partes ampliamente*

⁷³ Sanz Morán, Ángel José. “La reforma de los delitos...” ob. cit. nota 36. Pp. 833-834, p. 836.

⁷⁴ Kunz K.L. “Gefährliche. Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung” en *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für A. Exer zum 70. Geburtstag*. Alemania, Múnich: Verlag CH Beck, 2005. P. 1378. Referencia tomada de Sanz Morán, Ángel José. “La reforma de los delitos...” ob. cit. nota 36. P. 836.

intercambiables y funcionalmente complementarias de una estrategia unitaria de control de delincuentes peligrosos”.

Prevista inicialmente para los delitos sexuales, ahora puede ser impuesta también para todo el Título I del Libro II del Código Penal: asesinatos, homicidios dolosos e imprudentes, inducción al suicidio, etc.

Ese ámbito tan amplio es justamente donde podríamos enfocar la mayor crítica: menos dudas habría en relación a, por ejemplo, un asesino en serie, pero, ¿tiene sentido imponer dicha medida en un caso de homicidio eutanásico? ¿y en un homicidio imprudente?

Además, cabe preguntarse si sería adecuado imponer dicha pena al reo que hubiese cumplido una condena tan extensa como son las aparejadas para los delitos del Título I (10 a 15 años de prisión para el homicidio, 15 a 25 o prisión permanente revisable para el asesinato, de 4 a 8 para la inducción al suicidio y de 2 a 5 para la cooperación en el mismo, etc.), cuestión que ya desde la doctrina ha sido rechazada⁷⁵. También habría sido un acierto haber determinado con mayor precisión los supuestos en los que realmente se pudiese llegar a imponer esta medida y no haber hecho la tan general referencia a “*los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título*”⁷⁶.

⁷⁵ Suárez-Mira Rodríguez, Carlos. “Del homicidio...” ob. cit. nota 51. P. 482.

⁷⁶ Muñoz Ruiz, J. “Delitos contra la vida y la integridad física” en Morillas Cueva, L. (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: editorial DYKINSON, 2015. P. 359.

V. EL ASESINATO ACTUALMENTE: ESTUDIO DE LA REGULACIÓN POSITIVA.

Una vez hemos comprobado cómo el paso del tiempo ha traído consigo diferentes regulaciones para el delito de asesinato, deviene obligatorio dejar atrás los procesos modificatorios y las polémicas y críticas doctrinales sobre ellos para centrarnos en lo que todo jurista (o aspirante a tal) necesita saber a día de hoy sobre los caracteres de este delito y cómo los tribunales españoles han tratado de soslayar los problemas que, como vimos anteriormente, ya eran advertidos desde el sector de la doctrina científica.

Intentaremos realizar un estudio amplio acerca de cada circunstancia, conflicto y duda que se nos presente a la hora de estudiar este (actualmente) complejo delito. Para ello nos apoyaremos en, como no podía ser menos, la jurisprudencia que de estos últimos cinco años haya sido relevante para nuestro estudio y favoreceremos el valor didáctico de éste mediante la inclusión de ejemplos aclarativos que acompañen lo expuesto.

Si bien el conocimiento de la información de este bloque a estas alturas ya nos puede producir incluso impaciencia, es necesario detenerse un momento en una discusión que ha estado presente hasta ahora en este trabajo pero que, por razones de adecuación estructural, no ha sido objeto de ningún estudio en profundidad: la relación entre el homicidio y el asesinato.

5.1.- Relación homicidio-asesinato. ¿Es el asesinato un delito autónomo?

Como hemos estado viendo a lo largo de nuestra investigación, un debate quizá sempiterno es aquel que discute sobre si el asesinato es un tipo agravado del homicidio o si, por el contrario, nos hallamos ante un delito *sui generis*.

Es evidente que a ambos delitos les une una enorme vinculación, ya que son de los que nuestro Código Penal se sirve para proteger el derecho fundamental a la vida humana independiente. Y por ello nos preguntamos, ¿qué es la vida humana independiente?

El derecho a la vida⁷⁷, a consecuencia de la naturaleza biológica vivípara del ser humano, se divide entre dependiente e independiente. La primera haría referencia a aquellas fases en las que un ser humano vive a través de permanecer ligado al cuerpo de su progenitora gestante, dependiendo por tanto su vida de la de ésta. La segunda haría referencia al estadio posterior

⁷⁷ Recogido en el art. 15 de la Constitución Española como un derecho fundamental (Sección I, Capítulo II, Título I).

en el que el organismo del sujeto adquiere una capacidad y sustantividad propia de manera que podríamos considerar que vive independientemente de cualquier otro organismo.

Ahora bien, el inicio de esta vida humana independiente y, por tanto, el final de la dependiente, no es algo que resulte claro. En los tipos delictuales que castigan la vida desde el nacimiento hasta la muerte no se aclara nada sobre esta cuestión. Se habla constantemente de “otro”, pero nada más. Ello obliga a la doctrina científica a buscar una solución ante este problema jurídico, mediante criterios también jurídicos y a partir de datos biológicos.

De manera mayoritaria⁷⁸, la doctrina penal vigente en nuestro país considera que la vida se convierte en independiente con la total expulsión del claustro materno, utilizando la fórmula en la que el art. 30 del Código Civil condiciona la adquisición de la personalidad. A su vez, esta solución presentaría diversas variables⁷⁹: el criterio de la percepción visual, la autonomía de la vida, la respiración autónoma, etc. De esta manera, las actuaciones anteriores a esta expulsión nunca podrán calificarse como homicidio o asesinato.

En el mismo hospital se están produciendo dos partos: uno en la sala 100 y otro en la sala 33. En el de la sala 100, un enfermero se encuentra distraído y, a la hora de suministrarle a la embarazada los medicamentos y el suero necesarios le provoca una serie de problemas que acaban produciendo la muerte del *nasciturus*. En el parto de la sala 33, todo transcurre con normalidad y el recién nacido es expulsado con total normalidad. Sin embargo, cuando va a ser puesto entre los brazos de la madre, el médico resbala y deja caer al neonato con tan mala suerte de que muere al instante. Si bien ambas acciones provocan idéntico resultado e, incluso, pueden encontrarse muy próximas entre sí dentro del proceso del parto, las consecuencias pueden ser muy distintas: el enfermero será declarado como culpable de un delito de aborto imprudente (multa de 6 a 10 meses) mientras que el médico será castigado como homicida por imprudencia grave (prisión de 1 a 4 años) o menos grave (multa de 3 a 18 meses).

La doctrina, por su parte, ha ofrecido otras soluciones respecto del inicio de esta vida humana independiente, adelantando este momento al inicio de las contracciones y la dilatación (STS 22/01/1999) y considerando que la muerte durante el parto no será considerada como aborto (STS 29/11/2001)⁸⁰.

Para saber hasta qué punto se considera que una persona está viva, y por tanto se protege su vida humana independiente, el criterio doctrinal dominante es el de la cesación de la actividad cerebral. Sin embargo, la normativa aportó su grano de arena a través de los arts. 3 y 9 del Real Decreto 1723/2012, donde se aportan dos criterios de determinación de la muerte: por el cese de las funciones respiratoria y circulatoria (parada cardiorrespiratoria) o por muerte encefálica⁸⁰.

⁷⁸ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. P. 27.

⁷⁹ Villavicencio Terreros, F. “Protección del derecho a la vida” en *Vox Juris*, vol. 24, n.º. 2. Perú: Universidad de San Martín de Porres, 2012. Pp. 73-74.

⁸⁰ González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal. Parte Especial*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. Pp. 41-42, p. 43.

Resultándonos ya claro que ambos delitos se encuentran íntimamente relacionados en razón al bien jurídico protegido, debemos ver ahora si entre ellos sólo existe un delito o si son dos autónomos e independientes entre sí, lo cual, según algunos autores, puede acarrear importantes consecuencias sustantivas (accesoriedad de la participación y error) y procesales (homogeneidad o no a efectos del principio acusatorio, casación y prescripción)⁸¹.

A) A favor de su autonomía.

De un lado está el sector que defiende la autonomía del asesinato frente al homicidio. Aquí encontramos autores como Muñoz Conde, quien defiende su autonomía en base a razones penológicas, pues solo al asesinato se le aplicaba la pena de muerte antes y la prisión permanente revisable ahora. También encuentra el mismo autor razones para pensarlo por motivos sociológicos y lingüísticos⁸².

Cabe destacar que, viendo la actividad del legislador, parece que tiene en mente un delito autónomo. Esto se justifica en que reserva una denominación distinta (“asesinato”) al arrebatamiento de la vida bajo las circunstancias del art. 139 CP, y sobre ese tipo construye un complejo sistema de agravaciones. Pensar que el legislador tenía en mente lo contrario supondría convenir que estaba pensando en un tipo básico (homicidio), acompañado de tres grados agravatorios: el asesinato del art. 139.1, el asesinato del 139.2 por concurrir más de una de las circunstancias del apartado anterior y el asesinato del art. 140 que lleva aparejada la prisión permanente revisable.

Una parte importante de la doctrina, ya desde la redacción del Código Penal de 1973⁸³, venía considerando que la fundamentación de cada circunstancia constitutiva del asesinato (lo cual puede servir para saber si el delito tiene sustantividad propia o no) debía basarse en dos cuestiones: el incremento de lo injusto, y/o el incremento de la culpabilidad. Incluso hubo voces dentro de este grupo que propusieron que el debate se ciñese al segundo asunto. Antes de seguir, debemos dejar claro varias cuestiones terminológicas de necesaria comprensión para entender este punto.

El delito se define como una acción u omisión típica (prevista en un tipo penal), antijurídica (vulneradora de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico) y culpable (atribuible o reprochable a su autor).

⁸¹ Corcoy Bidasolo, M., Mir Puig, S., Vera Sánchez, J. y Mir Puig, C. *Comentarios al Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. P. 486.

⁸² Muñoz Conde, F. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 78. Pp. 41-42.

⁸³ Recordemos que hemos considerado al principio del trabajo que el verdadero Código Penal anterior al de 1995 es el de 1944, siendo el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, relegado a la categoría de reforma.

La primera nota, la tipicidad, se deriva del principio de igualdad del Derecho Penal el cual obliga a considerar como delito solamente aquellas conductas que de tal manera aparezcan en la ley, y la misma lo hace mediante el tipo, que podríamos definir como la descripción que hace el legislador de la conducta prohibida en el supuesto de hecho de la norma penal.

La antijuricidad es un juicio de valor según el cual se llega a la conclusión de que una conducta es vulneradora de las exigencias del ordenamiento jurídico. Relacionando ambos conceptos, se le llamará tipo de injusto al concepto que describe la conducta prohibida del supuesto de hecho de la norma penal que después será objeto del juicio de la antijuricidad⁸⁴.

Por último, la culpabilidad aparece cuando el sujeto obra de manera contraria a Derecho, pudiendo obrar conforme a él. Es un juicio de reproche hacia el autor de la conducta típica y antijurídica para dilucidar si merece o no ser sancionado una vez ya sabemos que su conducta estaba tipificada como delito y ataca a un bien jurídico protegido.

Como conclusión, podríamos decir que la doctrina buscaba encontrar fundamentación en base a si “vulnera en mayor medida las exigencias de Derecho” o si “su conducta es reprochable en mayor grado”. Sin embargo, este debate sobre la fundamentación puede ser considerado también como circunscrito únicamente a si las circunstancias constitutivas son elementos esenciales de la figura y no circunstancias accidentales, sin aportar nada en cuanto a su autonomía frente al homicidio⁸⁵. Adoptando esta tesis, el asesinato se fundamentaría en base a que lo injusto es más grave por el mayor desvalor de la acción y/o en base a que es más reprochable al autor, pero aún con ello seguiría siendo un tipo agravado del homicidio.

B) En contra de su autonomía.

De otro lado, el sector contrario defiende que el asesinato no es más que un tipo agravado del homicidio. Una de las razones aducidas es el sentido de la rúbrica del Título I del Código Penal: “del homicidio y sus formas”. Sin embargo, tal razón no parece convencer demasiado, ya que bajo esa misma lógica la inducción y cooperación al suicidio serían tipos dependientes del homicidio, conclusión que nadie defiende.

Otro posible motivo para pensar así sería que el asesinato se construye sobre el homicidio, ya que lo que diferencia al asesinato del homicidio es que, sobre la base de las circunstancias del homicidio, se cumplan otras que permitan apreciar que se ha producido un asesinato.

⁸⁴ Muñoz Conde, F., y García Arán, M. *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. P. 269.

⁸⁵ Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., y Boldova Pasamar, M. *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Albolote, Granada: Editorial Comares S.L., 2016. P. 28.

Dicho de otra manera: el asesinato primero es homicidio, y después, si se cumpliera una de las posibles circunstancias, se convierte en asesinato. También el núcleo de la conducta típica (“matar”) es idéntico para ambos tipos.

Volviendo al contenido de lo injusto, algunos autores⁸⁶ consideran que las circunstancias modificadoras del art. 139 no aumentan dicho contenido y que su única función es aumentar la pena bajo un juicio ético que debe ser rechazado. En conclusión, que el injusto (y la culpabilidad) que se exige en el homicidio es el mismo que en el asesinato, provocando entonces que éste sea materialmente dependiente de aquél, pero formalmente independiente.

C) Conclusiones.

Como vemos, la diversidad de opiniones en este debate es bastante amplia y ello provoca que no se haya llegado aún a una conclusión. Y es que ni siquiera la doctrina se ha puesto de acuerdo para determinar un criterio que sirva para aclarar cuándo un delito es autónomo respecto de otro/s y cuándo no⁸⁷: la diferenciación entre delitos circunstanciados y delitos con circunstancias (Del Rosal Fernández⁸⁸); la distinción entre elementos constitutivos típicos y elementos cualificativos (Quintano Ripollés⁸⁹), construyendo los primeros los delitos autónomos; mediante la interpretación de la regulación legal (Muñoz Conde⁹⁰), siendo los delitos autónomos los que cuentan con un contenido y ámbito de aplicación propios; por la constatación de un incremento del contenido de lo injusto (Morales Prats⁹¹) en los tipos cualificados y, *a sensu contrario*, no en los autónomos; considerando que un delito autónomo es aquel que tenga un contenido propio de desvalor (Jescheck⁹²), etc.

Por su parte, la jurisprudencia se ha decantado tradicionalmente por considerar al asesinato como autónomo⁸⁷, tanto pronunciándose expresamente en ese sentido como a la hora de fundamentar las circunstancias constitutivas, de lo cual subyace esta postura. Como

⁸⁶ González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. Pp. 57-58.

⁸⁷ Mesa Valiente, Alfonso. (2000). El delito de asesinato... ob. cit. nota 19. P. 221 y ss.

⁸⁸ Del Rosal, J. *Tratado de Derecho penal español. Parte general*, vol. II. Madrid: editorial Darro, 1972. P. 488.

Referencia tomada de Mesa Valiente, Alfonso. (2000). El delito de asesinato... ob. cit. nota 19. P. 221.

⁸⁹ Quintano Ripollés, A. *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo I, 2º ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1972. P. 237. Referencia tomada de Mesa Valiente, Alfonso. (2000). El delito de asesinato... ob. cit. nota 19. P. 224.

⁹⁰ Muñoz Conde, F. *Teoría general del delito*, 2º ed. Valencia: editorial Tirant lo Blanch, 1989. P. 53. Referencia tomada de Mesa Valiente, Alfonso. (2000). El delito de asesinato... ob. cit. nota 19. P. 226.

⁹¹ Morales Prats, F. “Artículos 139-140” en Quintero Olivares, G. (dir.) y Valle Muñoz, J.M. (coord.): *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona: editorial Aranzadi, 1996. P. 38. Referencia tomada de Mesa Valiente, Alfonso. (2000). El delito de asesinato... ob. cit. nota 19. P. 227.

⁹² Jescheck, H-H. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, 4º ed. Granada: editorial Comares, 1993. Pp. 241-243. Referencia tomada de Mesa Valiente, Alfonso. (2000). El delito de asesinato... ob. cit. nota 19. P. 232.

ejemplos, podemos nombrar las SSTs de 16 de marzo de 1981, de 8 de mayo de 1989, y de 29 de junio de 1990.

Por lo tanto, mientras en la doctrina aún no existe un entendimiento acerca de esta cuestión, la práctica ante los tribunales sí parece darnos una solución a la que atenernos y poder considerar, así, al asesinato como un delito autónomo y con sustantividad propia, aunque se encuentre fuertemente ligado al homicidio.

5.2.- Tipo básico: art. 139.1 CP.

Al fin llegamos al estudio del delito de asesinato en los términos que presenta su regulación actual. Para ello, seguiremos el esquema común en los manuales de Derecho basado en la descripción del tipo básico primero para continuar con sus modalidades agravadas, analizando en cada caso y de manera separada la pena y los tipos objetivo y subjetivo. Recordemos que, para mayor didactismo, se acompañará a la información con breves ejemplos prácticos.

Antes de comenzar por exponer el tipo objetivo, debemos dejar clara una cuestión: dentro de la estructura del tipo, se diferencia entre tipo objetivo y tipo subjetivo. Este último hace referencias a los elementos psíquicos e intelectuales (volitivos) del autor del delito, mientras que el primero se refiere a la conducta llevada a cabo en sí misma considerada⁹³. Podríamos decir coloquialmente que, uniendo ambos tipos, la información que obtendremos será saber “qué hizo el autor del asesinato” y “qué pensaba cuando lo hacía”.

A) Tipo objetivo.

En coherencia con lo dicho anteriormente, en este apartado nos ceñiremos al estudio de todos aquellos elementos objetivos que caractericen objetivamente al supuesto de hecho de este tipo penal, dejando para el tipo subjetivo el estudio del contenido de la voluntad del autor.

El bien jurídico protegido por este tipo penal es la vida humana independiente. Recordemos que, como dijimos antes, se considera que se inicia tras la total exclusión del claustro materno (doctrina científica) o tras el inicio del parto (doctrina jurisprudencial) hasta la muerte. Por consiguiente, el objeto material sobre el que recae la acción del delito es la persona física viva.

Los sujetos, tanto activo (autor) como pasivo (víctima) pueden ser cualquier persona según la fórmula empleada en el Código: “el que matare a otro”. Eso sí, debemos tener en cuenta

⁹³ Kindhäuser, U. “El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº4. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2008. P. 5.

que los límites a esta conclusión se encuentran en el concurso de normas. Así, si el sujeto pasivo fuese el Rey, la Reina, el Príncipe o Princesa de Asturias y otros relacionados⁹⁴ será aplicable el art. 485 CP. Por lo mismo, si se tratase de un Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado que se hallare en España, será aplicable el art. 605 CP, y si estuviésemos ante un caso de terrorismo aplicaríamos el art. 573 *bis*.

La conducta descrita del supuesto de hecho es clara: matar a otro. La pregunta es, ¿cabe la comisión por omisión? No nos haríamos la misma pregunta en relación al homicidio, donde no es necesario que se den una de las circunstancias del art. 139. Y es que son estas circunstancias las que nos obligan a plantearnos esta cuestión.

Pues bien, parece posible aceptar que esto sea así, aunque haya que realizar un estudio caso por caso y haya voces doctrinales que aleguen excepciones⁹⁵. Respecto de la alevosía, podríamos considerar que el autor obra con ella cuando, mediante una omisión, coloca al sujeto pasivo en una situación de indefensión que acaba provocando la muerte.

Con motivo de las fiestas patronales de una gran ciudad se celebra un espectáculo en la plaza de toros municipal consistente en que un especialista se muestra encerrado en un recinto cerrado y sin techo sobre el cual se encuentran suspendidas en el aire a distintas alturas cuatro bolsas que cuentan con amplio material pirotécnico en su interior. Estas bolsas caerán sobre el recinto y provocarán una gran explosión si el especialista no logra hacerlas implosionar previamente disparándolas con una pistola de bengalas, cuya tenencia por su parte depende de que un técnico oprima un botón desde la sala de control que abra una trampilla dentro de la cual se halla. Cuando el espectáculo comienza, se inicia la cuenta atrás para el desplome de las bolsas y el público mira atento al especialista, el cual se dirige a la trampilla confiando en que se abra de inmediato. Sin embargo, el técnico decide no llevar a cabo su cometido ni tampoco pausar la cuenta atrás, dedicándose a observar su alternativo y macabro espectáculo. Como consecuencia de su inacción, la trampilla no se abre, el especialista se halla indefenso ante la inminente caída y las bolsas acaban desplomándose contra el recinto, provocando una enorme explosión que acaba con la vida del especialista.

Sin embargo, respecto de esta afirmación no faltan pronunciamientos en contra. Así, desde la doctrina se han posicionado en contra⁹⁶ de aceptar la modalidad omisiva en el asesinato alevoso algunos autores que consideran que la alevosía exige una conducta positiva. Idéntica conclusión se ha defendido desde la jurisprudencia, pudiendo destacar las SSTS de 26 de abril de 1974 y de 21 de diciembre de 1977.

El ensañamiento podría darse en aquellos supuestos en que el autor, garante respecto de la vida del sujeto pasivo, no evite dolores innecesarios a la víctima y le avoque a morir de manera

⁹⁴ El art. 485 se refiere a causar la muerte a: el Rey, la Reina, el Príncipe o Princesa de Asturias, los ascendientes o descendientes del Rey o de la Reina, la Reina consorte, el consorte de la Reina, el Regente o algún miembro de la Regencia.

⁹⁵ Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., y Boldova Pasamar, M. *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a...* ob. cit. nota 85. P. 27.

⁹⁶ Mesa Valiente, Alfonso. (2000). El delito de asesinato... ob. cit. nota 19. P. 273.

más lenta y/o dolorosa. Tampoco aquí nos libramos de voces discordantes que opinan que es incompatible el ensañamiento con una modalidad omisiva de la conducta⁹⁷.

Un trabajador es contratado para cuidar de una anciana impedida para realizar cualquier actividad por sí misma. Esto quiere decir que es él quien debe alimentarla, limpiarla, acostarla, etc. Cierta día, el cuidador decide sentar a la anciana en su silla de ruedas, llevarla al salón y dejarla ahí hasta que muera de sed o inanición. Efectivamente así lo hace y, tras tres días totalmente descuidada, la anciana muere por deshidratación.

Parece más claro respecto de los anteriores casos que podrá haber la omisión en el asesinato mediante precio, recompensa o promesa y para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra. Al fin y al cabo, lo que requeriría esta situación es que se mate por inacción concurriendo estas circunstancias.

Un joven llamado Alfredo, bajo la promesa propuesta por su hermana de pagarle diez mil euros, decide matar a la expareja de ésta, quien casualmente es compañero de trabajo del joven. Ambos son trabajadores de la construcción, siendo Alfredo el encargado de controlar la grúa. Durante la jornada, Alfredo, estando ya sentado en la cabina de la grúa, se da cuenta de que un error mecánico, fácilmente subsanable, está provocando que el brazo de la grúa descienda y gire a una velocidad cada vez mayor. Cerciorándose de la dirección a la que se dirigirá el brazo, certifica que caerá sobre el puesto de trabajo de la expareja de su novia. Entonces, decide no intervenir y dejar que el brazo aplaste al sujeto, cosa que efectivamente acaba sucediendo. De repente, Alfredo recuerda que su cabina es controlada por videovigilancia desde una caseta prefabricada próxima a la grúa, por lo que opta por seguir inactivo y provocar la destrucción de la caseta y la muerte del encargado que ahí trabajaba para evitar ser descubierto.

En conclusión, podemos afirmar que cabría la comisión del asesinato por omisión, si bien discutiendo sobre en qué supuestos, cuando se cumpla uno de los requisitos del art. 11 CP: cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar por parte del sujeto activo o cuando éste haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

En cuanto al resultado de este delito, evidentemente es la muerte efectiva de la persona. Por ello, a consecuencia de ser éste un delito de resultado y no de mera actividad, entre la acción de matar y la efectiva muerte debe existir una relación de causalidad que explique cómo la conducta fue causa del resultado. Para establecer esta relación atenderemos a la teoría de la equivalencia de las condiciones⁹⁸, entendida en el sentido de que es causa toda conducta que contribuye a la causación del resultado desde un punto de vista físico, lógico o natural. Una vez hayamos determinado un elenco de conductas, aplicaremos la teoría de la imputación objetiva para saber si tal resultado es imputable objetivamente a la conducta del sujeto.

Recordemos que, según esta teoría, habrá imputación objetiva siempre que concurren los siguientes requisitos⁹⁹: que la conducta cree o incremente un riesgo más allá de lo permitido,

⁹⁷ González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. P. 63.

⁹⁸ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 78. P. 30.

⁹⁹ Muñoz Conde, F., y García Arán, M. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 84. Pp. 243-245.

que el resultado sea la realización de dicho riesgo y que dicho resultado se halle comprendido en el ámbito de protección de la norma.

Hasta aquí hemos llegado a la parte del tipo objetivo que coincidiría con el homicidio. Es decir, lo expuesto anteriormente hasta este punto podría decirse también *mutatis mutandi* del homicidio. Lo que distingue aquí a ambas figuras es la concurrencia de las circunstancias constitutivas del asesinato del art. 139.1 CP, y son estas las que a continuación analizaremos desde, recordemos, un punto de vista actual y positivista.

Antes de analizarlas, hay que dejar clara una cuestión: el listado que ofrece el art. 139 tiene una estructura alternativa. Es decir, vale con que se aprecie una de ellas para considerar al delito como un asesinato. Si concurriesen más de una, se aplicará la agravación del apartado segundo con la consiguiente consecuencia a efectos de determinar la pena.

1) LA ALEVOSÍA

I. La concurrencia de la alevosía al dar muerte a otro ha sido un recurso permanente en la historia para agravar al delito del homicidio y/o configurar el delito de asesinato. Como vimos al principio de este trabajo, ya el Código Penal de 1822 recogía este requisito y desde entonces no se ha prescindido de él. Este uso generalizado, unido a su amplia casuística, ha logrado que esta sea, sin ninguna duda, la circunstancia que más debate y construcción doctrinal ha provocado, provocando auténticos ríos de tinta con el objetivo de fijar sus límites, requisitos, modalidades, etc.

Dentro de esta modalidad encontraron cobijo algunas modalidades de las que se prescindieron en reformas anteriores. Por ejemplo, el veneno o el incendio son considerados medios insidiosos, que eliminan cualquier posibilidad de defensa de la víctima y, por tanto, esa casuística será reconducida a la alevosía (SSTS 20-3-2003 y 6-6-2002, entre otras).¹⁰⁰

II. El primer punto del que podemos partir para interpretar y definir esta circunstancia es la definición que de ella hace el Código Penal en el art. 22.1.1º: “*hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*”. Podemos ver que su fundamento se encuentra cuando se ejecuten tales medios, modos y formas para asegurar la ejecución de su delito y mermar la defensa de la víctima. De esta redacción trasluce un elemento tendencial, semejante al elemento subjetivo

¹⁰⁰ Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., y Boldova Pasamar, M. *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a...* ob. cit. nota 85. P. 28.

de lo injusto exigido en los delitos de tendencia (SSTS 18-3-1988 y 27-10-1989)¹⁰¹, como podría ser, por ejemplo, el ánimo de lucro en el delito de hurto recogido en el art. 234.1 CP.

Podríamos decir que la alevosía consta de cuatro requisitos: normativo (que sea aplicada sólo en delitos contra las personas), objetivo (que radique en los medios, modos y formas empleados), subjetivo (que el agente haya buscado o aprovechado conscientemente tal situación con la intención de eliminar toda resistencia del ofendido) y teleológico (que se produjera efectivamente tal situación de indefensión).¹⁰²

Sin embargo, y en relación a esto, como ya dijimos la jurisprudencia partió de una tradicional concepción subjetiva de la alevosía hasta una postura mixta (SSTS 9-5-2019 y 16-7-2004, entre otras¹⁰³) o predominantemente objetiva en la que recobra importancia para su apreciación el uso en sí de tales medios, modos y formas (SSTS 7-7-2008, 13-4-2005, entre otras) dejando a un lado la voluntad de aseguramiento del autor.¹⁰⁴

Recordemos también que la doctrina se ha dividido en el debate en cuanto al fundamento del incremento de la sanción por la apreciación de la alevosía: en una mayor perversidad del sujeto activo, en una mayor clandestinidad en la ejecución, en la idea del aseguramiento en la ejecución sin riesgo que proceda de la víctima, en la mayor debilidad del bien jurídico atacado (implicando un mayor desvalor de acción), etc.¹⁰⁵

III. Un problema que acarrea la alevosía es el de su apreciación cuando, durante el desarrollo de los hechos, cambian las circunstancias. Es decir, cuando durante la ejecución del delito la situación de indefensión desaparece o aparece, dando lugar a dos tramos de conducta diferenciados por esta cuestión. En estos casos nos surge la duda de si apreciar la alevosía o no hacerlo, o de solucionar el problema acudiendo a los concursos de delitos.

Para disfrutar de una tarde recreativa de caza, Andrés y Alberto se echan al monte cercano a Baltanás, el pueblo donde residen. Alberto, harto de la soberbia de la que Andrés siempre hace alarde cuando relata sus sesiones de caza, decide rezagarse y disparar por detrás a Andrés y dejar ahí su cadáver. Decidido pero nervioso, Alberto aprieta el gatillo pero yerra en su disparo, alertando a Andrés, quien se da la vuelta y procede a cargar y disparar su rifle. Ambos se intercambian disparos hasta que Andrés recibe un disparo a la cabeza. ¿Hay aquí alevosía, aunque hayan estado sobrevenidamente en igualdad de condiciones? ¿Cabría un concurso de delitos entre un asesinato en grado de tentativa y un homicidio? Las mismas preguntas podríamos hacernos en el caso contrario: dos personas se enzarzan cara a cara en una pelea homicida, hasta que una cae al suelo malherida e inmóvil. El

¹⁰¹ Morales Prats, F. “Del homicidio y sus formas (arts. 138 a 143)” en Quintero Olivares, G. (coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª edición. Cizur Menor, Navarra: editorial Aranzadi, 2016. P. 52.

¹⁰² González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. Pp. 60-61.

¹⁰³ Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V., Hortal Ibarra, J., Miranda, G., y Rogé Such, G. *Manual de derecho penal: adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de Reforma del Código Penal: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. P. 50.

¹⁰⁴ Álvarez García, Francisco Javier. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 18. P. 85.

¹⁰⁵ Quintero Olivares, Gonzalo. *Tomo XXXII Esquemas...* ob. cit. nota 17. P. 31.

otro, para rematarle, le propina una patada en la cabeza que le provoca la muerte. ¿Habrá alevosía aunque al principio estaban en igualdad de condiciones? ¿Cabrá un concurso de delitos entre un homicidio en grado de tentativa y un asesinato por alevosía?

La opinión del Tribunal Supremo es que la conducta sólo será alevosa si lo era desde un inicio y no cabría apreciar un concurso compuesto por el homicidio (u otros) y el asesinato (STS 14-2-2014). Sin embargo, se aceptará la existencia de la alevosía sobrevenida cuando existan dos acciones diferenciadas, lo cual ocurrirá cuando, habiendo mediado un enfrentamiento previo, se produce un cambio cualitativo en la situación que provoca una nueva fase de agresión con sus propias características (STS 12-2-2016). Por otro lado, se apreciará el concurso de delitos cuando la situación originaria haya cambiado sustancialmente hasta el punto de poder diferenciar dos delitos distintos.¹⁰⁶

En el ejemplo anterior de los cazadores se apreciaría la alevosía porque la conducta así lo era en un inicio. En la pelea de bar no se apreciaría esta alevosía, porque inicialmente no había tal situación de indefensión provocada o aprovechada por el autor, sino que vino como consecuencia sobrevenida a la pelea homicida.

Un ejemplo de alevosía sobrevenida sería, por ejemplo, el caso en el que una persona propina de frente un puñetazo a otra, y ésta se da la vuelta y comienza a llorar durante unos segundos mientras se tapa la cara. Imprevisiblemente, la agresora estrangula por detrás a su víctima y la acaba matando. En un primer momento, la conducta se basa en una agresión física de frente. En segundo término, se aprovecha, mediante una acción de mayor entidad e imprevisible, la situación de indefensión en la que se encuentra la víctima. Podemos convenir que existen dos acciones diferenciadas, con características propias y distintas de la otra.

IV. Es aceptado generalmente por la doctrina y la jurisprudencia que no es necesario que el autor haya provocado o buscado tal situación de indefensión, pues basta que tales existan y el autor los utilice conscientemente, incluso habiendo sido aportada por un tercero, para el fin de matar a otro. Esta conclusión, sumada a la ya de por sí amplia casuística posiblemente subsumible dentro de la modalidad alevosa, ha dado lugar a una construcción de las diversas modalidades de la alevosía que pasamos a explicar a continuación:

A. La alevosía proditoria o traicionera.

Este tipo de alevosía es la que se caracteriza por llevarse a cabo mediante la emboscada, el acecho (SSTS 24-5-1996, 25-4-1985, etc.¹⁰⁷) Como decía el Código de 1822, el ataque efectuado “a traición sobre seguro”. Es la espera en uno o varios lugares durante un tiempo para buscar una situación en la que la víctima no tenga escapatoria y darle ahí muerte. Como dice acertadamente Quintano Ripollés¹⁰⁸, esta modalidad alevosa “*presume una cierta premeditación y plan topográfico*”, y es que no mentiremos si decimos que esta modalidad se

¹⁰⁶ Muñoz Conde, F. *Derecho penal: parte especial*, 22ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Pp. 48-49.

¹⁰⁷ Mesa Valiente, Alfonso. (2000). El delito de asesinato... ob. cit. nota 19. P. 113.

¹⁰⁸ Quintano Ripollés, A. *Tratado*... ob. cit. nota 89. P. 271. Referencia tomada de Mesa Valiente, Alfonso. (2000). El delito de asesinato... ob. cit. nota 19. Pp. 112-113.

identifica con una concepción subjetiva de la misma, en la que la intención de dar muerte lleva al autor a realizar una cierta planificación y selección de medios.

Como venganza por razones personales anteriores, un campesino decide acabar con la vida de un terrateniente local de su pueblo. Para ello idea una estrategia: sabiendo de la ruta que éste siempre hacía cuando salía a cazar, le esperaría subido a las ramas de un alto árbol con una soga en sus manos, que lanzaría al cuello del terrateniente cuando éste pasase por debajo. Por lo tanto, el campesino subió por el tronco del árbol hasta una rama gruesa donde poder esperar, aguardó durante media hora al terrateniente y le vio acercarse. Cuando se encontraba justo debajo, el campesino lanza la soga al cuello y le logra alcanzar. A continuación, tira de la cuerda hacia arriba para ahogar a la víctima, ata el extremo de la misma a una rama y lo deja ahí colgado.

B. La alevosía súbita o inopinada.

También llamada sorpresiva, es aquella en la que el autor no se halla escondido al acecho de nadie, sino que se muestra con total normalidad. Sin embargo, éste no revela sus intenciones y ataca en una situación, provocada o no por él, en la que la víctima se halla sin opciones de protegerse. La agresión se produce entonces de una manera sorpresiva, súbita, inopinada e imprevisible en la que la víctima no podía esperarse tal agresión por falta de indicios que le hicieren estar alerta (SSTS 15-10-1996, 8-5-1996, etc.)¹⁰⁹. En ocasiones, esta imprevisibilidad viene por parte de un engaño por parte del autor, que crea una situación de confianza con la víctima que hace a ésta sentirse ajena a cualquier temor (SSTS 27-9-2001, 7-3-2000, etc.)¹¹⁰.

Podríamos entender que esta modalidad se basa en una concepción objetiva de la alevosía, ya que, a diferencia de la proditoria, aquí no es preciso que los medios utilizados hayan sido buscados previamente, sino que basta con aprovecharlos una vez se presentan. Es decir: lo importante es la comisión mediante el uso de tales medios en sí, prescindiendo de si anteriormente se planificó algo o no.

David invita a cenar en su domicilio a Antonio, un distraído compañero del trabajo desde hace un par de semanas. Durante la cena, Antonio derrama por accidente una copa de vino sobre el mantel, lo cual enfada enormemente a David. Sin embargo, el anfitrión no da muestras de su enfado y ambos se dirigen a la cocina para limpiar el estropicio. Antonio, empujado hacia la voluntariedad por su torpeza, recoge el mantel, lo lava y se asoma al patio interior del edificio para tenderlo. Mientras coloca las pinzas, David, totalmente cansado de aguantar las torpezas de su compañero en el trabajo y ahora también en su propia casa, le mira y sopesa la opción de acabar con la vida de su invitado, lo cual decide en cuestión de pocos segundos. Se acerca a él por detrás, le agarra de las piernas y le precipita al vacío desde un sexto piso, acabando con su vida por el traumatismo sufrido en la caída.

Esta sería la modalidad que el Código de 1822 recogía en su art. 609 cuando hablaba del ataque sorpresivo. Como se explicó anteriormente, este Código recogía de manera demasiado extensa un catálogo de circunstancias que, con el tiempo, fueron agrupándose, y aquí vemos el ejemplo de ello.

¹⁰⁹ Mesa Valiente, Alfonso. (2000). El delito de asesinato... ob. cit. nota 19. Pp. 114-115.

¹¹⁰ Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V., Hortal Ibarra, J., Miranda, G., y Rogé Such, G. *Manual de derecho penal...* ob. cit. nota 103. P. 50.

Dentro de la alevosía súbita se encuentra su submodalidad de alevosía sobrevenida¹¹¹. Como antes dijimos, ésta se caracteriza por presentarse en una secuencia posterior al inicio de la acción delictiva, en la que se reanuda el ataque aprovechando una situación sobrevenida de indefensión (SSTS 24-2-2004, 22-1-2009, etc).

C. La alevosía por desvalimiento.

Finalmente llegamos a la alevosía por desvalimiento, la cual se caracteriza por ser aquella en la que el autor del delito se vale de una situación de indefensión en la que el sujeto pasivo se encuentra, por la razón que fuese. Como podríamos encontrar en abundante jurisprudencia¹¹¹, esta situación es la que “*acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosos*” (SSTS 24-4-2017, 4-4-2017, etc.). Nos hallamos aquí frente a la doctrina jurisprudencial de los seres constitucionalmente indefensos, los cuales, por sus propias características, se hallan permanentemente en una situación de indefensión que permite al juez apreciar la alevosía para el autor del delito que se sirva de la misma. De nuevo, la concepción objetiva es sobre la que descansa esta modalidad, ya que la situación de indefensión es, simplemente, aprovechada por el autor sin que hubiese realizado ningún acto encaminado a provocarla.

Andrés, cansado de ciertos problemas familiares, decide acabar con la vida de su cuñado Álvaro, el cual se encuentra en estado grave en el hospital. Aprovechando que no había nadie en el cuarto, entra en el mismo sin hacer un ruido, agarra una almohada y la usa para ahogar a su cuñado, quien, inmóvil, acaba muriendo asfixiado al cabo de unos segundos.

Como luego veremos, este automatismo aplicativo entra en conflicto con la circunstancia del abuso de superioridad y con la circunstancia añadida en 2015 al art. 140, relativa al asesinato producido cuando “*la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*”.

D. La alevosía convivencial.

Reconocida jurisprudencialmente de manera mucho más próxima en el tiempo, esta novedosa modalidad consiste en el aprovechamiento por parte del autor del delito de la confianza generada por la víctima en base a la convivencia con el mismo, que le lleva a despreocuparse e ignorar la necesidad de defenderse de un eventual ataque del agresor conviviente (SSTS 26-12-2018, 20-1-2012, etc.).¹¹¹

Juan y Laura, en una calurosa tarde de verano, se conocen en un bar y comienzan a hablar. Rápidamente se enamoran y comienzan a salir, comenzando incluso a vivir en el mismo domicilio meses después. Cuando llevan ya un año de convivencia, las cosas empiezan

¹¹¹ Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación...” ob. cit. nota 66. P. 179, p. 179 y p. 180.

a torcerse y las discusiones son continuas. En una de ellas, la pareja rompe. Al día siguiente, Juan comienza a gritar coléricamente a la cara a Laura y, a los pocos segundos, le comienza a estrangular hasta provocarle la muerte, cosa que ella en ningún momento pudo esperarse dada la confianza que había depositado en la que fue su pareja hasta el día anterior.

Como vemos, esta modalidad presenta una gran similitud con la alevosía inopinada basada en una situación de indefensión producida por la confianza generada por el autor a la víctima. Sin embargo, el elemento que parece aquí ser el distintivo es el de que el origen de esa confianza provenga de la convivencia entre ambos sujetos.

Podría pensarse que la introducción de esta modalidad por el Tribunal Supremo tendría como objetivo ofrecer una mayor protección a las víctimas de violencia de género¹¹². Sin embargo, esto podría resultar contraproducente, ya que normalmente en esas situaciones las agresiones por parte del posteriormente autor del asesinato son constantes, lo que hace a la víctima precisamente temer diariamente a la persona con la que convive. Además, si fuese la parte sometida de la pareja quien acabase con la vida de la dominadora, apreciaríamos esta modalidad alevosa contra la víctima de violencia de género porque su agresor no temía ningún tipo de defensa por parte de su totalmente dominada pareja.

También surgen dificultades respecto de otros casos, como la muerte por compasión (en la que un conviviente cuida de otro que padece un gran sufrimiento, y para librarle del mismo decide acabar con su vida). Aquí podríamos apreciar la alevosía y la circunstancia del art. 140 relativa al asesinato sobre una persona especialmente vulnerable en razón de su edad, enfermedad o discapacidad, lo que nos llevaría a aplicar la pena de prisión permanente revisable de una manera bastante injusta y excesiva¹¹².

V. Dejando atrás ya las modalidades de alevosía, hay una figura que nos obliga a establecer una limitación entre ésta y la conducta alevosa: el abuso de superioridad. Y es que la jurisprudencia ha declarado¹¹³ que tanto la alevosía como el abuso de superioridad tienen su fundamento en una mayor peligrosidad *ex ante* de la conducta, es decir, una mayor probabilidad de que el bien jurídico sea definitivamente lesionado (SSTS 10-11-2006, 14-9-2006, etc.).

Por su parte, la jurisprudencia (SSTS 15-9-2009, 5-3-2014, etc.) ha establecido una serie de requisitos para poder apreciar el abuso de superioridad¹¹⁴:

¹¹² Masip de la Rosa, Luis Iván (2016). La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, España. Pp. 441-443, p. 444.

¹¹³ Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V., Hortal Ibarra, J., Miranda, G., y Rogé Such, G. *Manual de derecho penal...* ob. cit. nota 103. P. 52.

¹¹⁴ Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación...” ob. cit. nota 66. P. 180.

- a) Que se produzca una situación de superioridad, que consistirá, por cualquier circunstancia, en un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido.
- b) Que dicha superioridad produzca una disminución notable en la capacidad de defensa de la víctima, sin que llegue a ser eliminada totalmente.
- c) La concurrencia de un elemento subjetivo, consistente en el dolo del autor en el que éste conozca tal situación de desequilibrio de fuerzas y la utilice para facilitar la comisión del delito.
- d) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien porque sea uno de sus elementos típicos o porque debiera necesariamente realizarse así.

Por lo tanto, la diferenciación es clara: la alevosía elimina totalmente la capacidad de defensa, mientras que el abuso de superioridad sólo la disminuye sin llegar a eliminarla. Si en el caso concreto se llegase a eliminar, nos hallaríamos ante la alevosía, que de este modo constituye el límite superior al abuso de superioridad y es lo que hace que la jurisprudencia la denomine¹¹⁵ “alevosía de segundo grado” o “alevosía menor” (SSTS 29-4-19, 7-7-2015, etc.).

VI. Otra cuestión problemática es la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual. Recordemos que este tipo de dolo es aquel en el que el resultado lesivo se le presenta al autor de manera probable, pero no necesaria, y que no por ello el autor rehúsa en su conducta y por ello acepta conscientemente la probabilidad del daño a causa de su acción.

Por el carácter tendencial de la alevosía parecería válido considerar que es preciso un dolo directo, de modo que el sujeto conozca que tales medios conducen a eliminar la posibilidad de defensa de la víctima, pero no habría problema en admitir la concurrencia de un dolo directo respecto de la circunstancia alevosa y un dolo eventual respecto del resultado.¹¹⁶

VII. Y si en la comisión del delito hubieran participado personas distintas del autor material del mismo, ¿se podrá apreciar la alevosía para estos partícipes? El art. 65.2 del Código Penal nos ofrece una solución al respecto: *“las (circunstancias agravantes o atenuantes) que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.”* Respecto del inductor, que es quien hace nacer la idea delictiva en la

¹¹⁵ Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V., Hortal Ibarra, J., Miranda, G., y Rogé Such, G. *Manual de derecho penal...* ob. cit. nota 103. P. 52.

¹¹⁶ Arias Eibe, J.M. “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7. Granada: Universidad de Granada, 2005. P. 8

mente del autor, entenderíamos que sería responsable en aquellos casos en los que el planteamiento aportado por el inductor contemplaba el uso de los medios alevosos y éste, mínimo, obrase en base a un dolo eventual.¹¹⁷

Dos amigos, Francisco y Enrique, conversan en la tasca del pueblo. En ese momento, entra Miguel, un vecino con el que Francisco había tenido problemas relativos a la delimitación de sus fincas desde hacía mucho tiempo. Enrique, tan vehemente como siempre, se enfurece al sólo verle y mira seriamente a su amigo. Le comienza a intentar convencer de las ventajas de “quitarse de en medio” a Miguel, lo que incluso también le beneficiaría a él. Le habla de lo fácil que sería acabar con su vida atropellándole con su tractor cuando lee el periódico a la puerta de su finca mientras escucha la radio a todo volumen, cosa que hace a diario. Finalmente le logra convencer y al día siguiente Francisco coge su tractor, se dirige a la finca de Miguel y le atropella mientras éste, absorto en su lectura e impedido acústicamente por el volumen de su radio, era ajeno a cualquier estímulo externo. Francisco sería culpable de un delito de asesinato por alevosía, y Francisco sería culpable a modo de inductor y se le aplicaría el agravante de la alevosía, ya que dentro de su planteamiento se hallaba el medio que permitiría eliminar cualquier defensa por parte de Miguel.

VIII. Para finalizar, tras ver la amplia construcción doctrinal y jurisprudencial que se ha elaborado entorno a la alevosía podríamos pensar que es ésta una circunstancia totalmente consolidada y aceptada por el mundo jurídico de nuestro país.

Para nuestra sorpresa, hay autores que critican la propia legitimidad de su existencia. De esta manera, se critica su subsistencia en base a que parecería lógico que el autor del delito eligiese los medios necesarios para cometerlo bien, evitando riesgos y asegurándose su comisión. Por tanto, considerar esta elección y posterior puesta en práctica como una circunstancia agravante sometería la regulación de los delitos contra la vida a una especie de “reglas entre caballeros”.¹¹⁸

2) EJECUCIÓN POR PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA.

Esta circunstancia se corresponde con la tercera del art. 22, pero cambiando la expresión “mediante” por la de “por”, acentuándose el carácter motivador de esta circunstancia¹¹⁹: el asesinato debe cometerse en base a ese precio, recompensa o promesa, de manera que no bastaría simplemente que se recibiese dicha dádiva después de cometerlo. La motivación para matar debe basarse en la expectativa a recibir lo prometido u ofertado. Por lo tanto, el fundamento¹²⁰ de esta agravante se halla en un mayor contenido de injusto subjetivo en la conducta, pues el autor lleva a cabo la acción delictiva impulsado por un móvil especialmente indeseable (STS 24-2-2006). Si el autor estuviese ya convencido de cometer el delito antes de

¹¹⁷ Arias Eibe, J.M. “La circunstancia agravante...” ob. cit. nota 116. Pp. 20-21.

¹¹⁸ González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. P. 63.

¹¹⁹ Muñoz Conde, F. *Derecho penal...* ob. cit. nota 106. P. 49.

¹²⁰ Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V., Hortal Ibarra, J., Miranda, G., y Rogé Such, G. *Manual de derecho penal...* ob. cit. nota 103. P. 53.

recibir la oferta, y ésta no hubiese variado sus planes, no podría apreciarse esta agravación porque el móvil no ha sido recibir esa contraprestación.

Es indiferente que efectivamente se llegue a cobrar el precio o la recompensa una vez se haya llevado a cabo el asesinato. Lo que no es indiferente es que se negocien después de cometerse el delito contra la vida. Así, la jurisprudencia ha exigido que el precio, recompensa o promesa de que se trate haya sido negociada con anterioridad a la comisión del delito (STS 13-11-1998)¹²¹ y que tengan una naturaleza económica (STS 13-11-1998)¹²². Se podrá apreciar incluso en los casos de *error in persona*, es decir, cuando el mandatario se equivoca y mata a una persona distinta de la determinada con el mandante (STS 13-11-1998).

Una cuestión problemática es si aceptar la bilateralidad de la agravante. Es decir, si se puede apreciar esta agravante tanto para el mandatario asesino como para el mandante. La jurisprudencia acepta tal bilateralidad (SSTS 11-3-2002, 13-11-1998, etc), pero no de manera uniforme: cuando el ofrecimiento del precio fuese considerada una inducción, por aplicación del *non bis in idem* no podrá apreciarse además esta agravante (STS 12-3-2012)¹²³. En ocasiones, la persona oferente del precio, recompensa o promesa es calificada como cooperadora necesaria. Por ejemplo, esto ha sucedido cuando ofrece una cantidad de dinero y además aporta información esencial para cometer el delito (SSTS 31-10-2002 y 14-2-2003)¹²⁴.

Mientras Alfredo conduce, su amigo Antonio discute encolerizado con su jefe por teléfono. Cuando éste cuelga, le manifiesta al conductor su deseo de no ver nunca más a su superior en la oficina, llegando a decir que “ojalá se pierda o se muera y no lo vuelva a ver en la vida”. Al oír eso, Alfredo le confiesa que sabe cómo hacer desaparecer a las personas sin levantar ninguna sospecha. Antonio, sabedor de la vida criminal que su amigo llevó cuando eran más jóvenes, le ofrece cinco mil euros si le “hace desaparecer para siempre”. Alfredo acepta sin vacilar ni un momento, y al día siguiente mata al jefe de su amigo cuando se dirigía a la oficina. Al día siguiente son detenidos, se abre un proceso penal contra ellos y ambos son condenados por asesinato mediante precio, recompensa o promesa aunque no se haya efectuado el pago de los cinco mil euros.

Como el lector habrá podido suponer, estamos ahora analizando la circunstancia en la que se subsume el fenómeno del sicario. Ya en Roma, mediante la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, se castigaba el asesinato realizado por cuenta ajena¹²⁵, y hasta nuestros días este fenómeno ha seguido activo. En España, sin embargo, el sicario no es ya una figura comúnmente utilizada.

¹²¹ González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. P. 64.

¹²² Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V., Hortal Ibarra, J., Miranda, G., y Rogé Such, G. *Manual de derecho penal...* ob. cit. nota 103. P. 53.

¹²³ Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., y Boldova Pasamar, M. *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a...* ob. cit. nota 85. P. 29.

¹²⁴ Roca de Agapito, L. “Inducción mediante precio y cooperación con el sicario en la muerte del marido. La supuesta función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 15. Madrid: Facultad de Derecho de la UNED, 2005. Pp. 272-273.

¹²⁵ Martos Núñez, J.A. “La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el sistema penal español” en *Poder Judicial*, nº 36. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994. P. 51

Ni siquiera el asesinato en sí es un delito común hoy en día. Pero en ciertas partes del mundo, como en Latinoamérica, el crimen organizado se sirve en múltiples ocasiones de sicarios a sueldo. Así, por ejemplo, la Sub-Procuraduría de Investigación Especializada contra la Delincuencia Organizada de México (SIEDO) ha calculado en más de 130 las células de delincuencia organizada en todo el país centroamericano, de las cuales la mayoría utiliza esta modalidad delictiva de manera sistémica¹²⁶.

3) EL ENSAÑAMIENTO.

Recoge el art. 139 esta circunstancia referida al aumento del dolor del ofendido de manera deliberada e inhumana. En comparación, prescinde esta redacción del carácter de innecesaria que sí recoge el art. 22.5º CP, pero lo más lógico sería conservarla también para su apreciación en este punto, habiéndose pronunciado la jurisprudencia en esta misma línea (SSTS 22-12-2001, 6-10-1999, etc.)¹²⁷.

El fundamento de la misma es discutido, pero según la jurisprudencia y doctrina mayoritarias podríamos considerar que es una circunstancia de naturaleza mixta¹²⁸: reside en una mayor gravedad objetiva del resultado por haber aumentado el padecimiento de la víctima y también por el elemento subjetivo de la crueldad deliberada del autor (SSTS 29-4-19, 15-1-18, etc.).

Es evidente que casi todo acto por el que se acabe con la vida de alguien provoca padecimientos físicos y psíquicos a la víctima. Por lo tanto, esta circunstancia se basa en que el autor del delito pretende, deliberadamente, aumentar dichos padecimientos más allá de lo necesario para causar su muerte. No bastaría, por ejemplo, simplemente que el número de heridas fuera elevado (STS 25-1-2013)¹²⁹. Hay, pues, dos elementos: la deliberación y el aumento efectivo del sufrimiento. También los casos de vejación y humillación de la víctima son considerados como ensañamiento, y quedarían fuera los actos *post mortem* porque no existe ánimo (ni posibilidad) de aumentar el dolor de la víctima¹³⁰.

La víctima, por tanto, ha de estar viva y consciente. No se puede aumentar el dolor de alguien ya fallecido (STS 18-7-2017) o inconsciente (STSJ Castilla y León 5-11-15, STSJ Aragón 15-

¹²⁶ Flórez Holguín, L. y Erazo Espinosa, J. “Carteles del narcotráfico y grupos de sicarios” en *URVIO: Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, nº 8. Quito, Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2009. P. 118.

¹²⁷ Goyena Huerta, J. “Título I: Del homicidio y sus formas” en Gómez Tomillo, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, 2º ed. Valladolid: editorial Lex Nova, 2011. P. 551.

¹²⁸ Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V., Hortal Ibarra, J., Miranda, G., y Rogé Such, G. *Manual de derecho penal...* ob. cit. nota 103. P. 55.

¹²⁹ Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., y Boldova Pasamar, M. *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a...* ob. cit. nota 85. P. 30.

¹³⁰ Muñoz Conde, F. *Derecho penal...* ob. cit. nota 106. Pp. 50-51.

5-2001), pero sí cabrá apreciar esta circunstancia cuando ese estado de inconsciencia no sea completo (STS 13-3-2000)¹³¹.

Jaime odia profundamente a su compañero de piso Sebastián. Un día, tras una fuerte discusión, ambos se enzarzan en una pelea que cada vez se torna más violenta y cruel. Tras propinarle un puñetazo a su contrincante, Jaime se zafa del mismo y se dirige hacia la cocina a por un cuchillo con el que acabar con la vida de aquél. Consigue el útil de cocina y ataca a Sebastián, produciéndole un corte mortal muy profundo en la garganta. El agredido cae al suelo con las manos colocadas sobre su cuello, tratando inútilmente de cortar la hemorragia irremediadamente mortal. Jaime mira a la víctima durante unos segundos, y, sabiendo que va a morir en cuestión de segundos, suelta el cuchillo y comienza a propinarle puñetazos y patadas en la cara y espalda mientras le insulta. Un minuto después, Sebastián muere a causa del corte en su garganta, habiendo sufrido una serie de padecimientos físicos innecesarios que permitirán castigar a Jaime como asesino por ensañamiento.

4) EJECUCIÓN PARA FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO O PARA EVITAR QUE SE DESCUBRA.

Llegamos a uno de los puntos de más interés en nuestro estudio, pues recordemos que esta circunstancia fue introducida por la reforma de 2015. Ya en el capítulo III recogimos la gran cantidad de dudas y problemas que desde la doctrina se advirtieron a raíz de su introducción, y ahora veremos a qué conclusiones se han llegado con el paso del tiempo para soslayar la problemática.

I. Esta circunstancia se refiere en primer lugar a dar muerte ‘para facilitar la comisión de otro delito’.

De la redacción del precepto podemos entender que el delito cuya comisión pretende facilitarse puede ser cometido por el propio asesino o por un tercero; lo indiscutible es que el delito sea otro. Además, no es necesario que dicho delito se ejecute finalmente¹³². Basta que se cometa el asesinato con la intención de facilitar la comisión de otro. Esto es, que en el plan del asesino el asesinato figure como medio para facilitar la comisión de otro delito, acabe éste cometiéndose o no.

Lo que queda claro es que el legislador penaliza aquí el carácter instrumental de la muerte de una persona por ser llevada a cabo con la intención de cometer otro delito. Será indiferente que lo haya facilitado efectivamente o que, por el contrario, el asesinato hubiese devenido inútil para la comisión del otro delito¹³³.

Dos personas se encuentran bebiendo en la barra de un bar. Alfonso, un rico empresario del sector hostelero, es uno de ellos. Como de costumbre, deja ver su carísimo reloj y sus anillos de oro y plata. El otro hombre se cerciora de ello y decide robar

¹³¹ Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V., Hortal Ibarra, J., Miranda, G., y Rogé Such, G. *Manual de derecho penal...* ob. cit. nota 103. P. 55.

¹³² González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. P. 64.

¹³³ Sierra López, M. “El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra” ” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21. Granada: Universidad de Granada, 2019. P. 9.

los caros y extravagantes accesorios. Para ello, idea un plan: le esperará en el parking del bar, donde sabe que tiene el coche, y ahí le matará y robará. Siguiendo su plan, sale del bar antes que su víctima, le espera detrás del coche de la misma y cuando ésta se dirige hacia la puerta para insertar su llave y abrir el vehículo el agresor sale de su escondite y le propina una serie de puñaladas certeras que acaban con su vida en cuestión de pocos segundos. Estando ya la víctima muerta, el agresor le roba cómodamente los accesorios y se escapa del lugar a toda prisa.

II. La otra modalidad que encontramos aquí es la de dar muerte ‘para evitar que otro delito se descubra’.

De nuevo, podemos afirmar que el delito que se pretende encubrir puede ser realizado por un tercero o por el propio asesino, es indiferente quién sea el autor del otro delito. Evidentemente, aquí ese otro delito ha de haberse consumado o, al menos, iniciado.

No hay ninguna razón para pensar que la víctima de este asesinato deba tener una concreta vinculación con el delito que se pretende encubrir, de manera que no importa quién sea la víctima de este asesinato siempre y cuando el autor del asesinato pretenda, al darle muerte, encubrir otro delito que ha iniciado o cometido. Respecto del ámbito temporal, la doctrina ha intentado acotar esta circunstancia considerando inaplicable esta circunstancia en los casos en los que el delito a encubrir hubiese prescrito¹³⁴.

Esta circunstancia se asemeja peligrosamente al delito de encubrimiento del art. 451 y ss. CP, dando pie a problemas respecto del principio *non bis in idem*. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el auto-encubrimiento no se castiga (art. 451.1) y que este tipo del asesinato desplazará por especialidad y alternatividad a los preceptos relativos a la regulación del delito de encubrimiento. Sí será aplicable el art. 451 cuando el que ayude no participe en la ejecución del asesinato. A su vez, esta circunstancia también desplazará a la del art. 140.1.2º CP cuando el asesinato se lleve a cabo con la intención de encubrir tal delito contra la libertad sexual.¹³⁴

Antonio se ha dedicado toda la vida al robo y venta de coches de lujo. Harto de su criminal vida, decide que el robo de esa noche va a ser el último, y por ello va a ser el más grande. Se dirige a una conocida discoteca de la localidad donde frecuentan las celebridades nacionales más reconocidas, además de otra clase de personas influyentes y con gran patrimonio. Con tremenda habilidad, Antonio logra colarse en el parking privado de la discoteca y acceder a un vehículo McLaren valorado en trescientos mil euros. Cuando le está realizando la manipulación conocida como ‘puente’, un guardia le descubre. Dada la poca experiencia del guardia en su profesión, éste decide correr para ponerse a salvo y, luego, contactar con sus compañeros. Antonio corre tras él, angustiado por la idea de ser encarcelado por su último golpe, y le intercepta. Le tira al suelo y le comienza a asfixiar con sus propias manos hasta que el guardia fallece. Después, coge el cuerpo y lo mete en el maletero del vehículo robado para enterrarlo posteriormente en un pinar cercano.

¹³⁴ Esquinas Valverde, P. “El homicidio y sus formas” en Marín de Espinosa Ceballos, E. (Dir.) *Lecciones de derecho penal: parte especial*. 1º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Pp. 36-37.

III. Dada su corta vida y su problemática apreciación, a estas alturas no son muchos los pronunciamientos judiciales sobre esta circunstancia con los que contamos, en comparación con las demás.

Así, por ejemplo, podemos hablar de la STSJ de Murcia del 10-3-2020, que viene a confirmar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (SAP de Murcia 5-6-2019) por la que se aprecia, en el marco de un concurso medial, un delito consumado del art. 139.1.4º, agravado por cometerse mediante abuso de superioridad, y un delito consumado de robo con violencia en las personas en casa habitada a causa de que tres hombres asaltaran la casa de una anciana de 70 años y uno de ellos la estrangulase hasta morir para posteriormente robar una serie de joyas y demás objetos valiosos. De manera similar, en una muerte provocada por el yerno de la víctima, la cual confiaba en el autor, era morfológicamente más débil y sufría de una minusvalía física del 43%, la SAP de Islas Baleares de 11/12/2019 falla a favor de apreciar un asesinato por la concurrencia de las circunstancias de alevosía, comisión por precio, recompensa o promesa y la existencia del móvil dirigido a facilitar la comisión de otro delito (art. 139.1.1º, 2º y 4º CP) en concurso medial con un robo con violencia en casa habitada y con uso de arma (arts. 237 y 242.2 y 3 CP). Otra sentencia que podríamos traer a colación es la SAP de Cuenca de 7-11-2017, la cual, de manera contraria a la doctrina alemana, estima que no es necesaria una sucesión temporal, sino que basta una sucesión funcional.¹³⁵

Para pronunciamientos como los anteriores fue clave, como es lógico y normal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Una sentencia tremendamente interesante es la STS 1-3-2018, en la que el Tribunal soluciona los problemas relativos al tema concursal que se plantea respecto de la circunstancia cuarta del art. 139.1 y el delito cuya comisión se pretende facilitar o se pretende encubrir.

En este caso, un hombre contacta con una prostituta y, durante el ejercicio del coito en el que practicaban la asfixia erótica en la vivienda de ésta, asfixia hasta la muerte a la mujer con una correa y posteriormente le roba las pertenencias de su piso y las ganancias de su profesión, robando la tarjeta SIM del móvil de la fallecida y prendiendo fuego a su vivienda para evitar ser descubierto. El Tribunal del Jurado consideró al autor responsable de los delitos de asesinato, robo con violencia e incendio, según los arts. 139.1.1º y 4º, 242.1º y 2º,

¹³⁵ Escudero Muñoz, M. “La cualificación del asesinato por la circunstancia del art. 139.1.4 CP. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito” en *Actas del XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2018*. Madrid: Universidad de Alcalá, 2018. Pp. 13-14.

y 351 del Código Penal, respectivamente. El TSJ de Andalucía, en apelación, vino solamente a estimar parcialmente el recurso para apreciar un delito de hurto en vez de un delito de robo.

El Tribunal discute en esta sentencia el concurso entre el hurto y el asesinato, en aras de proteger el principio *non bis in idem*. Considera, como también hace el fiscal, que es posible agravar el asesinato por tener como móvil facilitar la comisión del delito contra la propiedad y, a su vez, agravar éste por haberse realizado mediante la violencia del asesinato, y ello porque son dos delitos independientes y concretos: uno, contra la vida y, el otro, contra la propiedad. De este modo, si en ambas conductas concurre violencia, ésta deberá valorarse para la valoración de ambas, aunque fácticamente la violencia haya sido la misma (en este caso, asfixiar hasta la muerte a la mujer). En adición, la Sala pone sus ojos en el problema relativo al doble aumento penológico derivado de la apreciación de la circunstancia agravatoria cuarta del art. 139.1 CP y el robo con violencia, y considera que tampoco hay aquí incompatibilidad con el *bis in idem*. Para llegar a esta conclusión, la sentencia se basa en que la circunstancia cuarta del art. 139.1 CP actúa también cuando el otro delito no ha llegado a iniciarse: esta circunstancia no absorbe al otro delito, como sí hace el homicidio con el delito de atentado en el art. 138.2.b). Afirmar, también, que el fundamento de la agravación es la banalización de la vida, no la comisión en sí de otro delito (lo mismo hace la STS 20-12-2019).

Finalmente, el Tribunal deja claro que esta circunstancia consta de un contenido más amplio que el del concurso medial, de modo que incluye supuestos no necesarios o ineludibles. Ahora bien, la necesidad que exige el concurso medial no debe ser absoluta en abstracto, sino que ha de valorarse en el caso concreto si existe una relación medio-fin y una necesidad relativa, cosa que la Sala considera haber en este caso. Así, finalmente, el TS falla apreciando los delitos de asesinato del art. 139.1.1º y 4º (con la correspondiente aplicación del art. 139.2) y un delito de robo con violencia de los arts. 237 y 242 en concurso medial del art. 77.3 CP.

B) Tipo subjetivo.

Contrariamente a lo que ocurre con el homicidio, el asesinato no puede cometerse por imprudencia. Y esto es así porque la propia naturaleza de las circunstancias configuradoras del asesinato lo impiden: nadie puede atacar a otro con alevosía sin querer, ni asesinar a cambio de un precio imprudentemente, etc. Cuando alguien dé muerte a otro, ya sabemos, por tanto, a qué delito fijar nuestra mirada: al homicidio imprudente del art. 142 CP, pero nunca al asesinato.

Habiendo entonces eliminado la posibilidad imprudente, podemos afirmar que siempre se exigirá para la apreciación del asesinato la existencia del dolo. Este concepto puede definirse como la conciencia y la voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. A su vez, podemos distinguir entre dos tipos de dolo: el dolo directo y el dolo eventual. El primero se caracteriza por ser aquel en el que el autor pretende realizar el resultado provocado (dolo directo de primer grado) o acepta una consecuencia delictiva por ir necesariamente unida a un resultado pretendido (dolo directo de segundo grado). En el dolo eventual, el resultado se presenta como probable y el autor, aunque no lo quiere producir, acepta conscientemente el riesgo de que se produzca.¹³⁶

Un hombre conduce su coche por una carretera urbana cercana a una avenida por la que frecuentan una multitud de personas que hacen uso de su derecho de manifestación. El hombre mira hacia la multitud, y comienza a pisar el acelerador de su vehículo:

- a) Si el hombre acelera porque pretende asesinar a varias personas y así lo hace, apreciaremos dolo directo de primer grado.
- b) Si el hombre acelera porque quiere destruir un autobús usado por los manifestantes que porta banderas de ideologías opuestas a la suya, y para ello debe necesariamente atropellar a varios manifestantes, apreciaremos dolo directo de segundo grado.
- c) Si el hombre acelera porque quiere tomar un atajo, y sabe que es muy probable que acabe atropellando y matando a alguien y aun así lo hace, apreciaremos dolo eventual.

Parece evidente que el dolo directo es compatible con el asesinato. Pero, ¿y el dolo eventual? Resulta problemático admitir esta modalidad de dolo, teniendo en cuenta las circunstancias que configuran el asesinato. Por ejemplo, la cuarta: para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. Aunque parte de la doctrina haya excluido del asesinato su comisión por esta modalidad dolosa¹³⁷, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido apreciar el dolo eventual para este tipo penal (SSTS 28-12-2011, 4-6-2012, etc.)¹³⁸. Pero hay que añadir un importante apunte: el dolo eventual del que hemos hablado es apreciable respecto del resultado (la muerte) pero no respecto de las circunstancias configuradoras, según voces doctrinales¹³⁹. Sin embargo, respecto a ellas hay jurisprudencia que también ha admitido la apreciación del dolo eventual en relación a las mismas (SSTS 24-5-2007, 21-1-1997, etc.)¹⁴⁰.

El autor debe conocer los elementos objetivos del tipo. El desconocimiento o error del mismo sobre esta cuestión repercute en la tipicidad y excluiría el dolo: estamos aquí hablando

¹³⁶ Muñoz Conde, F., y García Arán, M. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 84. Pp. 283-287.

¹³⁷ Mapelli Caffarena, B. “El dolo eventual en el asesinato” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 41, fasc. 2º. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988. P. 434.

¹³⁸ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 78. P. 50.

¹³⁹ Armendáriz León, C. *Parte especial del derecho penal a través del sistema de casos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. P. 34.

¹⁴⁰ del Rosal Blasco, B. “Del homicidio y sus formas” en Morillas Cueva, L. (Dir.) *Sistema de Derecho Penal: Parte especial*, 3º ed. Madrid: editorial DYKINSON, 2020. P. 39.

del error de tipo¹⁴¹. Esta cuestión se halla regulada en el art. 14 CP, excluyendo el apartado tercero del mismo que alude al error de prohibición. Y, ¿qué dice este artículo?

El art. 14.2 CP dicta que “*el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación*”. Por lo tanto, el error sobre una o varias de las circunstancias que configuran al asesinato comportaría la calificación del hecho mortal como un homicidio doloso, pero no como un asesinato¹⁴².

D) Pena.

La pena que el tipo básico del asesinato lleva aparejada es la prisión. Concretamente, con una duración de quince hasta veinticinco años.

Ha sido esta una pena ampliamente criticada. Y no estamos ante una cuestión moderna, pues según Cuello Calón¹⁴³ la campaña en su contra comenzó ya con las críticas de Enrique Ferri contra el aislamiento celular a finales del s.XIX. Y es que no podemos negar que esta medida privativa de la libertad es la más gravosa para una persona, aunque se enmarque en un Derecho Penal orientado a la reinserción como es nuestro caso. Prueba de ello es que nuestro Código Penal reserva esta pena para los delitos más graves, y el asesinato es uno de ellos: el art. 33 CP nos informa de que la pena de prisión de más de cinco años es considerada una pena grave, y la de menor tiempo hasta tres meses es menos grave. A su vez, el art. 13.1 CP califica como delito grave aquel que tenga aparejada una pena grave. Por lo tanto, como el asesinato lleva una pena aparejada de mínimo quince años, es un delito grave.

Para finalizar, podemos convenir que la reforma de 2015, que aumentó el límite superior de esta pena de veinte a veinticinco años, ha provocado que este delito se convirtiese *de iure* en un delito extraordinario en base a lo que dispone el art. 36. Este precepto, en su apartado segundo, nos dice que “*la pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código*”. Así, el art. 139.1 se convierte en un precepto excepcional, y el delito que el mismo entraña en un delito extraordinario.

¹⁴¹ Muñoz Conde, F., y García Arán, M. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 84. P. 291.

¹⁴² Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., y Boldova Pasamar, M. *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a...* ob. cit. nota 85. P. 34.

¹⁴³ Cuello Calón, E. “¿Debe suprimirse la pena de prisión?” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 5, fasc. 3. Madrid: Ministerio de Justicia, 1952. P. 417.

5.3.- Tipo cualificado: art. 139.2 CP.

Como una novedad introducida por la LO 1/2015, el art. 139 presenta un segundo precepto que recoge el tipo cualificado del asesinato: “*cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior*”.

A) Tipo objetivo.

La estructura del apartado primero presenta un carácter alternativo: basta con que se cumpla una de las circunstancias expresadas para poder apreciar el asesinato. Ahora, el apartado segundo viene a dar solución a la casuística en la que no sea una, sino dos o más las circunstancias que pudiesen apreciarse.

Por lo tanto, lo único aquí distinto respecto del tipo objetivo del tipo básico explicado anteriormente es que ahora aparecerán dos o más circunstancias de las mismas. Por ejemplo, un asesinato cometido alevosamente por detrás a cambio de un precio, un asesinato producido para facilitar un robo en el que el autor se ensaña con la víctima, etc. No hay que perder de vista que la agravación se produce a raíz de esas cuatro circunstancias recogidas en el apartado primero del art. 139 CP. Si concurriese una de ellas con otra agravante genérica del art. 22 CP, no aplicaríamos este tipo cualificado.

Este salto penológico se lleva a cabo mediante la fórmula de la imposición de la pena en su mitad superior. En este caso, en el que el marco punitivo comprende desde los 15 hasta los 25 años, la pena en su mitad superior sería de veinte años más un día hasta veinticinco años. Realmente, aquí la reforma de 2015 podríamos considerarla superflua a efectos prácticos, porque ya antes se llegaba a este mismo marco punitivo en el antiguo artículo 140 CP, solo que sin usar la fórmula de la mitad superior.

Desde la doctrina, para evitar en la medida de lo posible la aplicación de este tipo cualificado, se propuso que hiciesen falta tres circunstancias para aplicarlo: una para apreciar el asesinato, y dos para cumplir con la condición del apartado segundo¹⁴⁴, pero esta opción no tuvo éxito y la jurisprudencia vino a aplicarlo a partir de la convergencia de dos circunstancias (STS 16-1-2019 o 1-3-2018, por ejemplo).

En conclusión, si concurre una sola circunstancia, el juez determinará la pena dentro del marco de los 15-25 años de prisión utilizando las agravantes y atenuantes genéricas que

¹⁴⁴ Morales Prats, F. “Del homicidio y...”. ob. cit. nota 101. P. 61.

hubiere conforme a la regla del art. 66. Si concurriese más de una (dos, tres o las cuatro), el juez deberá determinarla dentro de su mitad superior.

Este precepto ha sido criticado por superfluo desde la doctrina¹⁴⁵ en base a que, si este párrafo no existiese, el resultado sería el mismo: al ser las tres primeras circunstancias del art. 139 también circunstancias genéricas, la existencia de una más aparte de aquella que sirve para apreciar el asesinato nos llevaría a aplicar la misma fórmula punitiva: la pena en su mitad superior (art. 66.1.3ª CP). Eso sí, lo mismo no ocurre con la cuarta circunstancia (la comisión del delito para facilitar o encubrir otro distinto no es una agravante genérica) y tampoco sería el mismo resultado el que nos encontraríamos si fuesen más de dos las circunstancias que confluyesen (pena superior en grado, art. 66.1.4ª CP), por lo que sólo podríamos calificarla como tal de una manera parcial, esto es, respecto de las tres primeras circunstancias del art. 139.1 CP en el caso de que concurriesen sólo dos.

B) Tipo subjetivo.

Me remito a lo comentado *ut supra* en relación con el tipo básico del asesinato.

C) Pena.

La pena de prisión que se aplicará ahora tendrá ahora una duración de entre veinte años y un día hasta veinticinco años, a consecuencia de imponerse la misma en la mitad superior del marco abstracto del tipo básico. De esta manera, el asesinato agravado del art. 139.2 tiene un marco penológico altísimo con el que pocos delitos pueden compararse. Por ejemplo, el secuestro agravado del art. 166 CP (y también en el marco terrorista del art. 573 *bis*), y el delito contra la Corona del art. 485.2¹⁴⁶ contienen el mismo marco, y para verle superado tenemos que buscar delitos como el de rebelión mediante el uso de armas del art. 473.2 o el delito contra la Corona del art. 485.2, apartado segundo (25-30 años en ambos casos).

5.4.- Tipo hipercualificado: art. 140 CP.

La agravación a la que acabamos de dedicarle nuestra atención anteriormente ya existía antes de la gran reforma operada sobre el Código Penal en 2015. Lo que aquí vamos a ver es, por el contrario, una incorporación legislativa fruto de aquella profunda y peculiar reforma que estudiamos en el Capítulo IV.

¹⁴⁵ Esquinas Valverde, P. “El homicidio y sus formas” en Marín de Espinosa Ceballos, E. (Dir.) *Lecciones de derecho penal: parte especial*. 1º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. 37.

¹⁴⁶ Para aquel que matare a: “cualquiera de los ascendientes o descendientes del Rey o de la Reina, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia”.

Bajo el castigo de la prisión permanente revisable, la cual próximamente estudiaremos aquí, hay una serie de circunstancias que el Código Penal recoge dentro del tipo hiperagravado del asesinato en el art. 140 CP. A consecuencia, hay que tener en cuenta en todo momento que, para poder apreciarlas, antes habrá tenido que ser posible percibir alguna de las circunstancias configuradoras del asesinato: por ejemplo, alguien ha tenido que haber matado a alguien de manera alevosa para, además, apreciar la circunstancia segunda del apartado primero de este artículo.

De esta manera contamos con cuatro circunstancias que nos permiten calificar a los hechos delictivos como un delito de asesinato, y, tras ello, otras cuatro circunstancias nos permitirán castigar a dicho asesinato con la prisión permanente revisable. La primera parte de este complejo esquema ya lo hemos estudiado, y ahora pasamos a desgranar la segunda.

A) Tipo objetivo.

Como acabamos de decir, son cuatro las nuevas circunstancias que recoge el art. 140 CP a raíz de la LO 1/2015. Es esto lo novedoso respecto del tipo objetivo, remitiéndonos en lo demás a lo explicado para el tipo básico.

Como vamos a ver a continuación, la aplicación de estas situaciones agravatorias no está para nada exenta de problemas. Basta recordar todas las reacciones que la reforma provocó, y que en este trabajo recogimos resumidamente en el Capítulo III. Sin embargo, son ya cinco los años que han pasado desde la reforma, y ello ha permitido encontrar soluciones al respecto.

Hemos dicho que las circunstancias agravantes son cuatro al igual que las configuradoras del asesinato, pero a simple vista hay algo que las diferencia: dentro de las agravantes, tres se encuentran enumeradas bajo el mismo apartado, y la otra se halla en el apartado segundo junto con una regla relativa a la aplicación de la pena. Pasemos a ver de qué circunstancias estamos hablando.

1. CUANDO LA VÍCTIMA FUESE MENOR DE DIECISÉIS AÑOS DE EDAD, O SE TRATE DE UNA PERSONA ESPECIALMENTE VULNERABLE POR RAZÓN DE SU EDAD, ENFERMEDAD O DISCAPACIDAD.

Como curiosidad, podemos decir que fue esta circunstancia la primera que permitió imponer a un órgano judicial español la prisión permanente revisable. La Audiencia Provincial de Pontevedra, en su sentencia de 14 de julio de 2017, aplicó este artículo en el caso del parricida de Moraña, en el que un padre mató a sus dos hijos con una radial tras dormirlos con

fármacos. Así, se apreció asesinato alevoso cualificado por ser las víctimas menores de 16 años.

Ya hablamos anteriormente de la duda sobre la compatibilidad de esta circunstancia con la submodalidad de la alevosía basada en el desvalimiento de la víctima. Recordemos cómo era definida por la jurisprudencia: “*acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosos*”. Al estar este supuesto contemplado también para el homicidio, tras esta reforma podemos llegar a la conclusión de que no toda la muerte provocada a una persona de estas características es automáticamente alevosa. Incluso la jurisprudencia ha llegado a esta conclusión, cuando el Tribunal Supremo ha declarado que “*son imaginables sin excesivo esfuerzo supuestos en los que pese a ser la víctima menor de 16 años o vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía*” (STS 10-2-2017)¹⁴⁷.

Sin embargo, hubo jurisprudencia que pareció obviar la reforma y siguió apreciando automáticamente la alevosía para la muerte de desvalidos (STS 16-1-2018). Para el Tribunal Supremo, cabría la apreciación de ambos supuestos cuando la alevosía se base en circunstancias distintas del desvalimiento de la víctima. Este fue el criterio que la jurisprudencia posterior siguió, y, así, podemos traer como ejemplo la STS 30-10-2018, que apreció alevosía sorpresiva y especial vulnerabilidad en un asesinato en el que un hombre asfixió por sorpresa a una mujer de 88 años, o la STS 9-1-2018, que estimó lo mismo cuando se intentó matar a un niño de 3 años envenenando su comida.¹⁴⁸

En estos casos, la alevosía no se basó en el hecho de que la mujer tuviese una avanzada edad o el niño fuese de corta edad, sino en que la asfixia fue sorpresiva y que el envenenamiento a través de la comida era totalmente imprevisible para cualquier persona. Por ello, se apreció la alevosía y, después, pudo atenderse al especial desvalimiento de la víctima para aplicar el art. 140 CP sin caer en una infracción del principio *non bis in idem*.

Julián, de quince años y desoyendo las órdenes de sus padres, vuelve caminando a su casa de una fiesta a las cuatro de la madrugada. Para atajar, se adentra en un callejón oscuro y aligera la marcha para salir cuanto antes. De entre unos contenedores aparece una persona que le acechaba y le ataca por la espalda, propinándole una puñalada directa al corazón que le mata al instante. Aquí podrá apreciarse un asesinato, ya que el acechador mata al joven de manera alevosa en su modalidad proditoria. Además, podrá aplicarse el art. 140.1.1º CP, ya que la víctima tenía menos de 16 años.

¹⁴⁷ Zárata Conde, A. *Derecho Penal. Parte especial: obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, 2º ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2018. P. 35.

¹⁴⁸ Muñoz Conde, F. *Derecho penal...* ob. cit. nota 106. Pp. 57-58.

José, un hombre divorciado y con un hijo, decide hacer sufrir en sobremanera a su exmujer asesinando al hijo matrimonial común de ambos. Aprovechando que es un niño de tres años y por tanto indefenso, cuando se encuentran los dos solos en el nuevo domicilio del progenitor se le acerca éste de frente al niño y comienza a golpearle en la cabeza hasta provocarle la muerte en cuestión de pocos segundos. Está claro aquí que este niño entraría dentro del supuesto del art. 140.1.1º CP, pero no podrá éste aplicarse porque la alevosía se basa en este supuesto en la propia vulnerabilidad de la víctima. Es esta una alevosía por desvalimiento que permite a José llevar a cabo su crimen cómodamente aprovechándose de la indefensión propia de un niño de tres años. Por lo tanto, haber valorado esta vulnerabilidad para apreciar la modalidad alevosa y también para aplicar el art. 140 habría provocado un *bis in idem* ilegítimo en la ciencia penal de nuestro ordenamiento.

Andrés, tremendamente furioso al ver cómo había quedado su coche después de que Daniel, de quince años, dibujase un grafiti sobre su coche, se dirige de frente hacia el joven para acabar con su vida. Cuando está a escasos centímetros de él, le propina un puñetazo que le hace caer al suelo, y una vez ahí le propina una patada en la cabeza que acaba con su vida. Aquí no puede apreciarse asesinato, ya que no nos encontramos ante ningún supuesto del art. 139 CP: no hay alevosía, ni ensañamiento, ni se pretende facilitar o encubrir ningún delito ni hay por ningún lado un precio, recompensa o promesa que motivase a Andrés a hacerlo. Por lo tanto, estaremos ante un homicidio cualificado del art. 138.2.a) CP.

Sin embargo, el asunto no está para nada concluido. Hay jurisprudencia que entiende que la indefensión fáctica queda ya totalmente agotada con la apreciación de la alevosía, de forma que no podría luego a mayores aplicarse la agravación del art. 140.1.1º sin incurrir en un *bis in idem* (STS 16-1-2019).¹⁴⁹

Por lo tanto, podemos concluir que esta circunstancia vive, aún a día de hoy, en un conflicto con la alevosía en lo relativo a la vulneración del principio *non bis in idem*, asunto que no ocurre con las demás circunstancias del art. 139 CP.

Tres criminales cometen tres delitos diferentes en tres puntos distintos de la ciudad:

- a) El primero, para cobrar una recompensa ofrecida por otra persona, asesina a un adolescente de catorce años.
- b) El segundo, mata a un hombre de noventa años disparándole en una zona cuya hemorragia le provoca la muerte en escasos minutos, pero mientras se desangra le propina patadas y puñetazos para aumentar su dolor.
- c) El tercero, para poder cometer un robo, asesina a una persona con síndrome de Down que le había avistado entrando en el edificio donde se encontraba el botín pretendido.

En los tres supuestos se apreciará asesinato, y además las víctimas se corresponden con aquellas a las que el art. 140.1.1º se refiere: menor de dieciséis años, persona vulnerable por razón de su edad, y persona vulnerable por razón de su discapacidad. La pena a aplicar será, por tanto, la prisión permanente revisable para los tres.

2. CUANDO EL HECHO FUERA SUBSIGUIENTE A UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL QUE EL AUTOR HUBIERA COMETIDO SOBRE LA VÍCTIMA.

Aquí se agrava el asesinato a razón de que el mismo se cometa sobre la misma persona la cual, anteriormente de ser asesinada, fue víctima de un delito contra la libertad sexual a manos de su asesino. Esta figura es la de un delito complejo, que es criticada habitualmente por la

¹⁴⁹ Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación...” ob. cit. nota 66. P. 184.

doctrina por su dudosa constitucionalidad¹⁵⁰, entre otras razones. Según Muñoz Conde¹⁵¹, a pesar de la literalidad del precepto, deberíamos considerar incluidos también los delitos contra la indemnidad sexual para los supuestos en los que la víctima sexual fuese un menor de 16 años. De todas formas, en esos supuestos la cualificación operaría también en base a la circunstancia anteriormente estudiada (cuando la víctima fuese menor de dieciséis años de edad), de forma que a efectos prácticos esto es irrelevante.

Lo que parece que aquí se recoge es un concurso real entre el asesinato y el delito contra la libertad sexual, y a razón de existir este concurso el asesinato se verá agravado enormemente al conllevar la pena de prisión permanente revisable. De su tenor literal, quedarían fuera los supuestos en los que las acciones que constituyen un delito contra la libertad sexual provocan la muerte dolosamente a la víctima, lo que en todo caso provocaría un concurso ideal entre el delito sexual y el asesinato. En este punto podemos traer a colación un caso¹⁵² en el que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (STSJ de Andalucía de 12-12-2017) confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que no aplicó el art. 140.1.2º porque consideró ambos delitos como fruto de una acción unitaria, pues la violación provocó fuertes hemorragias mortales que acabaron con la vida de la víctima horas más tarde. Cuando el asunto llegó al Tribunal Supremo (STS 17-10-2018), también se consideró como concurso ideal el supuesto, ya que, aunque se atacasen dos bienes jurídicos distintos, se hizo fácticamente de manera simultánea.

Sabiendo que deben ser acciones separadas las que produzcan el delito sexual primero y el asesinato después, cabe preguntarse hasta qué punto se pueden ligar ambos delitos para considerar que el asesinato ha sido ‘subsiguiente’ al delito sexual y así poder aplicar este supuesto agravante. No parece exigir la jurisprudencia una comisión de los hechos sin solución de continuidad, es decir, ininterrumpida. Lo que exige es un orden secuencial en el que el asesinato sea subsiguiente al delito sexual, y no al revés o simultáneo (STSJ de Cataluña de 20-6-2019 y STS 5-3-2020).

Durante una fiesta celebrada en una discoteca, el misógino Alfredo se fija en una hermosa chica que conversa con sus amigas distendidamente a varios metros de él. Con el paso del tiempo, la joven empieza a mostrar síntomas de embriaguez severa y Alfredo decide aprovecharse de ello para llevársela a su casa. Cuando las amigas de la muchacha no están, Alfredo se acerca a ella, le agarra de la mano y, bajo la promesa de que le va a llevar a su casa para que no le pase nada a causa de su embriaguez, la monta en su coche y se dirige a su domicilio. Una vez allí y estando ella inconsciente, la penetra vaginalmente hasta eyacular y,

¹⁵⁰ González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. P. 51.

¹⁵¹ Muñoz Conde, F. “El delito de asesinato tras la reforma del Código Penal español por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo” en *Estudios y escritos en homenaje al Prof. Gómez del Castillo*. Sevilla: Miguel G. del Castillo Catalina, 2016. P. 217.

¹⁵² Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación...” ob. cit. nota 66. P. 186.

al acabar, la mira con desprecio y decide matarla. Agarra el cuello de la joven, la estrangula y a los pocos minutos muere. En este supuesto, Alfredo ha cometido un delito de abuso sexual del art. 181 CP y, posteriormente, mata a la misma víctima de manera alevosa. Por lo tanto, podemos apreciar un asesinato alevoso cualificado por ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, que en este caso es un abuso sexual inmediatamente anterior.

Quizá el mayor problema se encuentre en los supuestos en los que el autor pretende facilitar o encubrir su delito sexual mediante la muerte a la víctima. Si fuese aplicable la circunstancia cuarta del art. 139.1 CP ello configuraría los hechos como un delito de asesinato, pero apreciar también la conexidad de la muerte con el delito sexual a efectos de aplicar esta agravante podría lesionar el principio *non bis in idem*. Una posible solución¹⁵³ la podemos hallar en el art. 8.1 CP (“*el precepto especial se aplicará con preferencia al general*”) en favor del art. 140, pues la circunstancia del art. 139 se refiere de forma genérica a “otro delito” sin concretar ninguna tipología delictiva concreta como sí hace el art. 140 CP. Incluso voces jurisprudenciales han apoyado esta propuesta (SAP de La Coruña 17-12-2019). Esto provocaría que, en el caso concreto, apreciásemos un homicidio cualificado del art. 138.2 CP y no un asesinato cualificado, siempre que no concurriese ninguna otra circunstancia del art. 139.1 CP.

3. CUANDO EL DELITO SE HUBIERA COMETIDO POR QUIEN PERTENECIERE A UN GRUPO U ORGANIZACIÓN CRIMINAL.

El incremento punitivo se justifica aquí por la mayor peligrosidad que se deriva de la pertenencia por parte del autor del asesinato a un grupo u organización criminal¹⁵⁴. Llama la atención que el precepto exige la pertenencia al grupo u organización, pero no que el asesinato se halle ligado a las actividades delictivas de ambas agrupaciones.

Antes de seguir, recordemos qué se entiende por cada una: el art. 570 *bis* define a la organización criminal, en su apartado primero, como “*la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*”. Para el grupo criminal, el apartado primero del art. 570 *ter* nos lo define como “*la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos*”.

Pues bien, según la literalidad del precepto, basta con que una persona se halle inserta en una de estas agrupaciones para que los asesinatos que lleve a cabo sean agravados por tal

¹⁵³ Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación...” ob. cit. nota 66. Pp. 186-187.

¹⁵⁴ Zárate Conde, A. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 147. P. 36.

pertenencia. Sin embargo, esto nos acercaría demasiado al Derecho Penal del autor y lo más conveniente sería entender y exigir que el asesinato se halle ligado con las actividades delictivas del grupo u organización criminal¹⁵⁵. Además, para solucionar los problemas que se puedan plantear en relación a los sicarios (personas insertas en un grupo u organización criminal que asesinan a cambio de una recompensa) podemos aplicar de nuevo el art. 8.1 CP en favor de esta circunstancia, ya que la pertenencia al grupo u organización tiene un mayor calado que el hecho de recibir una contraprestación a cambio del asesinato¹⁵⁶.

Hay que advertir también de que, si el asesinato se lleva a cabo con finalidad terrorista¹⁵⁷, sería preferible aplicar el art. 573 *bis* CP por razón de especialidad.

4. CUANDO EL REO DE ASESINATO HUBIERA SIDO CONDENADO POR LA MUERTE DE MÁS DE DOS PERSONAS.

El apartado segundo del art. 140 CP incluye una circunstancia más para poder imponer la prisión permanente revisable: que el autor hubiese sido condenado anteriormente por la muerte de más de dos personas. Al contrario que las anteriores, esta circunstancia no es también aplicable para agravar al homicidio.

Pero las diferencias no acaban aquí. Este supuesto, además, contiene una remisión relativa al ámbito penitenciario: “*en este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo*”. Recordemos que, como explicamos en el Capítulo IV, aquí hay un error: el art. 78 *bis* también sufrió cambios durante el *iter* prelegislativo de la LO 1/2015 y la remisión que debió haberse efectuado sería a la letra c) del apartado 1 y la letra b) del apartado 2 del mismo artículo¹⁵⁸.

Así, la progresión a tercer grado del reo declarado culpable según este supuesto agravante requerirá del cumplimiento de un mínimo de veintidós años de prisión. Además, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de treinta años de prisión.

Según el Preámbulo de la LO 1/2015, este precepto se incluyó en el Código Penal para ser aplicado en los supuestos de los *serial killers* o asesinos en serie, pero ha habido jurisprudencia

¹⁵⁵ Muñoz Conde, F. *Derecho penal...* ob. cit. nota 106. P. 59.

¹⁵⁶ Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación...” ob. cit. nota 66. P. 187.

¹⁵⁷ Según el art. 573 CP, cuando se lleva a cabo para: 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.ª Alterar gravemente la paz pública. 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

¹⁵⁸ Sanz Morán, Ángel José. “La reforma de los delitos...” ob. cit. nota 36. Pp. 833-834.

que no ha considerado esta situación constreñida a los antecedentes previos de asesinato y ha aplicado este agravante para los concursos reales (SAP de Guadalajara 15-11-2018)¹⁵⁹. Lo que ofrece menos duda es que no podrá aplicarse este supuesto para los concursos ideales, pues el Preámbulo habla de la ‘reiteración’ de los asesinatos.

Lo que suscita más dudas es si los delitos anteriores deben ser sólo asesinatos o cabe también entender que por ‘muerte’ se refiere también a homicidios. Incluso nada impide considerar que también podríamos incluir a los homicidios imprudentes. Sin embargo, por razones de proporcionalidad, lo más recomendable sería dejar fuera a los homicidios imprudentes e interpretar este supuesto de manera que puedan ser también homicidios dolosos los que permitan aplicar esta agravante¹⁶⁰.

La jurisprudencia, por su parte, no nos ofrece una solución. Por ejemplo, la sentencia relativa al crimen de Pioz (STS 5-5-2020), de la cual hablaremos más detenidamente próximamente, aplica el art. 140.2 CP a raíz de la apreciación de cuatro asesinatos alevosos. Incluso podemos leer en la sentencia lo siguiente: “*no vamos a abordar, por exceder de los términos en que el motivo ha sido formalizado, si la condena por más de tres delitos contra la vida exige que aquellos tengan que ser calificados como constitutivos de un delito de asesinato, no bastando, por ejemplo, la previa condena por homicidio*”.

Como conclusión, podemos convenir que esta circunstancia lo que consigue es eliminar las consecuencias de la apreciación de un concurso y desplazar a la regla del art. 66.1.5º CP para imponer la pena más gravosa de nuestro ordenamiento penal: la prisión permanente revisable.

Andrés, un empresario del vino de un pequeño pueblo vallisoletano, decide acabar con la vida de la vecina familia Espínola debido a rivalidades históricas en relación a la competencia empresarial que se han hecho a lo largo de mucho tiempo. La familia Espínola se compone de dos adultos y un niño de diez años que heredará la empresa familiar. Para matarlos, Andrés decide entrar en la finca familiar sin que nadie se diese cuenta y acabar con la vida, uno por uno, de los componentes de la familia. Así, Andrés salta el muro y entra en la finca, más concretamente al jardín, donde la madre toma el sol tumbada en una hamaca mientras duerme plácidamente. Andrés aprovecha la situación y la dispara con un arma corta con silenciador en la cabeza, matándola al instante. Después, entra en la casa y encuentra al niño corriendo por los pasillos. Entonces, Andrés se esconde y espera a que el niño pase por su lado para dispararle. Cuando el niño pasa a su lado, Andrés le dispara y acaba con su vida. Tras ello, y en búsqueda del padre, sube las escaleras y se le encuentra de frente. Ambos se enzarzan en una pelea de la que sólo Andrés sobrevive tras lograr disparar a su oponente en el corazón. En este supuesto, estamos ante un delito de asesinato alevoso por desvalimiento (madre), un asesinato por alevosía proditoria cualificado por ser la víctima menor de 16 años (hijo pequeño) y un homicidio doloso en su tipo básico (padre). El hecho de que Andrés haya cometido estos tres delitos permite la aplicación del art. 140.2 CP y la imposición de la pena de prisión permanente revisable.

¹⁵⁹ Muñoz Conde, F. *Derecho penal...* ob. cit. nota 106. P. 60.

¹⁶⁰ Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación...” ob. cit. nota 66. P. 188.

B) Tipo subjetivo.

Me remito a lo comentado *ut supra* en relación con el tipo básico del asesinato.

C) Pena: breve análisis de la prisión permanente revisable.

La pena aparejada para el asesinato hipercualificado en base a las circunstancias anteriormente descritas es la prisión permanente revisable, una de las novedades más importantes que trajo la reforma de 2015. Hasta entonces, el art. 35 CP nos decía que eran penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. A estas tres se le añadió la prisión permanente revisable, que desató un sinnúmero de polémicas y discusiones acerca de legalidad y adecuación.

I. De entre los argumentos a favor de la inclusión de esta pena al ordenamiento jurídico penal de nuestro país, podemos recordar lo recogido en el Capítulo IV respecto de su adecuación con las exigencias constitucionales y convencionales de aquellos acuerdos o tratados en los que España es parte. Incluso hay quien dice que su derogación supondría que los reos saliesen de la cárcel sin haber completado su rehabilitación¹⁶¹.

Además, tal y como pudimos ver en el Capítulo II al estudiar el asesinato desde la perspectiva del Derecho comparado, podríamos justificar la inclusión de esta pena en base a su existencia en los países de nuestro entorno. Sin embargo, frente a este argumento cabe recordar las tesis recogidas en el Capítulo IV relativas a la relación entre el asesinato y la cadena perpetua y la razón de la existencia de ésta en los ordenamientos de nuestro entorno. Además, aunque estas legislaciones cuenten con esta pena, su regulación es sensiblemente menos grave que en España. Por ejemplo, en Austria, Bélgica y Alemania el periodo de cumplimiento mínimo de la pena son 15 años¹⁶².

Al lado opuesto se encuentran los escépticos y contrarios a la inclusión de esta pena. Además, de los ya citados en el Capítulo IV, podemos añadir más ejemplos y argumentos en contra de esta novedad que, viendo las reacciones que despertó, parece tener más detractores que defensores.

En primer lugar, esta pena ha traído varios problemas en la fase de determinación de la pena. Así, por ejemplo, en cuanto a la determinación cualitativa de la pena se ha reducido el ámbito de discrecionalidad del juez, y en cuanto a su determinación cuantitativa, esta pena impide

¹⁶¹ Gutiérrez Gutiérrez, A. “Expediente QDC: La primera condena a prisión permanente revisable en España” en *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, n° 40. Valladolid: Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, 2018. P.9.

¹⁶² Cámara Arroyo, S. “Cadena perpetua en España” en *Derecho y Cambio Social*, n° 57. Perú: Pedro Donaires Sánchez (edit.), 2019. Pp. 347-348.

ser graduada según la culpabilidad del reo porque no es susceptible de ser aplicada en su mitad superior o inferior (si la pena aparejada es la prisión permanente revisable, las agravantes o atenuantes genéricas que concurran no modificarán el marco penal, salvo que se deba aplicar su pena inferior en grado: prisión de 20 a 30 años según el art. 70.4 CP¹⁶³). También en la fase de ejecución de la misma se plantean problemas, concretamente respecto de los permisos de salida, la obtención del tercer grado, la revisión de la pena y la ausencia de una regulación específica penitenciaria, pues ni la LOGP (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria) ni el Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) han sido adaptados a una pena tan diferente a las existentes hasta entonces.¹⁶⁴

Otros han puesto la lupa sobre la reinserción. El art. 25.2 CE declara que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*”, de manera que, aunque el Tribunal Constitucional ya haya declarado que la reinserción no es un derecho subjetivo, las normas penales y penitenciarias que la obstaculicen serán inconstitucionales. De esta manera, hay quien declara que esta pena, en la que su primera revisión puede ser, en el mejor de los casos, tras haber cumplido 25 años de prisión, que impide la progresión al tercer grado hasta haber cumplido 15 años y que no permite al penado salir al exterior antes de haber cumplido 8 años se opone frontalmente a tal precepto constitucional.¹⁶⁵

También, y siguiendo con nuestra Carta Magna, se ha puesto en duda la compatibilidad de esta pena con: el mandato de determinación derivado del principio de legalidad de la pena del art. 25.1 CE, el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE) por serle privada ésta al reo de manera desproporcionada y ajena a los criterios de culpabilidad y con la prohibición del art. 15.1 CE de imponer penas inhumanas.¹⁶⁶

Como no podía ser menos, no han faltado voces que han proclamado su incompatibilidad con el respeto de los derechos humanos. En relación a ello, podría aducirse que cuando el condenado pasa una estancia muy larga en prisión, se anula o limita enormemente su libre desarrollo de la personalidad, convirtiéndolo en un sujeto carente de toda nota de

¹⁶³ Muñoz Conde, F. “El delito de asesinato tras la reforma penal del 2015” en Cuadrado Ruiz, M.A. (Dir.) *Cuestiones penales: a propósito de la Reforma penal de 2015*. Madrid: editorial DYKINSON, 2016. P. 27.

¹⁶⁴ López Peregrín, C. “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 20. Granada: Universidad de Granada, 2018. Pp. 17-39.

¹⁶⁵ Daunís Rodríguez, A. “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español” en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 10. Granada: Universidad de Granada, 2013. Pp. 99-100.

¹⁶⁶ Ferrer García, A. M. “La prisión permanente revisable a revisión” en *La reforma del Código penal a debate*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2016. Pp. 28-32.

independencia, autonomía y libertad. En definitiva, condenar a un criminal a prisión permanente revisable supondría su muerte social.¹⁶⁷

En conclusión, los detractores de esta nueva pena introducida en 2015 consideran a la misma como innecesaria, de dudosa legitimidad respecto de las exigencias constitucionales, convencionales y relativas a los derechos humanos y provocadora de multitud de problemas, tanto interpretativos como a efectos prácticos. Además, se considera que su introducción nos coloca al frente en cuanto a dureza punitiva respecto de los países de nuestro entorno, y es que aunque esta pena se halle contemplada en sus ordenamientos, lo está de una manera más laxa y el tiempo efectivo de cumplimiento de condena es menor del tiempo mínimo previsto por la legislación española¹⁶⁸.

II. Una vez hemos obtenido una visión más global de sus razones en contra y a favor, debemos entrar a estudiar cómo funciona esta pena.

A grandes rasgos, es esta una pena de duración indeterminada con un cumplimiento temporal mínimo de privación de la libertad, después del cual pueden ocurrir dos cosas: o se suspende la ejecución de la pena si se han cumplido los objetivos de reinserción social, o se decide seguir con su cumplimiento mediante revisiones periódicas por no haberse cumplido¹⁶⁹. Veamos con más detalle su funcionamiento:

1. La revisión de la condena.

Para poder llevarse a cabo la revisión (regulada en el art. 92 CP) de la condena, ha de haberse cumplido un tiempo mínimo en prisión. Con carácter general y según el art. 78 *bis* CP, este mínimo serán 25 años, pero puede aumentarse hasta 30 años “*cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más*”. Por último, el apartado tercero del mismo artículo aumenta este mínimo a 28 y 35 años respectivamente para los casos anteriores “*si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales*”.

¹⁶⁷ de León Villalba, F.J. “Prisión permanente revisable y derechos humanos” en Rodríguez Yagüe, C. (coord.) *Contra la cadena perpetua*. Ciudad Real: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016. P. 97.

¹⁶⁸ Valle Mariscal de Gante, M. “La reforma del Código Penal de 2015” en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 18, nº 1. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2015. Pp. 321-322.

¹⁶⁹ Fernández Vizán, B. “Prisión permanente revisable. Aspectos y circulares de la Fiscalía General del Estado” en *Studia Zamorensia*, nº 18. Zamora: Centro asociado de la UNED, 2019. Pp. 211-212.

Para poder revisarse la condena, también es requisito indispensable que el reo se encuentre dentro del tercer grado penitenciario. El art. 36 CP nos informa de que “*la clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias*”, y que la misma no podrá efectuarse, en el ámbito del asesinato, antes del cumplimiento de 15 años de prisión, elevable a 20 años en casos de terrorismo.

El apartado primero del art. 78 bis CP nos dice que esta progresión al tercer grado “*cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable*” requerirá un mínimo de 18 (letra a, o 24 años si se trata de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo), 20 (letra b, o 24 en el mismo caso) o 22 años (letra c, o 32 años en el mismo caso) de cumplimiento de la pena. Una vez en tercer grado, se aplicará lo dispuesto en el apartado segundo, en concreto: la letra a) del apartado segundo para las letras a) y b) del apartado primero, y la letra b) del apartado segundo para la letra c) del primer apartado.

Para aclarar este complejo sistema de años, podemos fijarnos en la siguiente tabla, la cual nos permite además comparar este sistema respecto de las penas de prisión de duración determinada¹⁷⁰:

La prisión permanente revisable: cuadro comparativo de tiempo de cumplimiento mínimo de privación de libertad

		Permisos de salida ordinarios	Tercer grado ¹⁵⁹		Libertad condicional (suspensión de la ejecución del resto de la pena) ¹⁶⁰	
CONDENADO A PRISIÓN POR TIEMPO DETERMINADO		(art. 154.1 RD 190/1996): Cuarta parte de la condena (salvo cumplimiento íntegro)	Sin mínimo (salvo en penas superiores a 5 años donde se imponga periodo de seguridad, en cuyo caso debe haber cumplido la mitad de la condena; o salvo casos de cumplimiento íntegro)		Art. 90.1 Cp: Tres cuartas partes de la condena impuesta (salvo regímenes excepcionales o cumplimiento íntegro)	
CONDENADO A PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE (PPR)	Condenado a PPR por un delito	-8 años (art. 36.1 Cp)	-15 años (art. 36.1.b Cp)	-20 años (art. 36.1.a Cp), si es un delito terrorista	-25 años (art. 92 Cp)	
	Condenado por varios delitos, uno con PPR y el resto suman de 5 años y 1 día a 15 años de prisión	-12 años (art. 36.1 Cp), si es un delito terrorista	-18 años (art. 78 bis.1.a Cp)	-24 años (art. 78 bis.3 Cp), si se trata de delito terrorista o cometido en organización criminal	-25 años (art. 78 bis.2.a Cp)	-28 años (art. 78 bis.3 Cp), si se trata de delito terrorista o cometido en organización criminal
	Condenado por varios delitos, uno con PPR y el resto suman de 15 años y 1 día a 24 años, 11 meses y 29 días de prisión		-20 años (art. 78 bis.1.b Cp) –incluye el caso del art. 140.2 Cp-			
	Condenado por varios delitos, uno con PPR y el resto suman 25 años de prisión o más, o a 2 o más penas de PPR		-22 años (art. 78 bis.1.c Cp)	-32 años (art. 78 bis.3 Cp), si se trata de delito terrorista o cometido en organización criminal	-30 años (art. 78 bis.2.b Cp) –incluye el caso del art. 140.2 Cp-	-35 años (art. 78 bis.3 Cp), si se trata de delito terrorista o cometido en organización criminal

¹⁵⁹ Según el art. 36.3 Cp, en todo caso cabe la progresión a tercer grado en ciertos supuestos por motivos humanitarios y de dignidad personal.

¹⁶⁰ Según el art. 91 Cp, en todo caso cabe la suspensión en ciertos supuestos por motivos humanitarios y de dignidad personal.

¹⁷⁰ Tabla recogida de López Peregrín, C. “Más motivos para...” ob. cit. nota 164. P. 49.

Por último, el tribunal evaluador debe apreciar un pronóstico favorable de reinserción, valiéndose de los informes de evaluación que le remita el centro penitenciario u otros organismos a los que el tribunal se lo pida. El tribunal deberá aquí tener en cuenta la conducta del penado, las circunstancias del hecho y los efectos que se esperen de la suspensión de la pena. Además, si fuese un supuesto de terrorismo, deberá tener claro que el reo ha abandonado inequívocamente los fines y medios del mismo¹⁷¹.

Si no se cumplieren los requisitos para acceder a la libertad condicional, la Ley exige al tribunal que revise el asunto cada dos años, o uno a instancia del penado (art. 92.4 CP).

2. La suspensión de la pena y paso a la libertad condicional.

Se acordará por el tribunal sentenciador tras un proceso contradictorio en el que intervendrán el Fiscal y el acusado asistido por su abogado, si bien la comparecencia del acusado no es preceptiva. Este periodo de suspensión durará entre 5 y 10 años y su régimen será el general, con la posibilidad de adoptar las medidas y prestaciones contenidas en el art. 83 CP.

El art. 92.3 CP se remite a las normas sobre revocación y extinción de la pena recogidas en los arts. 86 y 87 CP. De esta manera, si transcurre el plazo de suspensión de la prisión revisable y no han aparecido motivos para revocarlo, la pena se extinguirá. Por otro lado, la suspensión puede revocarse si se comete un nuevo delito o se incumplen grave y reiteradamente las obligaciones impuestas¹⁷².

3. La remisión de la pena.

Finalmente, y como se dijo anteriormente, si ha transcurrido el periodo de suspensión de la pena y no ha habido ningún motivo para revocarla, el tribunal sentenciador remitirá la pena. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el reo aún es susceptible de estar bajo la medida de libertad vigilada del art. 140 *bis*, que tendrá una duración de entre 5 y 10 años.

III. En resumen, y teniendo en cuenta tanto el cumplimiento de la prisión como la suspensión de la pena y el cumplimiento de la medida de libertad vigilada, en el mejor de los casos el reo habrá estado 35 años bajo un sometimiento punitivo (25 años hasta la revisión, más 5 de suspensión y otros 5 de libertad vigilada). En el peor de los casos, este mínimo se eleva a 55 años (35 años hasta la revisión, 10 de suspensión y 10 de libertad vigilada). Esta enorme longevidad penológica, sumada a una redacción poco clara y problemática de las

¹⁷¹ Ferrer García, A. M. “La prisión...” ob. cit. nota 166. P. 34.

¹⁷² Muñoz Conde, F. *Derecho penal: parte general*, 10º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. P. 490.

circunstancias en las que la pena se impondría, conforma un problema en la ciencia jurídico-penal enorme¹⁷³.

No podemos acabar el estudio de la prisión permanente revisable sin analizar un hito histórico de nuestra jurisprudencia: la STS 5-5-2020, relativa al tan mediático ‘caso Pioz’, condenó al reo a nada más y nada menos que tres penas de prisión permanente revisable.

De los hechos resulta que un joven acudió a la casa de sus tíos con un cuchillo muy afilado en su mochila. Aprovechándose de su relación familiar, accedió al domicilio y asesinó a su tía de forma sorpresiva mientras ella fregaba los platos, y todo ello delante de sus hijos. Después, se dirigió contra sus dos primos (de casi tres años y dieciocho meses de edad cada uno) y los mató de igual manera. Cuando su tío y padre de los niños llegó a casa una hora después, el joven le atacó de forma sorpresiva y también acabó con su vida. Después, seccionó los cadáveres de los adultos y metió los cuatro cuerpos en bolsas, limpió la casa, se aseó y cogió un bus para alejarse del lugar de los hechos. Días más tarde, voló hacia Rio de Janeiro y, cuando volvió a España, fue detenido en el aeropuerto.

El fallo del Tribunal Supremo ante semejante atrocidad fue dejar sin efecto las dos penas de 25 años de prisión impuestas por el TSJ de Castilla-La Mancha, como castigo por los dos delitos de asesinato cometidos en la persona de los menores de edad, y sustituirlas por sendas penas de prisión permanente revisable, que se añaden a la ya impuesta en primera instancia en aplicación del art. 140.2 CP. Además, se pronuncia acerca de cuestiones penitenciarias y acuerda que *“la progresión a tercer grado del condenado requerirá del cumplimiento de un mínimo de 22 años de prisión y que la suspensión de la ejecución del resto de las penas requerirá de un mínimo de 30 años de prisión”*.

Esta sentencia, además, contiene ciertos pronunciamientos que nos resultan interesantes respecto de materias explicadas anteriormente a lo largo de este trabajo. Quizá el más interesante es el relativo al conflicto entre la alevosía por desvalimiento y el asesinato hipercualificado por ser la víctima vulnerable en razón de su edad, discapacidad o enfermedad respecto de las muertes de los niños pequeños, y es que la Audiencia Provincial de Guadalajara aplicó el art. 140.1.1º CP para ambas muertes, pero el TSJ en apelación se decantó por la sola apreciación de la alevosía al haber excluido la agravante del ensañamiento y evitar lesionar el principio *non bis in idem*. Respecto a esto, la sentencia se remite a otras

¹⁷³ López López, C. I. “La prisión permanente revisable en la legislación española” en *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España*. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Oviedo, 2017. P. 608.

sentencias (como la STS 10-2-2017 que nosotros recogimos en su momento) para solucionar el problema y nos sirve para afirmar la conclusión a la que anteriormente llegamos.

Así, no siempre será apreciable la alevosía en estos casos, de forma que habrá ataques a niños de corta edad que no serán alevosos pero sí se producirá la agravación del art. 140.1.1º CP. Entonces, si la alevosía se basa en la corta edad de la víctima, sí habrá conflicto y será apreciable solamente la alevosía y no la circunstancia del art. 140 CP para no incurrir en un *bis in idem*. En caso contrario, cuando la alevosía no se base en la vulnerabilidad de la víctima en razón de su edad, enfermedad o discapacidad, podrá apreciarse alevosía y también la circunstancia del art. 140 CP, cosa que ha hecho el Tribunal Supremo en este supuesto y por ello aprecia la agravación del art. 140.1.1º para los asesinatos de los niños e impone dos penas de prisión permanente revisable.

5.5.- Tentativa y actos preparatorios punibles.

No podía faltar en el estudio del *iter criminis* el estudio sobre el asesinato en grado de tentativa y los actos preparatorios del mismo que de por sí fuesen punibles. Primero, hablaremos sobre la tentativa y su difícil separación respecto de otros delitos, y después veremos el tratamiento penal de los actos preparatorios.

I. Dentro del concepto de tentativa, podemos diferenciar entre tentativa acabada (el sujeto ha realizado todos los actos ejecutivos del delito), que es lo que en el anterior Código Penal se recogía como frustración, y tentativa inacabada (el sujeto ha realizado sólo una parte de ellos)¹⁷⁴. Pues bien, para el delito de asesinato se aceptan ambas modalidades imperfectas de ejecución, comenzando la tentativa con los primeros actos de ejecución de la muerte constitutivos de un peligro para la vida. Eso sí, respecto de las circunstancias calificadoras y agravantes del asesinato no cabe apreciar la tentativa: o existen o no existen, pero no cabe punto intermedio¹⁷⁵.

De lo más problemático en este punto es la diferenciación entre un delito de lesiones consumado y un delito de asesinato en grado de tentativa, algo enormemente probable de producirse. Pensemos en todos aquellos supuestos en los que el agresor ataca y hiere a su víctima, pero ésta consigue salvar su vida. Entonces, ¿qué haríamos aquí: castigar por un delito de lesiones o por un delito de asesinato? ¿podríamos apreciar un concurso real?

¹⁷⁴ Muñoz Conde, F., y García Arán, M. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 84. P. 447.

¹⁷⁵ González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. Pp. 52 y 66.

La jurisprudencia ha venido poniendo el foco en este punto en el ánimo del autor: en el delito de lesiones habrá *animus laedendi o vulnerandi* (ánimo de lesionar), mientras que en el delito de asesinato habrá *animus necandi u occidendi* (ánimo de matar). A su vez, se ha discutido sobre si entre ambos existe una relación de exclusión o de inclusión del primero sobre el segundo, dando lugar a la teoría de la unidad, adoptada por la doctrina mayoritaria, que considera que el dolo de matar abarca el de lesionar, y la teoría de la oposición, la cual considera que los mismos se excluyen recíprocamente y que ha sido la adoptada por la jurisprudencia (SSTS 28-3-2001, 23-3-2000)¹⁷⁶.

Para decidirse por uno u otro, el Tribunal Supremo ha establecido una jurisprudencia reiterada según la cual se considera este ánimo como algo íntimo del autor que solo puede apreciarse y conocerse a través del análisis de cuantos datos objetivos haya probados en la causa. De esta manera, se tendrán en cuenta todas las circunstancias que hayan rodeado la ejecución del delito y todos los actos del autor, bien sean anteriores, simultáneos o posteriores a la acción delictiva. Es lo que se llama prueba indirecta, indiciaria o circunstancial (SSTS 12-2-2003, 28-12-2015, 14-2-2018, etc.)¹⁷⁷. Los indicios anteriores se referirían a la relación preexistente entre la víctima y el autor, los antecedentes de la situación en la que se produce la muerte, etc. Los indicios simultáneos se compondrían de la intensidad del ataque, la zona corporal donde los mismos se dirigen, etc. Por último, los indicios posteriores se referirán fundamentalmente a la reacción del autor ante la muerte de la víctima, si se arrepiente o confiesa, etc. (SSTS 30-11-2017, 16-12-2014, etc.)¹⁷⁸. Para apreciar un concurso real, sin embargo, habrá de ser necesario que se haya producido una interrupción de la conducta¹⁷⁹.

Alfonso y Luis, compañeros de la facultad desde hacía un par de semanas, salen a tomarse unas copas junto con otros estudiantes de su clase. A medida que la noche avanza, las tensiones entre ellos aumentan y el alcohol aumenta su agresividad. En cierto momento, a Alfonso se le agota la paciencia y rompe una botella de vidrio al golpearla contra la mesa y se abalanza contra Luis, mientras vocifera “te voy a partir las piernas, cabrón”. Con ese utensilio, Alfonso dirige sus ataques a los muslos, costillas y mejillas de la víctima, provocándole heridas superficiales. Luis, asustado, consigue zafarse de su agresor e interpone una querrela contra Alfonso al día siguiente. Una vez iniciado el proceso, el juez debe decidir y, a la vista de los hechos probados, considera que Alfonso es culpable de un delito consumado de lesiones porque de los indicios anteriores (eran simples compañeros de facultad, casi desconocidos, y no había una enemistad manifiesta entre ambos, además de que Alfonso le amenazó sólo con “partirle las piernas”, esto es, lesionarle) y simultáneos (dirigió sus ataques contra zonas corporales no delicadas y realizó ataques no mortales) puede apreciarse la existencia de un *animus laedendi o vulnerandi*.

¹⁷⁶ Gómez Martín, V. “Título I: Del homicidio y sus formas” en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.) *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. Pp. 495-496.

¹⁷⁷ Zárate Conde, A. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 147. P. 32.

¹⁷⁸ Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V., Hortal Ibarra, J., Miranda, G., y Rogé Such, G. *Manual de derecho penal...* ob. cit. nota 103. Pp. 36-37.

¹⁷⁹ González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. P. 66.

Respecto del desistimiento en la tentativa, la jurisprudencia exige comportamientos activos que tiendan a evitar el resultado (art. 16.2 CP). En ese caso, el título de imputación variará a favor de apreciar un delito de lesiones (STS 23-7-2012)¹⁸⁰.

II. Respecto de los actos preparatorios punibles, el art. 141 CP nos dice que “*la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los tres artículos precedentes, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en su caso en los artículos anteriores*”. Este artículo, que se aplica tanto para el homicidio doloso como para el asesinato (aunque realmente los tres artículos precedentes son los arts. 139, 140 y 140 *bis*, dejando fuera al homicidio del art. 138), faculta al órgano jurisdiccional a imponer una pena disminuida en uno o dos grados para el reo condenado como responsable de uno de estos delitos.

Debemos saber a qué nos estamos refiriendo con estos términos: según el art. 17 CP, “*la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo*”, y la proposición se dará “*cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él*”. Respecto de la provocación, el art. 18.1 CP nos informa de que “*la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito*”. Hay que tener en cuenta que, respecto de la provocación, si le hubiese seguido la perpetración del delito, la misma se castigará como inducción (art. 18.2 CP).

Para poder castigar en base a uno de estos actos preparatorios, la provocación, la conspiración o la proposición de que se trate debe contar con las circunstancias agravantes específicas o calificadoras del asesinato. Por ejemplo, nadie podrá ser castigado por provocación respecto de un asesinato alevoso si dentro de su incitación no se aprecia el uso de un medio alevoso. En este caso, sería castigado por proposición respecto de un homicidio¹⁸¹.

En un foro de la *Deep web* o “Internet profunda”, tres personas envían los siguientes mensajes a sendos destinatarios:

- a) Andrés Duque, bajo el nombre de Thor97, escribe: Tienes que matar a alguien, no sabes la satisfacción que da hacerlo. Lo mejor es matarlos mientras duermen. Hazlo, no te arrepentirás.
- b) Ismael Arias, bajo el nombre de Igna390, escribe: Te propongo algo que cambiará tu vida: espera a que alguien pase en la noche por un callejón, embóscale y mátales. Pero no lo hagas rápido. Mátales y hazles sufrir, hazles gritar como a un cerdo. Sus gritos te reconfortarán.
- c) Roberto Pérez, bajo el nombre de RoPeKILL, escribe: Hay que matar a los viejos. Son muchos y no hay dinero para sus pensiones. Lo mejor es poner veneno en su comida o atacarles por detrás. No te oirán porque están sordos.

¹⁸⁰ Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., y Boldova Pasamar, M. *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a...* ob. cit. nota 85. P. 37.

¹⁸¹ González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. P. 69.

Siendo los tres llevados ante los tribunales, los jueces deciden:

- a) Considerar a Andrés como culpable de un delito de provocación respecto de un delito de asesinato del art. 139.1 CP, porque incita a matar a alguien de manera alevosa (art. 139.1.1° CP).
- b) Considerar a Ismael como culpable de un delito de provocación respecto de un delito de asesinato cualificado del art. 139.2 CP, porque incita a matar a alguien de manera alevosa y con ensañamiento (art. 139.1.3° CP).
- c) Considerar a Roberto como culpable de un delito de provocación respecto de un delito de asesinato hipercualificado del art. 140 CP, porque incita a matar de manera alevosa a una persona vulnerable por razón de su edad (art. 140.1.1° CP).

Estas figuras punibles dejarán de ser aplicables cuando se comiencen los actos ejecutivos y, con ellos, entremos en el ámbito punible de la tentativa. Sin embargo, a efectos punitivos, no hay apenas diferencia: el art. 62 CP nos dice que *“a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”*. Es decir, tanto si tenemos que castigar por uno de los anteriores actos preparatorios como si tenemos que hacerlo por la tentativa, impondremos las penas del homicidio y asesinato inferiores en uno o dos grados. De esta manera, las penas de prisión que podrían imponerse serían:

- a. Para el homicidio (art. 138 CP): de 5 años a 10 años menos un día (inferior en un grado) o de 2 años y medio a 5 años menos un día (inferior en dos grados).
- b. Para el asesinato (art. 139 CP): de 7 años y medio a 15 años menos un día (inferior en un grado) o de 3 años y 9 meses hasta 7 años menos un día (inferior en dos grados). Se impondrá la pena en su mitad superior si estamos ante el supuesto del art. 139.2 CP.
- c. Para el asesinato hipercualificado (art. 140 CP): de 20 a 30 años (inferior en grado, en virtud del art. 70.4 CP), o de 10 a 20 años (inferior en dos grados).

5.6.- Autoría y participación.

Este delito, como el homicidio, no presenta ninguna particularidad respecto de las reglas de autoría y complicidad de los arts. 28 y 29 CP respectivamente, siendo todas estas modalidades posibles. Pero a esta afirmación se le presenta una excepción: las circunstancias calificadoras del asesinato del art. 139.1 CP.

Las responsabilidades sobre estas circunstancias deben ser individualizadas entre los diversos autores y partícipes, aplicándose las reglas del art. 65 CP¹⁸². Esto conlleva que cada circunstancia tenga un régimen distinto, ya que el art. 65 dicta que *“las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran”* en su primer apartado y, en el apartado siguiente, que *“las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para*

¹⁸² Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., y Boldova Pasamar, M. *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a...* ob. cit. nota 85. P. 35.

realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito". Así, el ensañamiento, por ejemplo, se atendería a la regla del apartado segundo, mientras que la comisión mediante precio, recompensa o promesa seguiría la regla del apartado primero.

Víctor incita a Pablo, Marcos y Carlos, tres de sus mejores amigos, a matar a un viejo enemigo suyo. Finalmente, les acaba convenciendo, si bien a Pablo tiene que ofrecerle un pago a cambio, y entonces Carlos aporta varias navajas y un coche para la huida. Los cuatro se dirigen en el vehículo hacia la casa de la víctima, y son Pablo y Marcos los que se prestan para entrar en el domicilio y llevar a cabo el delito, mientras los otros dos partícipes esperan fuera sin saber sus planes. Ambos hombres entran, y ven al hombre de noventa años preparándose la cena en la cocina. Él los ve y trata de defenderse, pero los atacantes se lanzan sobre él y le asestan numerosas cuchilladas, incluso Marcos sigue asestándolas sólo por sadismo. Los dos hombres salen y escapan junto con sus compañeros en el vehículo. Posteriormente, son llevados ante el juez y éste declara que:

- a. Víctor, en base al art. 28.2.a) (inductor), es autor de un delito de homicidio cualificado del art. 138.2.a) en relación al art. 140.1.1º CP.
- b. Carlos, en base al art. 28.2.b) (cooperador), es autor de un delito de homicidio cualificado del art. 138.2.a) en relación al art. 140.1.1º CP.
- c. Pablo, en base al art. 28.1, es autor de un delito de asesinato por precio, recompensa y promesa, en su modalidad hipercualificada por el art. 140.1.1º CP.
- d. Marcos, en base al art. 28.1, es autor de un delito de asesinato con ensañamiento, en su modalidad hipercualificada por el art. 140.1.1º CP.

Por último, cabe decir que de una única inducción pueden producirse varios delitos. En estos casos, se deberá responder como inductor de cuantos asesinatos se hayan producido (STS 25-5-1998)¹⁸³.

5.7.- La libertad vigilada: art. 140 bis.

Otra importante novedad de la LO 1/2015 es permitir la posibilidad de la imposición de la libertad vigilada para el homicidio, el asesinato y los demás delitos del Título I del Libro I. Esta medida no privativa de libertad (art. 96.3.3º CP), anteriormente contemplada para los delitos contra la libertad sexual desde la reforma de 2010, se regula en los arts. 96-98 CP y se cumple después de la pena privativa de libertad, que en estos casos sería la pena de prisión y la pena de prisión permanente revisable. No tendrá una duración superior a los cinco años (art. 105.1.a) y su contenido se regula en el art. 106 CP.¹⁸⁴

¹⁸³ González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 80. P. 69.

¹⁸⁴ Zárate Conde, A. *Derecho Penal...* ob. cit. nota 147. Pp. 45-46.

VI. CONCLUSIONES.

Ya hemos visto cómo se regulaba el asesinato en España y cómo se hace actualmente en otros países de nuestro entorno. También hemos visto cómo era su redacción originaria en el Código Penal actual y estudiamos la reforma penal producida por la LO 1/2015 y cómo se desarrolló su iter prelegislativo. Por último, hemos analizado, como si quisiéramos elaborar un manual de parte especial de Derecho Penal, el tratamiento actual del asesinato por parte de nuestros autores y nuestros órganos jurisdiccionales. Ahora llega el turno de las conclusiones, de nuestra crítica personal y de las propuestas. Con ello daremos por finalizado este extenso trabajo para recoger las referencias utilizadas durante todo el mismo.

Así, nuestras conclusiones se van a estructurar en cuatro grandes temas:

1. SIMPLIFICAR Y COMPLICAR LA REGULACIÓN: EL “FENÓMENO ACORDEÓN”.

En el Capítulo II pudimos ver cómo la tendencia generalizada de la normativa penal de nuestro país se dirigía a la simplificación normativa. Sólo hay que recordar el extensísimo art. 609 del Código Penal de 1822 y la redacción del art. 324 del Código siguiente.

El Código Penal de 1995 hizo eso mismo, ofreciendo una regulación del asesinato basada en la concurrencia de únicamente tres circunstancias frente a las cinco de la redacción anterior. Por otro lado, el homicidio solamente se definía en el art. 138 y no se recogía circunstancia agravante alguna.

Pero la LO 1/2015 no siguió esta tendencia. Al homicidio le añadió un segundo apartado con dos circunstancias que permiten agravar su pena, mientras que al asesinato se le añade una circunstancia calificativa y otras cuatro agravantes. Es decir: el homicidio pasó de cero circunstancias a dos, y el asesinato pasó de tres a ocho. Además, se añadió un art. 140 *bis* que ampliaba el ámbito de aplicación de la medida de libertad vigilada para estos delitos.

Pero no es solo el hecho de que sean más circunstancias, sino que además éstas son en ocasiones bastante poco claras y acarrear importantes problemas. Por ejemplo, ya vimos el tremendo problema que la especial vulnerabilidad de la víctima (art. 140.1.1º CP) acarrea con respecto a la doctrina jurisprudencial relativa a la alevosía por desvalimiento. Esta enorme complicación provoca que nuestros órganos jurisdiccionales tengan que enfrentarse a grandes lagunas legislativas y a difíciles problemas interpretativos, lo que siempre puede provocar un efecto totalmente indeseado en el marco de un Estado de Derecho: que la misma ley se aplique de maneras distintas dentro de la geografía nacional.

De esta manera, hemos visto cómo iniciamos nuestro estudio partiendo de una regulación muy extensa para dar lugar a una redacción cada vez más corta y simple, la cual vuelve a ver ampliada su extensión con motivo de esta reforma. Es lo que denominamos aquí el “efecto acordeón”: el legislador, partiendo de una legislación extensa, la reduce y la vuelve a ampliar como un acordeonista cuando agarra los extremos de su instrumento y los extiende y contrae alternativamente, dejando a la vista un fuelle a veces más extendido y a veces más contraído. Pero hay una notable diferencia: el acordeonista produce música, alimento para el alma; el legislador nos ofrece complicaciones y una legislación más difícil de interpretar.

La solución es clara: o suprimimos circunstancias para acortar la legislación, o las esclarecemos. Porque está claro que la jurisprudencia acabará llegando a conclusiones para interpretar el Código Penal, pero un buen legislador debe velar porque los órganos jurisdiccionales que deban aplicar su ley se encuentren con las menores dificultades posibles.

2. EL POPULISMO PUNITIVO COMO TÉCNICA LEGISLATIVA: DE CAMINO AL AUTORITARISMO.

No son pocos los casos en la historia en los que el legislador se ha dejado llevar por el populismo para decidir sobre su regulación. Los casos más notables y claros los podemos encontrar, como es evidente, en los regímenes totalitarios y autoritarios que han azotado a la humanidad: la Alemania nazi, la Unión Soviética, la Italia fascista, la España franquista, etc.

Sin embargo, también podemos constatar episodios de populismo legislativo en democracias actuales, y este ha sido el caso de España en 2015 y los años precedentes en los que se tramitó el Anteproyecto de la LO 1/2015.

Una muestra flagrante de ello es la Exposición de Motivos del Anteproyecto, cuando declara que pretende poner a disposición de los jueces un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles y consideradas por la sociedad como justas, para que la confianza en ellos se vea fortalecida. Dicho de otra manera, lo que el prelegislador aquí viene a decir podría resumirse en que pretende agravar las penas porque la sociedad así lo pide.

Esta declaración de intenciones bastaría para criticar la reforma, pero podemos apartarnos del ordenamiento jurídico un momento para observar ciertos fenómenos y acontecimientos que podrían servir para fortalecer nuestro pensamiento. Me refiero a dos temas: el electoralismo rampante que se realizó, y los antecedentes mediáticos de la reforma.

Toda persona española que haya estado mínimamente conectada con la actualidad en estos últimos años sabrá que el endurecimiento de las penas y el sistema penitenciario han sido un

tema central de las campañas electorales de los principales partidos políticos para las elecciones generales de los años 2011 y 2015. El Partido Popular, por un lado, se mostró a favor de endurecer las penas para delitos especialmente execrables para la opinión pública, mientras que el Partido Socialista se mostraba en contra de ello, a excepción de los delitos de terrorismo donde ambas formaciones parecían encontrar un punto en común.

Y no es que solamente fuera este asunto un tema incluido en programas electorales o discutido en infinidad de debates, sino que se hizo de él un baluarte en ocasiones. No hay más que ver, por ejemplo, cuando nada más y nada menos que el candidato a la presidencia por parte del PP se reunió con los padres de Marta del Castillo para hablar sobre la posibilidad de incluir la por entonces denominada “cadena perpetua revisable”¹⁸⁵. También el hecho de que sea incluido en las listas al Congreso Juan José Cortés, padre de la niña de cinco años asesinada en 2008 Mari Luz Cortés, por parte del Partido Popular en 2019¹⁸⁶ nos hace pensar que se ha hecho un uso electoralista de estos tristes casos.

Pasando a la segunda cuestión, podemos decir que todos estos crímenes, en los que la víctima es especialmente vulnerable y/o es objeto de delitos contra la libertad sexual, tienen una repercusión mediática enorme. En concreto, anteriores a la reforma y el Anteproyecto fueron los casos de José Bretón (octubre de 2011) o Marta del Castillo (enero de 2009), que ocuparon gran parte de la parrilla mediática de nuestro país y estuvo en boca de todos. Ello conduce, a su vez, a que una gran multitud de personas se posicione frente a ello de alguna manera, y, en muchas ocasiones, lo hagan motivados por su lado más emocional y visceral. Seguro que cualquier persona ha experimentado alguna vez la situación que se produce cuando, por ejemplo, mientras varias personas se reúnen en una mesa para comer y escuchar el telediario, un crimen de estas características es puesto sobre la palestra. No dudo en que a todos se nos viene a la cabeza comentarios y propuestas sobre la pena a imponer que nos hacen retrotraernos a los tiempos del Código de Hammurabi o de la romana Ley de las XII Tablas.

Y la indignación no se queda ahí. No son pocas las personas que pretenden cambiar la legislación de su país en aras de endurecer las penas contra esos sujetos que tanto odian. Recordemos, por ejemplo, que los padres de Marta del Castillo reunieron 1.6 millones de

¹⁸⁵ M.C. (17-11-2010). Rajoy promete cambiar el Código Penal para que haya Prisión Permanente Revisable. *ABC España*. Recuperado de https://www.abc.es/espana/padres-marta-castilla-entregan-201011170000_noticia.html [Consulta: 15 de junio de 2020].

¹⁸⁶ infoLibre. (15-3-2019). Juan José Cortés será el cabeza de lista del PP por Huelva tras la marcha de Fátima Báñez. *infoLibre*. Recuperado de https://www.infolibre.es/noticias/politica/2019/03/15/juan_jose_cortes_padre_mariluz_cabeza_lista_del_por_huelva_92958_1012.html [Consulta: 15 de junio de 2020].

firmas y los padres de Mari Luz Cortés consiguieron más de dos millones para ello. Sobre este perfil de ciudadano a favor de la prisión permanente revisable se ha llegado a la conclusión de que, en líneas generales, las personas más autoritarias (de ideología política más extrema) son las que presentan una opinión más favorable ante ella¹⁸⁷. Por otro lado, y como curiosidad, podemos añadir que otro estudio afirmó que gran parte de los estudiantes de 1º de Derecho de la universidad de Granada, quienes aún no han obtenido unos conocimientos sólidos sobre la ciencia penal, se muestran también partidarios de conservar la regulación actual de la prisión permanente revisable partiendo de su opinión sobre casos tan mediáticos y dramáticos como de los que ahora hablamos¹⁸⁸.

Todo lo anterior nos permite pensar que esta tendencia legislativa a la que la LO 1/2015 le ha dado respuesta nos conduce hacia una vía autoritaria totalmente rechazable en un Estado democrático de Derecho. Aquí la solución se torna muchísimo más compleja, ya que se inmiscuye el electoralismo y marketing tan odiosamente utilizados en los regímenes democráticos.

Quizá el mejor consejo que se le podría dar al electorado es que pongan más confianza en los expertos del Derecho. Si gran parte de la doctrina penal se muestra en contra de esta reforma y de la inclusión de la prisión permanente, seguramente sea por motivos más sopesados y coherentes que el mero revanchismo y el terror frente a la figura del asesino, aprovechado todo ello a su vez por la ambición electoralista de los partidos políticos. Quien más responsabilidad tienen aquí son, sin duda, los medios de comunicación como creadores de opinión pública que son. Lo mejor para servir al electorado de una información madura y bien construida es dar más voz a la doctrina y jurisprudencia penal en perjuicio de los representantes políticos o los periodistas parciales. Dicho de otra manera: más Peñaranda, Muñoz Conde y demás autores y menos políticos.

3. ACELERACIÓN E IMPROVISACIÓN: INGREDIENTES PARA OBTENER UNA MALA REGULACIÓN.

En el capítulo correspondiente al estudio de la reforma vimos los constantes errores del prelegislador y los mismos que han sobrevivido hasta convertirse en Derecho vigente.

¹⁸⁷ Fernández Lorenzo, C. y Moral Jiménez, M. “Actitudes hacia la pena de prisión permanente revisable y su relación con el autoritarismo” en *Apuntes de Psicología*, vol. 37, nº 1. Sevilla: Colegio Oficial de Psicología de Andalucía Occidental, 2019. P. 53.

¹⁸⁸ Cano Paños, M.A. y Calvo Alba, M.A. “Percepción de la delincuencia, miedo al delito y actitudes punitivas en España” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2019. P. 28.

También vimos las durísimas palabras que usó la doctrina para caracterizar este acontecimiento, y, a estas alturas, consideramos que las mismas podrían haberse quedado cortas.

En cuestión de unos pocos meses el asesinato no contenía ninguna modificación, pero, de repente, nos vimos ante una redacción mucho más amplia y compleja. Y en ese camino vimos errores bochornosos: recordemos cuando el apartado 2 del art. 139 se refería al apartado anterior como “artículo anterior” (fruto de un copia-pegar burdo) o cómo el art. 140 *bis* hablaba de capítulos, cuando no hay ninguno en el Título I del Libro II. Incluso, ya en el texto vigente, vemos atónitos cómo no se modificó el art. 141 CP para no dejar fuera al homicidio del ámbito de aplicación del mismo artículo con motivo de la inclusión del art. 140 *bis*. Todo un despropósito.

Con todo ello, y en coincidencia con Alonso Álamo¹⁸⁹, consideramos que esta reforma técnicamente defectuosa trajo consigo importantes desajustes valorativos y dio lugar a importantes problemas interpretativos y concursales, incorporando circunstancias de difícil fundamentación y delimitación entre sí.

Cuando un joven como el autor de este trabajo ingresa con dieciocho años recién cumplidos en la Facultad de Derecho, espera estudiar una legislación muy seria y muy diligentemente elaborada. Sin embargo, la realidad golpea con ejemplos como este, que deja atónitos a los principiantes y exaspera a los expertos. La petición que aquí cabría podría firmarla cualquier juez: que el legislador se esmere en ofrecer una regulación sopesada, coherente y de fácil aplicación e interpretación.

4. DE VUELTA A LA PRISIÓN INDEFINIDA: LA OPORTUNIDAD PERDIDA.

La influencia del Derecho comparado sobre nuestra legislación en este ámbito podríamos considerarla ya, a estas alturas, como acreditada. Incluso los jueces así lo advierten en sus sentencias (STS 19-12-2018, respecto de su similitud con Alemania).

El problema está en la distinta evolución que han sufrido los ordenamientos jurídicos de estos países de nuestro entorno y el ordenamiento español. Como dijimos, y recordando la tesis defendida por Eser y Koch, la existencia de la cadena perpetua se ha fundamentado en el abandono de la pena capital, de manera que aquélla llena los vacíos dejados por la desaparición de ésta. Este cambio denota una clara declaración de intenciones: rebajar la

¹⁸⁹ Alonso Álamo, M. “La Reforma...” ob. cit. nota 8. Pp. 48-49.

gravedad de las penas. Así, estas legislaciones extranjeras han eliminado su pena más grave en lo que parece una tendencia hacia alcanzar una disminución notable en la gravedad en sus penas, que muy posiblemente lleve a acabar prescindiendo también de la cadena perpetua.

El caso español es totalmente contrario. Sorprendentemente, la cadena perpetua en nuestro país fue derogada antes que la pena capital¹⁹⁰, y lo que hemos vivido ahora es una vuelta a algo que parecía haber sido superado en el pasado. En este sentido, y al margen del resto del sistema punitivo, podríamos considerar que teníamos una legislación más avanzada que la de nuestros países vecinos, al tener ya la pena capital y la cadena perpetua derogadas. Sin embargo, con la promulgación de la LO 1/2015 hemos recuperado una pena del pasado y nos hemos puesto al mismo nivel que las legislaciones extranjeras de nuestro entorno. Es, por tanto, una pérdida de la oportunidad de estar a la cabeza en lo que a una legislación menos severa se refiere.

Además, los datos no han acompañado esta decisión. No hay una emergencia social o un problema criminal de tal calibre que exija la vuelta de esta pena, como sí podríamos considerar que ocurre en otros países del planeta como México o Venezuela. Según datos del Eurostat¹⁹¹, España tiene una de las tasas más bajas de la UE en homicidios cometidos por cada 100.000 habitantes, y además tiene una tendencia decreciente: desde un 0.89 en 2008 hasta 0.66 en 2017. Países como Francia (1.11), Alemania (0.89), Dinamarca (1.06), Portugal (0.74) o las naciones constituyentes de Reino Unido (Inglaterra y Gales con 1.24 y Escocia con 1.09) presentan en 2017 tasas más elevadas que en nuestro país. Por tanto, no somos un país que deba preocuparse especialmente por este fenómeno.

En conclusión, la recuperación de la cadena perpetua ha supuesto un retroceso dentro de la evolución de las legislaciones de nuestro entorno que no se basa ni puede fundamentarse en base a ninguna razón criminológica, sino que aduce a decisiones político-criminales tendentes a homogeneizar nuestro delito de asesinato con otras tipificaciones extranjeras. No se entiende muy bien por qué motivo esto se pretende, pero así parece haber sido, sobre todo con el tipo del Código alemán el cual, además de contener dentro de su repertorio punitivo a la prisión indefinida, contiene la circunstancia relativa a facilitar o encubrir otro delito, algo que fue también una novedad de la reforma de 2015.

¹⁹⁰ Con la promulgación del Código Penal de 1928, medio siglo antes de la promulgación de la Constitución Española de 1978 que abolió la pena capital en su art. 15.

¹⁹¹ Eurostat. Recorded offences by offence category - police data [en línea]. <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=crim_off_cat&lang=en>. [Consulta: 20 de junio de 2020].

VII. JURISPRUDENCIA.

A. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. STS 24-12-1896
2. STS 26-4-1974
3. STS 21-12-1977
4. STS 16-3-1981
5. STS 25-4-1985
6. STS 18-3-1988
7. STS 26-9-1988
8. STS 17-3-1989
9. STS 8-5-1989
10. STS 27-10-1989
11. STS 29-6-1990
12. STS 29-3-1993
13. STS 8-5-1996
14. STS 24-5-1996
15. STS 15-10-1996
16. STS 21-1-1997
17. STS 5-11-1997
18. STS 25-5-1998
19. STS 13-11-1998
20. STS 13-11-1998
21. STS 13-11-1998
22. STS 22-01-1999
23. STS 6-10-1999
24. STS 4-2-2000
25. STS 7-3-2000
26. STS 13-3-2000
27. STS 23-3-2000
28. STS 28-3-2001
29. STS 27-9-2001
30. STS 29-11-2001
31. STS 22-12-2001
32. STS 11-3-2002

33. STS 6-6-2002
34. STS 31-10-2002
35. STS 12-2-2003
36. STS 14-2-2003
37. STS 20-3-2003
38. STS 22-12-2003
39. STS 24-2-2004
40. STS 16-7-2004
41. STS 13-4-2005
42. STS 24-2-2006
43. STS 14-9-2006
44. STS 10-11-2006
45. STS 24-5-2007
46. STS 20-12-2007
47. STS 7-7-2008
48. STS 18-09-2008
49. STS 22-1-2009
50. STS 15-9-2009
51. STS 28-1-2010
52. STS 28-12-2011
53. STS 20-1-2012
54. STS 12-3-2012
55. STS 4-6-2012
56. STS 23-7-2012
57. STS 25-1-2013
58. STS 14-2-2014
59. STS 5-3-2014
60. STS 5-3-2014
61. STS 16-12-2014
62. STS 7-7-2015
63. STS 28-12-2015
64. STS 12-2-2016
65. STS 10-2-2017
66. STS 4-4-2017

67. STS 24-4-2017
68. STS 18-7-2017
69. STS 30-11-2017
70. STS 9-1-2018
71. STS 15-1-18
72. STS 16-1-2018
73. STS 14-2-2018
74. STS 1-3-2018
75. STS 17-10-2018
76. STS 30-10-2018
77. STS 19-12-2018
78. STS 26-12-2018
79. STS 16-1-2019
80. STS 29-4-2019
81. STS 29-4-2019
82. STS 9-5-2019
83. STS 20-12-2019
84. STS 5-3-2020
85. STS 5-5-2020

B. Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia:

1. STSJ de Aragón 15-5-2001
2. STSJ de Castilla y León 5-11-15
3. STSJ de Andalucía 12-12-2017
4. STSJ de Cataluña 20-6-2019
5. STSJ de Murcia 10-3-2020

C. Sentencias de Audiencias Provinciales:

1. SAP de Pontevedra 14-7-2017
2. SAP de Cuenca 7-11-2017
3. SAP de Guadalajara 15-11-2018
4. SAP de Murcia 5-6-2019
5. SAP de Islas Baleares 11-12-2019
6. SAP de La Coruña 17-12-2019

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

1. Alonso Álamo, M. “La Reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015” en *Cuadernos de política criminal*, nº 117. Madrid: editorial DYKINSON, 2015.
2. Altés Martí, M., Baños Alonso, J., y Nuño de la Rosa Amores, J. *El Código Penal de 1995 y sus posteriores reformas (Texto íntegro de las reformas realizadas sobre cada artículo)*, 8a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
3. Álvarez García, Francisco Javier. “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (arts. 138, 139, 140 y 140 bis)” en Quintero Olivares (dir.) *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015
4. Álvarez García, Francisco Javier. *Derecho Penal Español Parte Especial I*. 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
5. Arias Eibe, J.M. “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7. Granada: Universidad de Granada, 2005.
6. Armendáriz León, C. *Parte especial del derecho penal a través del sistema de casos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
7. Botella Atienza, Laura. “Venenos: el arma femenina por excelencia” en *MoleQla: revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, nº 29, 2018.
8. Cámara Arroyo, S. “Cadena perpetua en España” en *Derecho y Cambio Social*, nº 57. Perú: Pedro Donaires Sánchez (edit.), 2019.
9. Cano Paños, M.A. y Calvo Alba, M.A. “Percepción de la delincuencia, miedo al delito y actitudes punitivas en España” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2019.
10. Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V., Hortal Ibarra, J., Miranda, G., y Rogé Such, G. *Manual de derecho penal: adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de Reforma del Código Penal: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
11. Corcoy Bidasolo, M., Mir Puig, S., Vera Sánchez, J. y Mir Puig, C. *Comentarios al Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
12. Cuello Calón, E. “¿Debe suprimirse la pena de prisión?” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 5, fasc. 3. Madrid: Ministerio de Justicia, 1952.
13. Daunis Rodríguez, A. “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español” en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 10. Granada: Universidad de Granada, 2013.

14. de León Villalba, F.J. “Prisión permanente revisable y derechos humanos” en Rodríguez Yagüe, C. (coord.) *Contra la cadena perpetua*. Ciudad Real: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.
15. del Rosal Blasco, B. “Del homicidio y sus formas” en Morillas Cueva, L. (Dir.) *Sistema de Derecho Penal: Parte especial*, 3º ed. Madrid: editorial DYKINSON, 2020.
16. Demeterio Crespo, E. “Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo” en *Nuevo Foro Penal*, nº 69. Colombia: Universidad EAFIT, 2006.
17. Escudero Muñoz, M. “La cualificación del asesinato por la circunstancia del art. 139.1.4 CP. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito” en *Actas del XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2018*. Madrid: Universidad de Alcalá, 2018.
18. Esquinas Valverde, P. “El homicidio y sus formas” en Marín de Espinosa Ceballos, E. (Dir.) *Lecciones de derecho penal: parte especial*. 1º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
19. Fernández García, Gabriel. “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el derecho español contemporáneo” en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, nº 16. Bogotá, Colombia: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2019.
20. Fernández Lorenzo, C. y Moral Jiménez, M. “Actitudes hacia la pena de prisión permanente revisable y su relación con el autoritarismo” en *Apuntes de Psicología*, vol. 37, nº 1. Sevilla: Colegio Oficial de Psicología de Andalucía Occidental, 2019.
21. Fernández Vizán, B. “Prisión permanente revisable. Aspectos y circulares de la Fiscalía General del Estado” en *Studia Zamorensia*, nº 18. Zamora: Centro asociado de la UNED, 2019.
22. Ferrer García, A. M. “La prisión permanente revisable a revisión” en *La reforma del Código penal a debate*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2016.
23. Flórez Holguín, L. y Erazo Espinosa, J. “Carteles del narcotráfico y grupos de sicarios” en *URVIO: Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, nº 8. Quito, Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2009.
24. Gómez Martín, V. “Título I: Del homicidio y sus formas” en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.) *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
25. González Cussac, J., y Vives Antón, T. *Derecho Penal. Parte Especial*. 5º. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
26. González Cussac, José Luis. *Tomo VII Esquemas de Derecho Penal Parte Especial*. 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

27. Goyena Huerta, J. “Título I: Del homicidio y sus formas” en Gómez Tomillo, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, 2º ed. Valladolid: editorial Lex Nova, 2011.
28. Gracia Martín, L. y Vizueta Fernández, J. *Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y Jurisprudencia*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
29. Gutiérrez Gutiérrez, A. “Expediente QDC: La primera condena a prisión permanente revisable en España” en *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, nº 40. Valladolid: Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, 2018.
30. Kindhäuser, U. “El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº4. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2008.
31. López López, C. I. “La prisión permanente revisable en la legislación española” en *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España*. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Oviedo, 2017.
32. López Peregrín, C. “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 20. Granada: Universidad de Granada, 2018.
33. Mapelli Caffarena, B. “El dolo eventual en el asesinato” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 41, fasc. 2º. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988.
34. Martos Núñez, J. A. *El delito de asesinato: análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*. Bosch editor, 2017.
35. Martos Núñez, J.A. “La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el sistema penal español” en *Poder Judicial*, nº 36. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.
36. Masip de la Rosa, Luis Iván (2016). *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, España.
37. Mesa Valiente, Alfonso. (2000). *El delito de asesinato cualificado por la alevosía*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante, España.
38. Morales Prats, F. “Del homicidio y sus formas (arts. 138 a 143)” en Quintero Olivares, G. (coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10º edición. Cizur Menor, Navarra: editorial Aranzadi, 2016.
39. Muñoz Conde, F. “El delito de asesinato tras la reforma del Código Penal español por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo” en *Estudios y escritos en homenaje al Prof. Gómez del Castillo*. Sevilla: Miguel G. del Castillo Catalina, 2016.
40. Muñoz Conde, F. “El delito de asesinato tras la reforma penal del 2015” en Cuadrado Ruiz, M.A. (Dir.) *Cuestiones penales: a propósito de la Reforma penal de 2015*. Madrid: editorial DYKINSON, 2016.

41. Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
42. Muñoz Conde, F. *Derecho penal: parte especial*, 22ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
43. Muñoz Conde, F. *Derecho penal: parte general*, 10º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
44. Muñoz Conde, F., y García Arán, M. *Derecho Penal, Parte General*, 9º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
45. Muñoz Ruiz, J. “Delitos contra la vida y la integridad física” en Morillas Cueva (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: editorial DYKINSON, 2015.
46. Pacheco, J. “*El Código Penal concordado y comentado, Tomo P*”. Quinta edición. Madrid: Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 1881.
47. Pantaleón Díaz, M. y Sobejano Nieto, D. “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal Español” en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 29. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2014.
48. Peñaranda Ramos, Enrique. “Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal” en *Modificaciones sustantivas en Derecho penal y el Estatuto de la víctima*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2017.
49. Peñaranda Ramos, Enrique. “Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código Penal” en Bacigalupo, S., Feijoo Sánchez, B. y Echano Basaldua, J.I. (coords.) *Estudios de Derecho penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.
50. Peñaranda Ramos. “Delito de asesinato” en Álvarez García, F.J. (coord.) *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
51. Quintano Ripollés, Antonio. *Tratado de la parte especial del derecho penal*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas SA, 1978.
52. Quintero Olivares, Gonzalo. *Tomo XXXII Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
53. Roca de Agapito, L. “Inducción mediante precio y cooperación con el sicario en la muerte del marido. La supuesta función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 15. Madrid: Facultad de Derecho de la UNED, 2005.

54. Rodríguez Devesa, J.M. “El Derecho comparado como método de política criminal” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 32, fasc. 1º. Madrid: Ministerio de Justicia, 1979.
55. Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., y Boldova Pasamar, M. *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Albolote, Granada: Editorial Comares S.L., 2016.
56. Sanz Morán, Á. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 48. Madrid: Ministerio de Justicia, 1995.
57. Sanz Morán, Ángel José. “La reforma de los delitos contra la vida” en Maqueda Abreu, M., Martín Lorenzo, M., y Ventura Püschel, A. (coords.) *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*. Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016
58. Serrano Gómez, Alfonso. “Notas al Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de octubre de 2012”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Número 15. Universidad de Granada, 2013.
59. Sierra López, M. “El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra” ” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21. Granada: Universidad de Granada, 2019.
60. Suárez-Mira Rodríguez, Carlos. “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)” en González Cussac (dir.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
61. Valle Mariscal de Gante, M. “La reforma del Código Penal de 2015” en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 18, nº 1. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2015.
62. Villavicencio Terreros, F. “Protección del derecho a la vida” en *Vox Juris*, vol. 24, nº. 2. Perú: Universidad de San Martín de Porres, 2012.
63. Zárata Conde, A. *Derecho Penal. Parte especial: obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, 2º ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2018.

IX. WEBGRAFÍA

1. Criminal-mente. La criminología como ciencia. *Arma de mujer: veneno, el asesino silencioso* [en línea]. Paz Velasco de la Fuente, 4 de abril de 2016. <<https://criminal-mente.es/2016/04/04/arma-de-mujer-veneno-el-asesino-silencioso/>>. [Consulta: 5 de abril de 2020].
2. Diário da República Electrónico. Legislação Consolidada [en línea]. <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada>>. [Consulta: 21 de mayo de 2020].
3. Eurostat. Recorded offences by offence category - police data [en línea]. <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=crim_off_cat&lang=en>. [Consulta: 20 de junio de 2020].
4. Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, en Aree Tematiche. <<https://www.gazzettaufficiale.it/homeArchivi>>. [Consulta: 21 de mayo de 2020].
5. infoLibre. (15-3-2019). Juan José Cortés será el cabeza de lista del PP por Huelva tras la marcha de Fátima Báñez. *infoLibre*. Recuperado de https://www.infolibre.es/noticias/politica/2019/03/15/juan_jose_cortes_padre_mariluz_cabeza_lista_del_por_huelva_92958_1012.html [Consulta: 15 de junio de 2020].
6. Legifrance: le service public du la diffusion du droit [en línea]. <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>. [Consulta: 21 de mayo de 2020].
7. M.C. (17-11-2010). Rajoy promete cambiar el Código Penal para que haya Prisión Permanente Revisable. *ABC España*. Recuperado de https://www.abc.es/espana/padres-marta-castilla-entregan-201011170000_noticia.html [Consulta: 15 de junio de 2020].
8. Pensamiento penal. *CÓDIGO PENAL ALEMÁN (TRADUCIDO AL ESPAÑOL)* [en línea]. 7 de marzo de 2013. <<http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/35633-codigo-penal-aleman-traducido-al-espanol>>. [Consulta: 21 de mayo de 2020].