



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Máster de Acceso a la Abogacía

DICTAMEN SOBRE LOS DELITOS DE
HOMICIDIO Y ASESINATO, CON
OCASIÓN DE LA REFORMA DE LA LO
1/2015

Presentado por:

Christian Alonso Sanz

Tutelado por:

Alejandro Luis De Pablo Serrano

En Valladolid, a 18 de enero de 2021

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	4
2.1. Delito de allanamiento de morada (202.1 y 2 CP).....	4
2.2. Delito de homicidio en grado de tentativa (138 CP).....	6
2.3. Delito de asesinato con agravante de ensañamiento (140.1 y 139.1 CP).....	11
2.4. Delito de violación (180.1. 5ª y 179 CP).....	18
2.5. Delito de detención ilegal (163.1 CP).....	22
2.6. Relaciones concursales entre delitos.....	25
3. ESCRITO DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL.....	29
4. BIBLIOGRAFÍA.....	33
5. ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	34

1. ANTECEDENTES DE HECHO

Se consideran probados los siguientes hechos:

1. Livio, de 26 años de edad, se presenta a altas horas de la noche en la casa de Carlos F. y de su familia, en la localidad de Majadahonda. Accede a la vivienda rompiendo una ventana a base de golpes con un bate de béisbol.
2. Livio, cogiendo una escultura pesada que había en la habitación, asesta a Carlos, de 43 años de edad, un fuerte golpe en la cabeza. Creyendo que lo ha matado, abandona la habitación. Sin embargo, Carlos perdió el conocimiento, pero no llegó a morir.
3. Después, Livio entra en el dormitorio de Carmen, de 15 años de edad, quien se encontraba profundamente dormida y le asesta un primer navajazo en el cuello, que la deja muy debilitada y 23 navajazos en distintas partes del cuerpo, provocando su muerte.
4. A continuación, entra en el dormitorio donde se encontraba durmiendo la mujer de Carlos -Paulina, de 44 años de edad-, a la que despierta y, poniéndole un cuchillo en el cuello, consigue mantenerla quieta para amarrarla al cabecero de la cama y posteriormente la penetra vaginalmente.
5. Finalmente, Livio se marcha de la casa, dejando atada a Paulina. Horas después, los gritos de Paulina alertan a sus vecinos, que llaman a la Policía. Personal sanitario y policía atienden a Paulina y a Carlos, a quien llevan al hospital y consiguen salvar su vida, pese al complicado pronóstico. Carlos fue sometido a una operación quirúrgica y necesitó recuperación de un mes en el hospital y reposo de 3 meses en su domicilio.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1 Delito de allanamiento de morada (202.1 y 2 CP).

En lo referente al delito de allanamiento de morada y en lo que respecta a la esfera privada del domicilio del ofendido, este ha permanecido inalterable desde la primera regulación del Código Penal de 1995 (en adelante CP), y actualmente se articula en el art 202 del referido texto:

“1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses”.

Antes de entrar a desarrollar el precepto legal, es necesario realizar un mínimo desarrollo literario de los componentes inmersos en el tipo.

De esta forma, es incuestionable que el bien jurídico protegido en este delito es la intimidad de los moradores de la vivienda, y su espacio vital para poder desarrollar tanto la vida íntima familiar como personal y su facultad de excluir la entrada a extraños, como bien defiende la **STS 666/2011, de 30 de junio**.

Pero ¿qué se entiende por morada? Nuestro CP no lo explica, y tampoco puede asimilarse al concepto constitucional o civil de domicilio, ni de casa habitada, así que por descarte debemos recurrir al concepto doctrinal más extendido¹, y podemos dar así una definición más o menos acertada:

Se entiende por morada como el lugar cerrado o en parte abierto, habitable y habitado legítimamente con carácter permanente u ocasional. De esta definición puede sacarse en claro que es indiferente que el lugar de la morada sea cerrado o abierto, o que sea o no accesible, basta simplemente con que el lugar sea habitable; y sobre todo en el concepto de morada se requiere que tenga un uso legítimo, siendo suficiente cualquier título; de

¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M^a., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Pp. 890 y ss.

esta forma se excluye cualquier entrada ilegítima en la vivienda intentando constituir esta como su morada, esto daría lugar a un delito de usurpación².

El primer apartado del tipo penal es el tipo básico. En él, tanto el sujeto activo o pasivo del injusto solo puede serlo una persona particular o persona física, con lo que exceptúa a las autoridades públicas del sujeto activo, pues dicho delito agravado se especifica autónomamente en el art 204 CP.

Este delito de allanamiento pertenece al grupo de los llamados delitos de actividad o de mera conducta pues no exige un resultado, debido a que, con la simple entrada o permanencia en el habitáculo en contra de la voluntad del morador, ya se entiende el delito como consumado. Incluso plantea la cuestión del delito de permanencia, cuando la estancia ilícita se prolonga en el tiempo. **(STS 389/2020, de 10 de julio)**.

Cabe resaltar que para esa consumación del ilícito serán necesarios dos requisitos:

- Una conducta dolosa, como es la acción consciente y deliberada de entrar en una morada ajena **(STS 587/2020, de 6 de noviembre)**
- Una falta de consentimiento del morador en cualquiera de sus vertientes, ya sea la expresa negativa del morador a la entrada de su habitáculo, ya sea la ausencia de esta negativa expresa también constituirá el tipo. **(STS 1775/2000, de 17 de noviembre)**.

En vista del análisis del tipo básico del allanamiento de morada, es preciso realizar un frugal estudio en su vertiente agravada del art. 202 CP: “*Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses*”. ¿Qué se puede entender entonces en este caso por violencia?, ¿Se entiende solo la violencia cuando se practica contra las personas o también cuando se ejerce sobre las cosas? Aunque para la doctrina es del todo restrictiva y solo entiende su aplicación del tipo agravado cuando atente contra las personas, la jurisprudencia es más extensiva y permisiva, pues entiende que sí se dará la agravación del allanamiento de morada

² ROMEO CASABONA, C. M^a., “Capítulo 12. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coordinadores) y otros. *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, S.L. Granada, 2016. Pp. 281-282.

cuando se violenten las cosas u objetos, como puede ser fracturar una ventana, como aquí es el caso. **STS 434/2015, de 25 de junio:** *“...el ilícito ingreso en la vivienda se produjo fracturando la tela metálica que la protegía, lo que ya de por sí constituye un acto que integra el supuesto del artículo 202.2, al margen de la ulterior violencia ejercida sobre las personas”*.

En base a todos los fundamentos expresados y a la jurisprudencia invocada, ha quedado del todo acreditado que Livio ha cometido un allanamiento de morada en su tipo base, debido a que la penetración en la vivienda se ha realizado de una forma consciente, dolosa y con una falta de consentimiento palmaria por sus moradores; y también en su tipo agravado ya que para la introducción en el domicilio se llevó a cabo un rompimiento en la ventana denotando así una violencia patente en las cosas.

Por todo ello, se debe condenar a Livio como autor penalmente responsable de un delito de allanamiento de morada agravado en base a los arts. 202.1; 202.2 del CP.

2.2 Delito de homicidio en grado de tentativa (138 CP).

En lo que atañe al tipo básico delito de homicidio, actualmente se encuentra regulado en el art 138.1 del CP:

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

Esta regulación del delito de homicidio en su primer apartado coincide con la regulación tradicional del tipo, y, por ende, ha permanecido inalterada desde 1995 con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Sin embargo, con la reforma del año 2015, a este tipo básico se le ha adicionado un segundo apartado, agravando de esta forma la pena a aplicar por el hecho de matar a otro individuo:

“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”.

Pese a que esta nueva regulación es interesante, pues viene íntimamente relacionado con las circunstancias determinantes a la hora de aplicar la prisión permanente revisable del art 140 CP, no entraremos a realizar un estudio más allá de la simple mención realizada, pues como se puede apreciar en el hecho probado tercero, no se cumple ninguno de los requisitos determinantes para efectuarse la agravación.

En el art 138 se recoge el homicidio en su forma dolosa simple, es decir, una figura delictiva en la que no confluye ningún otro elemento típico que acompañe a la conducta elemental de producir la muerte a otro ser humano.

La conducta típica del delito de homicidio se compone de dos planos bien diferenciados, a saber, tipo objetivo y tipo subjetivo.

- El tipo objetivo determina que la acción reside en el hecho de matar a una persona viva y nacida, determinando que en ese delito no se alude a formas o medios de comisión, pues la utilización de estos por el actor en su comisión es indistinta. En conexión con lo antedicho, el delito de homicidio es un delito de resultado y por ende debe existir un nexo causal entre acción y el resultado. Además, es de aplicación el principio de imputación objetiva de resultado: para que la acción sea declarada como conducta típica es necesario que su resultado sea achacable a su autor.
- Por el otro lado, en cuanto al tipo subjetivo, este deviene conformado por el dolo, entendido como la voluntad -elemento volitivo- y conciencia -elemento cognoscitivo- de propiciar a otro la muerte. En cuanto al segundo, aunque es verdad que el dolo en reiteradas ocasiones es difícil de probar, con el mero conocimiento del causante entre la acción que realiza y su resultado, será suficiente para probar el dolo del tipo³.

Íntimamente conectado con esta situación de conducta dolosa de homicidio se encuentra el dolo eventual, pues ambos comparten que la posibilidad de la

³ ROMEO CASABONA, C. M^a., “Capítulo 1. El homicidio y sus formas”, en ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A., (coordinadores) y otros. *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, S.L. Granada, 2016. Pp. 12 y 13.

producción del resultado fatal existe, aunque no sea segura. Sin embargo, este dolo eventual comporta una gran problemática en su delimitación. Una de sus posibles soluciones, según establece la doctrina y acoge generalmente la jurisprudencia, es la teoría del consentimiento: se aprecia dolo eventual cuando el sujeto, aunque haya previsto la existencia de la probabilidad de que se produzca el resultado muerte, sigue adelante y lo acepta para el caso de que se produzca (**STS 183/2002, de 31 de octubre**).

Toda vez referenciado lo previo con respecto a la figura del dolo, es necesario analizar otra cuestión no de menor importancia, como es la figura de la tentativa. Como configura el art 16 del CP., existe tentativa cuando *“el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”*. Este tipo es lo que se denomina tentativa punible.

Nuestro Código Penal a la hora de regular la tentativa solo establece el tipo sin ahondar en las posibles y diversas fases del ilícito. Sin embargo, la doctrina entiende que existen varias fases dentro de la tentativa como son la acabada y la inacabada. La Sala Segunda del TS en su **STS 140/2010, de 23 de febrero de 2010** realiza un extraordinario alarde explicativo sobre estas dos fases de la tentativa, y en mención a la doctrina española existente determina y expresa la diferencia entre ambas figuras:

- a) El TS determina que la tentativa acabada se da en los casos en los que el sujeto inicia la ejecución del delito como dejan patentes sus actos exteriores y además realiza todos los actos objetivos que deberían producir el resultado típico, aunque este no se logre debido a causas independientes a la voluntad del autor. Un ejemplo palmario de esto sería que un individuo ejecute un acto agresivo capaz de causar la muerte de otro, pero esta no se produce debido a causas independientes a la voluntad del autor; se entendería como una tentativa acabada, aun cuando sujeto desistiera de realizar un segundo intento pues esa renuncia no anula que el acto realizado haya sido potencialmente letal.
- b) Por otro lado, el alto tribunal establece una explicación más simple de la tentativa inacabada: el sujeto ejecuta solo una parte de los actos que objetivamente deberían

producir el resultado, pero no se han cumplido todos, de ahí la imposibilidad manifiesta de ocasionar realmente dicho resultado, y dicha figura de tentativa está íntimamente relacionada con el desistimiento voluntario.

De esta forma, y en base a lo antedicho, podemos llegar a la conclusión de que ambas figuras de la tentativa no afectan al bien jurídico protegido de la vida en la misma intensidad, pues la tentativa acabada tiene mucho más riesgo de producir el resultado de muerte con respecto a la inacabada.

Existe una problemática clásica para la jurisprudencia del TS, y es la semejanza existente entre un homicidio en grado de tentativa conocido también como homicidio frustrado y el delito de lesiones, pues como afirma el tribunal la única diferencia patente entre ambas figuras radica en el ánimo del sujeto, pues en la primera tiene la voluntad de matar y en la segunda la intención solo de lesionar (**STS 374/2007, de 9 de mayo; Auto TS 2025/2002, de 19 de junio**). En principio, diferenciar entre uno u otro parece una tarea harto sencilla, pero nada más lejos de la realidad: discernir entre si el agresor actuó con voluntad de matar (*animus necandi*) o simplemente lesionar (*animus laedendi*) en los casos en los que el agredido no ha llegado a perder la vida, pero su integridad sí se ha visto lesionada, es del todo enredoso⁴.

Lo singular de estas dos figuras delictivas estriba en el hecho de que cada una lesiona un bien jurídico distinto, como es la vida en el caso del homicidio, y la integridad corporal en el caso de las lesiones. Sin embargo, aunque parece que ambos tipos parecen del todo independientes puesto que lesionan bienes jurídicos distintos, esto no es del todo correcto, debido a que ambos se encuentran en una relación material de progresión, como bien ilustra González de Murillo⁵: “puesto que para quitar la vida se necesita ineludiblemente menoscabar de algún modo su soporte físico, esto es, la integridad corporal, bien sea con carácter previo o prácticamente simultáneo al momento de producción de la muerte”.

Como venimos diciendo y debido a que esta tarea en muchos casos es del todo inviable, se suele recurrir a un segundo elemento para desenmarañar dicha problemática. El Tribunal Supremo establece que la figura de la tentativa punible en el delito de homicidio siempre debe ser la tentativa acabada e idónea, pues el individuo ha realizado todos los

⁴ SOTO NIETO, F., “Tentativa de homicidio o delito de lesiones”, *Diario La Ley*, n.º 6430, 2006, Pp. 1-2.

⁵ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “La tentativa de homicidio con consumación de lesiones”, *Revista Penal*, N.º 24, 2009, P. 177.

actos objetivos que deben producir el resultado de muerte de otra persona. Sin embargo, y por causas no imputables a la voluntad del autor, si la víctima sobrevive, en estos casos se incurre en un delito de homicidio en grado de tentativa. Por el contrario, si el sujeto solo efectúa una parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y por ende el resultado no es esperable, no debe existir condena por tentativa de homicidio sino por un delito autónomo y diferenciado de ese, que es el delito de lesiones (**STS 446/2002, de 1 de marzo; STS 804/2010, de 24 de septiembre**).

El delito de lesiones viene regulado en los arts. 147 y ss. del CP., donde se establece en su tipo base, que se castigará como reo del delito de lesiones a aquella persona que causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal, salud física o mental, siempre y cuando el lesionado requiera un tratamiento médico o quirúrgico. Además de este primer apartado, se establecen distintas agravaciones de la conducta típica, entre ellas la más importante con respecto a lo que nos atañe será el agravamiento de la pena debido a la utilización en la agresión de instrumentos u objetos susceptibles de generar un riesgo para la vida del lesionado.

Una vez arrojada un poco de luz a estas controversias sobre los diferentes tipos penales posibles en una conducta, es imperativo realizar un análisis penológico y calificar el ilícito que nos atañe.

En primer lugar, debemos determinar cuál es la teoría acertada en la dicotomía entre el delito de tentativa de homicidio y el delito de lesiones, para poder desechar el tipo no aplicable al caso y centrarnos en el sí concurrente. Como bien se ha expuesto, lo que más claramente resuelve la problemática entre ambos tipos próximos es la voluntad con la que actúa el procesado: si actúa con ánimo de segar una vida o por el contrario solo persigue infundir unas lesiones físicas o mentales en la víctima. En este caso, con la información del hecho probado no se puede determinar de forma palmaria con qué ánimo actuó el agresor.

Debemos entonces acudir al segundo instrumento: ¿el bien jurídico protegido de la vida realmente ha corrido peligro? En el golpe que recibe Carlos de la mano de Livio por una escultura pesada se ha producido un tentativa idónea y acabada, debido a que se ha iniciado la ejecución del delito como refieren sus actos y además se han realizado todos los actos objetivos para producirse la muerte de Carlos, poniendo así en profundo riesgo el bien jurídico protegido de la vida, sin embargo, por una causa independiente del autor,

la muerte de Carlos no ha llegado a acontecer. Por todo ello, debemos apartarnos claramente del delito de lesiones y decantarnos por el tipo de homicidio. Esta muerte no producida determina la no consumación del tipo penal de homicidio doloso, inclinando la acusación hacía la tentativa.

En esta ocasión, se debe condenar a Livio como autor penalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa en base a los arts. 138, 16 y 62 del CP.

2.4. Delito de asesinato a víctima menor de dieciséis años (139.1 y 140.1 CP).

En lo que respecta al delito de asesinato, actualmente se encuentra regulado en nuestro Código Penal, y se establece en su art 139 que:

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

1.ª Con alevosía.

2.ª Por precio, recompensa o promesa.

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

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

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

Asimismo, su art 140:

1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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.

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

3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u 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 la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.

Retrotrayéndonos algunos años en el tiempo, el delito de asesinato fue tipificado inicialmente en el CP. de 1822, donde podía entenderse como “*Dar muerte a una persona a consecuencia de la acción realizada por otra, valiéndose de medios especialmente peligrosos o revelando una especial maldad o peligrosidad*”. Este delito característicamente en la historia ha sido castigado de forma más severa respecto al simple homicidio, estableciéndose de una forma más específica en el delito de asesinato⁶.

El asesinato con el paso del tiempo se ha visto afectado en multitud de redacciones, hasta llegar a su culmen con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y su posterior modificación del 2015. La redacción del año 95 sienta las bases de la regulación vigente hoy en día, pues establece que, el que matare a otro concurriendo la circunstancia de ensañamiento, alevosía, o precio recompensa, sería castigado como reo de asesinato y con la pena de prisión de quince a veinte años.

La composición de 1995 ya ha quedado atrás, pues en el último lustro se ha visto modificado el Código con la reforma del año 2015 (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), endureciendo y elevando sus penas tanto en este concreto delito como en la gran mayoría de los tipos penales.

Con respecto a la reforma operada, se erigen tres tipos diferenciados del mismo delito de asesinato, a saber:

- Tipo básico (139.1 CP): donde la pena a imponer será prisión de 15 a 25 años
- Tipo agravado (139.2 CP): cuando concurren dos o más circunstancias de las previstas en el apartado anterior, y castigándose con una pena de prisión de 20 años y 1 día a 25 años.

⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, P. 45.

- Tipo hiperagravado (140 CP): esta modificación es la más determinante, pues se da un salto cualitativo incorporando al articulado la pena de “Prisión Permanente Revisable” para todos los supuestos del mismo precepto.

Existe actualmente abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo que respecta al delito de asesinato básico y agravado y más escasa en la condición de hiperagravado, debido a su novedad. En base a esto, procederemos a analizar los aspectos más importantes sobre los que se pronuncia el alto Tribunal en relación con este delito.

En lo concerniente a la agravante de **ensañamiento**, la Sala Segunda de lo Penal, en su **STS 477/2017, de 26 de junio**, a la hora de apreciar la mencionada circunstancia específica en el delito de asesinato, en su fundamento quinto, establece dos elementos: *uno objetivo y uno subjetivo*.

- Elemento objetivo: *“constituido por la causación de males que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima, y que son objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico. Pueden proceder de actos de tortura previos a los que directamente causan la muerte, o bien, de una determinada forma de causarla que añade sufrimiento a la víctima”*.
- Elemento subjetivo: *“consistente en que el autor debe actuar de modo consciente y deliberado, para lo cual es suficiente que pueda afirmarse que sabía que con esa forma de actuar necesariamente aumentaba el sufrimiento de la víctima. No es preciso, por lo tanto, que exista frialdad de ánimo, ni tampoco que la acción vaya dirigida directa y exclusivamente a la causación de mayor dolor”*.

El elemento diferencial en esta Sentencia no es el hecho objetivo, sino más bien el subjetivo, pues la idea consistente en que, el ensañamiento solo concurre si la acción del autor tiene como objetivo la causación del mayor dolor posible a la víctima, se ha visto modificada, evolucionando a una nueva apreciación, donde dicha agravante concurre con la mera consciencia de saber y entender que su actuación eleva el sufrimiento de la víctima.

Dejando de lado el elemento del ensañamiento, debemos entrar a valorar otro de las agravantes típicas en el delito de asesinato, que no es otro que el de **alevosía**.

La **STS 80/2017, de 10 de febrero de 2017**, asienta en tres, las notas esenciales configuradoras de la alevosía:

- a) *“Elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas”.*
- b) *“Elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad”.*
- c) *“Elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte... también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir..., también aprovechar la situación de total indefensión”.*

En cuanto al germen o esencia propia de la alevosía, podemos afirmar que, su fundamento último viene determinado por el aseguramiento de la ejecución del delito, evitando de esta forma los posibles riesgos que emanan de una hipotética defensa de la víctima (**STS 780/2003, de 29 de mayo**). Sin embargo, la corriente doctrinal, entre otros Romeo Casabona, va más allá, pues aboga por la no necesidad del victimario de buscar u optar por medios alevosos, siendo suficiente con su mera utilización de forma consciente, cuando los medios favorezcan esa finalidad alevosa, incluso aunque dichos medios sean proporcionados por un tercero⁷.

Por último, en lo que respecta al hecho de que la víctima de asesinato sea menor de dieciséis años o especialmente vulnerable, dando entrada a la prisión permanente revisable debido a la nueva regulación del art 140 CP., ha desatado un aluvión de controversias al respecto, en cuanto a la posible vulneración del principio *non bis in ídem* se refiere.

En este debate doctrinal existen dos posturas diferenciadas, donde la primera de ellas aboga por la existencia de una conculcación del principio *non bis in ídem*, pues si el autor

⁷ ROMEO CASABONA, C. M^a., “Capítulo 1. El homicidio y sus formas”, en ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A., (coordinadores) y otros. *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, S.L. Granada, 2016. P. 28.

elige como víctima a una persona de corta edad, se aprecia de esta forma la alevosía debido a su incapacidad para defenderse y por tanto incurriendo en el tipo básico de asesinato. Por tanto, no se podría además apreciar la especial vulnerabilidad del tipo hiperagravado⁸. La solución entonces sería calificar el hecho como un asesinato con alevosía.

Esta primera postura, está amparada por la doctrina mayoritaria, y son juristas de reconocido prestigio como Corcoy Bidasolo que se posicionan en contra de la doble concurrencia, en los casos de víctimas especialmente vulnerables por su corta edad: “...la doctrina dominante, entienden, con razón, que, desde una perspectiva de lege lata, en tales supuestos no cabe hablar de alevosía, sino de abuso de superioridad... de la propia literalidad del art. 22.1ª... se interpreta que la alevosía debe ser entendida como un elemento de tendencia. De este modo, cuando la ejecución quede asegurada, pero no porque así lo haya buscado el autor utilizando medios, modos o formas que tiendan a ello, sino porque le haya venido dada por la propia incapacidad inherente a la víctima para defenderse, la apreciación de la alevosía supondría una inadmisibile aplicación analógica in malam partem del Derecho penal”⁹. De esto podemos extraer que, si se aplicara la doble agravación y por tanto se estimara la existencia de alevosía, no se daría una correcta hermenéutica del CP en lo que atañe a la agravante genérica del art. 22, pues la situación de desvalimiento o corta edad proclive al aseguramiento del delito ha sido encontrada, y esta circunstancia no es en sí el requisito que proclama el articulado a la hora de emplear en la ejecución dichos medios para entenderse como alevosos.

En la misma línea, Vives Antón destaca que: “La situación de vulnerabilidad de la víctima no habrá de haber sido buscada ni aprovechada, pues eso daría lugar a la aplicación de la alevosía, al menos si no varía la actual jurisprudencia mayoritaria al respecto. Y en ese caso la agravación no puede fundamentarse en un mayor contenido de injusto ni en un mayor reproche jurídico: descartada la alevosía no parece haber nada que justifique una mayor respuesta penal”¹⁰. Asimismo, la doctrina entiende que esa aplicación analógica de alevosía en los casos de aprovechamiento de situación vulnerable

⁸ ENCINAR DEL POZO, M. A., VILLEGAS GARCÍA, M^a. A., “La jurisprudencia sobre la nueva regulación del delito de asesinato”, en WOLTERS KLUWER, *Diario La Ley*, N.º 9726, 2020.

⁹ CORCOY BIDASOLO, M., y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. P. 35.

¹⁰ VIVES ANTÓN, T.S; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., coord., *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. Pp. 30 y 41.

perjudica al reo de forma clara e injusta. De esta manera, Vives Antón llega a la conclusión de que la interpretación jurisprudencial sobre la aplicación automática de la alevosía en caso de víctimas especialmente vulnerables prácticamente deja vacía de contenido a la agravación específica del art 140.1 CP en relación con art 138.2.a), y en el futuro deberá ser reformada si se quiere dar sentido a ese delito de homicidio cualificado.

Por el otro lado, la segunda corriente, que coincide con la jurisprudencia mayoritaria, se inclina decanta por la consideración como independientes de los dos tipos penales, y por ende la modalidad hiperagravada no conculca el principio *non bis in idem*.

Para desenmarañar esta disputa, el TS en sus últimas sentencias ha optado por inclinarse por la segunda opción, y un claro ejemplo de ello es la **STS 814/2020, de 5 de mayo**, comúnmente conocido como “Crimen de Pioz”. Entiende el TS, que el tipo hiperagravado del asesinato no vulnera el principio constitucional: *“El art. 140.1.1ª del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1.1ª CP, esto es, la muerte de un menor ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección”*. Ese es el verdadero fundamento de la agravación.

En la misma línea que esta última sentencia, se puede encontrar otra del año anterior, que apoya el referido argumento, pues no entiende que se produzca un *bis in idem*: **STS 367/2019, de 18 de julio**: *“En el supuesto de autos, la concurrencia de la alevosía de desvalimiento, determinó la calificación del asesinato del art 139.1 CP, pero al recaer sobre persona especialmente vulnerable por razón de su edad, menor de 16 años (art. 140.1.1ª CP), el Magistrado-Presidente entendió que la pena resultante era la de prisión permanente revisable. Al decidir de este modo consideró correctamente que no se producía una doble valoración de la misma circunstancia, sino un distinto fundamento de la punición”*. En el referido crimen, por un lado, se da esa indefensión proveniente de un desvalimiento, común en todos los ataques a bebés, debido a su especial vulnerabilidad, algo que, aunque no sea buscado por el reo sino que le viene dado, está completamente interconectado con la alevosía. Y por el otro, el fundamento de la prisión permanente revisable emana de la especial protección de menores de dieciséis años o

personas vulnerables. De esta forma, tal como afirma el tribunal, “...*el ataque sorpresivo siempre puede cualificar el asesinato y la menor edad lo hipercualifica*”.

A su vez, dicha tesis de doble concurrencia también es apoyada por la **STS 520/2018, de 31 de octubre**: “*cuando a la alevosía, basada en otros elementos, se superpongan circunstancias del apartado 1ª del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art.138.1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1ª (por ser la víctima un menor)*”

Así como plantea el Supremo en el referido, el ataque se concreta en una modalidad alevosa, totalmente independiente de la condición de la víctima, y su avanzada edad o su enfermedad o discapacidad pueden operar como nueva agravación a través del art. 140.1.1ª. Este axioma puede interconectarse con la situación que nos atañe, como es la de encontrarse la víctima profundamente dormida y ser menor de dieciséis. De esta forma, como defiende el Tribunal, existirá un fundamento diferente para cada una de estas dos cualificaciones, como son la alevosa (en virtud de la forma de comisión del delito) y la vulnerabilidad (basada en la situación de la víctima de menor de dieciséis), y por ende compatibles. Todo ello respetando la máxima de *non bis in idem*.

Analizado el hecho probado tercero, y en base tanto a la penología actual como a la jurisprudencia del TS, creemos que **resulta claro que la comisión de la muerte de Carmen de la mano de Livio se ha producido con la circunstancia agravante de ensañamiento**, pues el primer navajazo asestado al cuello de la víctima no produjo su muerte o fallecimiento, sino más bien le causó un debilitamiento. Y, posteriormente el imputado le asesta una serie de veintitrés navajazos más a la víctima en distintas partes del cuerpo, lo que suscita el desenlace fatal.

Esta circunstancia de muerte no en el primer navajazo sino en el último, inclina la balanza a determinar que la víctima sufrió un dolor de forma deliberada e inhumanamente de la mano de su verdugo, puesto que la reiteración de cortes se asesta a una persona viva (que siente en su propia piel dicho dolor) y no a un cuerpo inerte (que no siente ni padece).

Además de esta primera agravante, **se puede apreciar de forma nítida la alevosía, pues es verdad que Livio no busca de forma activa medios o métodos para asegurar la**

comisión del delito, pues estos le vienen de forma ya dada al encontrarse la víctima profundamente dormida. Sin embargo, y a través de lo ya expuesto, es suficiente con el aprovechamiento de forma de la situación de desvalimiento para incurrir en alevosía.

En lo que respecta a la circunstancia de víctima menor de dieciséis años no son necesarias ningún tipo de explicaciones para determinar en verdad que tal circunstancia sí concurre.

Por último, es necesario recalcar un pequeño matiz, y en referencia a lo antedicho en el explicativo, debemos determinar que los agravantes de alevosía y víctima menor de dieciséis años no son excluyentes uno de otro pudiendo concurrir simultáneamente como sucede en el actual hecho. La determinación del delito de asesinato en el tipo hiperagravado no vulnera el principio *non bis in idem*.

Por todo ello, el señor Livio debe ser condenado como autor criminalmente responsable del delito de asesinato de tipo hiperagravado por los arts. 139.1 y 140.1 del CP.

2.5 Delito de violación (179 y 180.1.5ª CP).

En lo referente al delito de agresión sexual, este se encuadra en el art. 178 del CP:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.

Así como la determinación de la agresión sexual viene determinada por la conducta violenta o intimidatoria a la hora de coartar el bien jurídico protegido de libertad sexual, existe una conducta mayormente reprochable respecto a la anterior: violación. Este comportamiento típico y antijurídico se extiende al art. 179 del CP en relación con su previo:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años”.

La tradición penal española a la hora de tipificar los delitos que tenían como objetivo quebrantar el bien jurídico protegido de libertad sexual, se orientaba a regularlo en torno a la rúbrica de “Delitos contra la honestidad”. No fue hasta la reforma de 1989 cuando dicho criterio fue retocado hacia la tipificación vigente en la actualidad: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, y más tarde fue confirmada con la reforma general de 1995, permaneciendo intacto hasta el día de hoy.

El delito de agresión sexual, en cierto modo, es un delito complejo que une el acto de contenido sexual a una conducta intimidatoria, amenazante. En cuanto al concepto de intimidación, según la doctrina¹¹, puede entenderse esta como semejante a una amenaza. Esta amenaza no puede ser de cualquier tipo, sino más bien debe guardar una cierta gravedad, y debe tener un carácter inmediato en la comisión, que coloque a la víctima en una situación sin salida, en la que solo tiene como vía de escape la aceptación de realizar lo que se le obliga, y en ese sentido, aceptar tener algún tipo de relación de carácter sexual.

Para ser punitiva esta intimidación, deben concurrir los dos planos de tipo:

- Tipo objetivo: la gravedad del mal con el que se intimide debe cuantificarse de una forma objetiva, atendiendo a la circunstancia personal del ofendido, pues no será lo mismo amenazar a una persona parapléjica que a un campeón del mundo de halterofilia debido a que no tienen la misma corpulencia, ni el mismo poder de coacción física.
- Tipo subjetivo: este requisito gira en torno al que comete la conducta típica, pues basta con entender que la amenaza es suficiente para conseguir el acceso corporal y su significado sexual, es decir tener un ánimo lascivo.

Toda vez analizada la noción de intimidación, que determina la concurrencia de la agresión sexual y no del abuso, debemos poner nuestros ojos en el hecho de la penetración vaginal: la acción que examinamos se encuadra en el tipo agravado de agresión sexual, denominado violación (179 CP).

Como bien hemos dicho antes, la violación es el tipo agravado de agresión de carácter sexual, y por ello comporta un mayor desvalor tanto de acción como de resultado, debido a ese acceso carnal por la vía anal, bucal o vaginal, o incluso por la introducción de

¹¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. P. 45.

cualquier objeto que se asimilable al órgano genital masculino, como la inserción de algún miembro del cuerpo (lengua, dedo) u objeto que pueda sustituir a estos¹².

En lo que acontece a la disyuntiva entre el perfeccionamiento del delito y la tentativa, la **STS 355/2013, 3 de mayo**, establece que no es necesario la penetración total de órganos genitales para que se dé la concurrencia del tipo penal, pues la mera introducción de dedos en vía anal o vaginal es suficiente para la comisión, indistintamente de que dicha inserción sea total o parcial, siempre y cuando la conducta sobrepase el mero tocamiento, pues de no ser así se estaría ante la agresión sexual básica del art 178 y no del 179 CP.

Otra de las variables importantes en la comisión de este delito es la que respecta al cuchillo. Se trata de esta forma de un agravante específico enmarcado en el art 180.1.5^a: *“Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”*, y que es aplicable solo a los delitos de agresiones sexuales. Este elemento está caracterizado por la utilización de métodos o modos peligrosos de comisión del delito, que ponen en riesgo de manera inequívoca la vida, integridad física o la salud de la víctima.

La **STS 30/2020, de 4 de febrero**, determina que la acción de colocación de un cuchillo o navaja en el cuello de la víctima no queda limitada a infundir un mero temor que ocasione que la agredida acepte en contra de su voluntad el sometimiento a relaciones sexuales, sino que esta acción además sobrepasa con creces ese ámbito de agresión sexual y llega a conculcar los bienes jurídicos protegidos de la vida y la integridad física que el CP contempla en el tipo agravado, poniendo a la víctima en una situación límite de riesgo real para su vida.

Una vez desarrollado este riesgo real del bien jurídico protegido absoluto de la víctima, debemos mencionar una controversia resuelta por la jurisprudencia española: la mera exhibición de armas o medios peligrosos de producir la muerte puede ser requisito

¹² BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Capítulo 9. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I”, en ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A., (coordinadores) y otros. *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, S.L. Granada, 2016. P. 196.

suficiente para apreciarse el subtipo agravado del art 180.º.5ª, o, por el contrario, es necesario que se utilice en la agresión sexual para que concurra.

La jurisprudencia se inclina por la segunda de las opciones. El TS ha interpretado esto de forma restrictiva en multitud de ocasiones, debido a que es muy habitual en estos delitos la utilización para amenazar de estos instrumentos que encajan en la descripción de armas peligrosas contempladas, lo que haría que la excepción propia de estos delitos sexuales se convirtiera en una regla general (**STS 30/2020, 4 de febrero**). De esta forma, el arma debe utilizarse en la agresión poniendo en peligro la vida del agredido y solo cuando su utilización desborde la libertad sexual de la persona, valiéndose del miedo inminente a una agresión que infunde un arma, podrá apreciarse ese desvalor de acción que justifica la agravación específica mencionada (**SSTS 453/2017, 21 de junio; 330/2009, 1 de abril; 15/2006, 13 de enero**).

Para finalizar esta cuestión, es imperativo realizar una pequeña alusión sobre el agravante genérico de alevosía, que puede estar conectado con el hecho del amarramiento al cabecero de la cama de la víctima. En este sentido, como sostiene la **STS 4433/2015, 18 de octubre**, para encontrarnos ante la presencia del agravante genérico de alevosía el agresor debe realizar un hecho que produzca no una eliminación parcial, sino una eliminación total de las posibilidades de defensa del ofendido.

En relación a los hechos que venimos analizando, procede calificar los hechos:

- En primer lugar, es del todo inequívoco que se produce una agresión sexual y no abuso debido a que existe el componente de intimidación a la hora de poner el cuchillo en el cuello a la víctima infundiéndole en ella un temor inmediato y obligándole a mantener dichas relaciones de carácter sexual. Además de esto, es del todo irrefutable que se produce un delito de violación, puesto que realiza una penetración por vía vaginal como se dispone en el art 179 CP, y no de tentativa porque se ha producido una inserción del miembro masculino.
- En lo que acontece al hecho de amarramiento de la víctima al cabecero de la cama por su victimario, este se encuentra íntimamente conectado a la agravante genérica de alevosía del art 22 del CP, pues es el atar a la lesionada, denota claramente que la ejecución del delito se ha realizado mediante medios, modos o formas para asegurar la comisión del tipo, impidiendo a esta de forma radical cualquier

posibilidad de ejercitar una defensa, y asegurando así que no exista ningún riesgo su persona, como se produce en el referido caso.

- Por último, y volviendo al gesto de colocar el cuchillo en el cuello de la agredida, debe apreciarse la circunstancia agravante específica del art 180.1. 5ª del CP, pues el cuello es un área vital del cuerpo humano, y un corte en dicha zona puede claramente provocar la muerte de la víctima. Por dichos motivos, la utilización del arma blanca en este hecho no ha infundido simplemente un miedo en la propia víctima, sino que efectivamente se ha producido un riesgo real para su vida denotando así un desvalor de resultado y mayor reproche penal.

Por todos los anteriores hechos, el señor Livio debe ser condenado como autor criminalmente responsable del delito de violación de los arts. 179 y 180.1. 5ª del CP.

2.6 Delito de detención ilegal (163.1 CP).

Con respecto al delito de detención ilegal, es preciso atenerse al art 163.1 del CP:

“El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años”.

Este delito ha permanecido imperturbable íntegramente desde su primera redacción con la promulgación del Código penal de la democracia. Tradicionalmente puede entenderse como una detención ilegal toda acción consistente en privar a una persona de la libertad de decidir por sí misma su situación en un espacio físico, independientemente de la duración de dicho estado o gravedad de la detención e indistintamente si se efectuó mediante acción u omisión¹³. Por ende, el bien jurídico que pretende proteger este precepto es, claro está, la libertad ambulatoria de las personas.

El referido tipo penal comporta dos modalidades diferenciadas, pero a la vez pueden ser complementarias, como son:

- Encerrar: emplazar a una persona en un mueble o inmueble que no esté abierto, como puede ser una vivienda, un garaje, o en un maletero (privación a una persona de su libertad para decidir su situación en el espacio físico por ser amarrado,

¹³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, Pp. 161-162.

maniatado (**STS 1518/2005, de 19 diciembre**) o golpeado (**STS 701/2003, de 16 de mayo**)

- Detener: retener a una persona eliminando su derecho de deambular en un espacio abierto, ya sea amarrándola o golpeándola - se localiza a un individuo en un lugar cerrado imposibilitando su salida del lugar y privando de su libertad ambulatoria equivale a esa segunda modalidad (**STS 812/2007, de 8 de octubre**)-.

En ambas situaciones, se está privando a la persona de su libertad ambulatoria, y ya solo con esta situación se estaría consumando e incurriendo en el tipo, independientemente que esta consumación se alargue en el tiempo pudiendo constituir un delito permanente.

Es digno de mención en el tipo que caben algunas figuras independientes como la tentativa, la comisión por omisión al no liberar a quien este encerrado, o incluso la cooperación necesaria, como puede ser la persona que proporciona a otro el espacio físico destinado al encerramiento¹⁴.

Íntimamente unido con la detención ilegal podemos encontrar el delito de coacciones, pues en multitud de ocasiones resulta difícil discernir entre ambas conductas típicas. Sin embargo, tradicionalmente se ha podido distinguir que el delito de detención ilegal es más bien una variante dentro de la especie de la coacción. Esto lo deja claro jurisprudencialmente el TS en su **STS 655/1999, 27 de abril**: *“Y es lo cierto que el delito de detención ilegal no deja de ser una variante de las coacciones, pues mientras éstas atacan un aspecto de la libertad, aquellas atacan la libertad genéricamente considerada”*. De esta forma el tipo de detención ilegal ataca al aspecto específico de la libertad deambulatoria, impidiéndole determinar su espacio físico a voluntad. Por el contrario, la coacción arremete contra la genérica libertad, como puede ser en la acción en que una persona compele a un tercero a realizar una acción en contra de su voluntad o incluso en no dejarle efectuar un derecho legítimo.

Otra cuestión de vital importancia dentro del delito de detención ilegal es su tipo privilegiado, que se encuentra regulado en el apartado 2 del art 163 CP:

¹⁴ SOLA RECHE, E., “Capítulo 6. Delitos contra la libertad”, en ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A., (coordinadores) y otros. *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, S.L. Granada, 2016. Pp. 132-133.

“Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado”.

Esta conducta típica de carácter atenuado comporta la pena inferior en grado con respecto a su apartado primero, así la **STS 814/2016, de 28 de octubre**, establece que será de aplicación este tipo privilegiado siempre y cuando concurren dos condiciones o elementos *sine qua non*:

- Naturaleza objetiva: corresponde a la libertad del detenido dentro de los tres primeros días desde que fuera privado de su libertad y que la libertad la conceda el propio autor del delito.
- Naturaleza subjetiva: dicha puesta en libertad obedezca exclusivamente al móvil de la voluntad del sujeto sin edulcorar (por su propio arrepentimiento), y siempre y cuando no se hubiera logrado el propósito previsto.

Con respecto a estos dos elementos, Rebollo Vargas llega a la conclusión que la puesta en libertad de la víctima en los tres primeros días, respecto a un criterio temporal, supone un injusto de menor gravedad e intensidad que su tipo básico que es más prolongado, de ahí su carácter privilegiado. Por el otro lado, con respecto al elemento subjetivo, es obligatorio que la puesta en libertad debe provenir de la voluntad expresa de su captor, y sin que consiga su objetivo inicial. Es decir, debe ser una decisión libre, voluntaria y espontánea del autor y esta decisión no debe ser tomada por la actuación de un tercero¹⁵.

Para finalizar, y en base a la penología actual, ha quedado del todo acreditado que Livio con su acción de dejar atada a Paulina justo antes de huir del lugar de los hechos incurre en un delito de detención ilegal y no en coacciones, pues conculca su libertad ambulatoria a la hora de decidir voluntariamente su situación en un espacio físico.

¹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (director); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PÜSCHEL, A., (coordinadores), *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011. Pp. 344-345.

Por todo ello, se debe condenar a Livio como autor penalmente responsable de un delito de detención ilegal en su art 163.1 CP.

2.7 Relaciones Concursales.

En primer lugar, con respecto a los delitos que atacan al bien jurídico protegido de la vida, que en el referido caso que nos incumbe consta de los delitos de tentativa de homicidio y asesinato debemos remitirnos al art 73 del CP: *“Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”*, en base a este precepto, estaremos en presencia de un concurso real de delitos, pues existirá tantos delitos como acciones realizadas se den, por ende el agresor debe ser condenado por dos delitos diferenciados debido a que cada acción se ha realizado de forma individualizada a cada víctima.

El referido argumento será también de aplicación al delito de violación, que afecta al bien jurídico protegido de la libertad sexual, por todo ello, no veo necesario detenerme durante más tiempo en estos tres delitos que afectan a las personas ni realizar ninguna observación superflua que resulte de interés.

Una vez sentada estas bases, y realizado una pequeña explicación del concurso real de delitos, procederemos a desarrollar otras colisiones de delitos con mayor sustancia e interés:

ALLANAMIENTO DE MORADA / TENTATIVA DE HOMICIDIO / ASESINATO / VIOLACIÓN

Respecto a este conglomerado de delitos, se da la legítima duda entre sí nos situamos en un concurso ideal propio o medial de delitos.

Pues bien, el autor de los referidos hechos en un primer momento realiza una penetración violenta con rompimiento de ventana en la vivienda de las víctimas, mientras estas se encontraban durmiendo. Este primer hecho solo puede obedecer al móvil de matar y violar.

Parece recomendable en primer lugar realizar un análisis uno por uno entre el allanamiento de morada con respecto a los otros tres delitos. Sin embargo, no considero esta vía la más correcta, debido a que la resolución de concurso con respecto a uno de los delitos será extensiva respecto a los otros dos.

Cabe decir que el allanamiento en casa habitada es la condición primaria que da pie a la ejecución de los diversos tipos y por ello, será de aplicación, a los tres referidos delitos. Es decir, el allanamiento es el medio para conseguir el fin de concurrir la multiplicidad de delitos.

De esta forma y para apoyar dicho argumento, el TS en su jurisprudencia se inclina por la vía del concurso medial como deja ver en multitud de ocasiones. Con respecto al asesinato, la **STS 566/2018, de 20 de noviembre**, aprecia la resolución por concurso medial *“el recurrente ha sido condenado como Autor responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa en concurso medial de allanamiento de morada... La sala entiende que en el presente caso nos encontramos ante un claro supuesto de concurso medial”*. **Es del todo claro que esta apreciación, será de aplicación respecto al delito de tentativa de homicidio perpetrada por Livio.**

Así mismo, con respecto a la violación, la STS 34/2016, de 2 de febrero, también ve la concurrencia de concurso medial: *“se constata en efecto una relación de medio a fin entre el allanamiento de morada y la agresión sexual. Pero eso no lleva a embeber en la agresión el allanamiento de morada, sino a afirmar una relación de concurso medial”*

Por todo ello, la solución respecto a esta problemática concursal parece ser la segunda de las opciones que se barajaron, como es la apreciación de un concurso medial de delitos (art 77 CP), entre allanamiento de morada con respecto a los delitos de tentativa de homicidio, asesinato, así como de violación.

TENTATIVA DE HOMICIDIO / DELITO LESIONES

En cuanto al abanico de concursos posibles en la colisión entre tentativa de homicidio y lesiones graves, será necesario primeramente realizar un pequeño análisis de la problemática.

El *animus necandi* con el que actuó Livio al atacar a su víctima en el hecho probado segundo es del todo claro, debido a que este ha realizado todos los actos objetivos que deben producir el resultado de muerte de Carlos, aunque, por causas no imputables al agresor, la víctima finalmente ha sobrevivido. Es decir, el sujeto ha actuado queriendo matar, pero no ha conseguido su objetivo y solo ha lesionado.

Toda vez determinado este ánimo de matar con el que se actuó, se plantea el problema del concurso entre el delito de homicidio doloso intentado, y lesiones ordinarias.

De esta forma, Corcoy Bidasolo, expone la teoría de la unidad: el ánimo de matar abarca al de lesionar, y de esta se diferencian dos corrientes doctrinales¹⁶:

- Doctrina mayoritaria: debe apreciarse un concurso de leyes en favor de la tentativa de homicidio.
- Doctrina minoritaria: debe apreciarse concurso ideal de delitos entre tentativa de homicidio y lesiones dolosas.

Alineado con la corriente mayoritaria se encuentra Vives Antón, pues establece que: “*De admitirse el animus necandi, habría una tentativa de homicidio... el dolo de matar implica normalmente el de lesionar por lo que éste debe considerarse absorbido por aquél*”¹⁷.

En base a estos motivos, me inclino por la doctrina mayoritaria, porque de admitirse el ánimo de matar las lesiones producidas no pueden ser imputadas como dolosas, porque esto supondría una doble desvaloración, de ahí que no sea correcta la apreciación de un concurso ideal entre tentativa de homicidio y lesiones.

Por todo ello, la solución a esta problemática concursal será la apreciación de un concurso de normas (art. 8.4 CP), en el que se debe condenar al autor por el delito

¹⁶ CORCOY BIDASOLO, M., y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. P. 22.

¹⁷ VIVES ANTÓN, T.S; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., coord., *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. P. 32.

más grave de los dos, en este caso, homicidio doloso intentado, y, por consiguiente, las lesiones quedan penalizadas a través del tipo más grave.

VIOLACIÓN / DETENCIÓN ILEGAL

Antes que nada, es de obligado cumplimiento discernir si en el citado hecho de amarrar a la víctima a la cama antes de forzarla nos encontramos ante un concurso de normas o ante un concurso de delitos.

La posibilidad de atenernos a un concurso de normas ha de ser desechada de plano, pues como sienta la jurisprudencia en la **STS 97/2015, de 24 de febrero**, *“el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable”*, y en lo que respecta a la colisión entre los delitos de detención ilegal y agresión sexual, la privación de libertad suele coincidir exactamente con el tiempo imprescindible para consumir el ataque a la libertad sexual, cosa que claramente no se da en los hechos pues la víctima permanece atada mucho más tiempo.

La segunda posibilidad de encontrarnos ante un concurso real de delitos, en donde clásicamente se entiende que concurre una pluralidad de acciones y de delitos, cada delito mantiene su propia autonomía y sustantividad, y debe sancionarse separadamente. Por ello, en el concurso real la detención no es la condición necesaria para consumir la agresión.

Por último, estaremos ante el concurso ideal de delitos impropio o medial, donde existe una única acción, pero puede haber varios delitos, pues la detención ilegal del amarramiento es el medio utilizado para poder realizar la violación, y no tiene sentido sin ella. Dicha tesis se encuentra refrendada por el ejemplo de la **STS 219/2016, de 28 de enero**, sobre lo que puede constituir un concurso medial: *“Una detención ilegal, arbitrada e instrumentalizada como medio para perpetrar una agresión sexual, u otro delito... que debe dar lugar a una condena conjunta, y no a una condena separada de ambos delitos”*.

Por dichos motivos, nos encuadramos en un concurso medial entre el delito de detención ilegal y el delito principal de violación, pues el primero solo fue un medio para el fin último, que es el segundo delito.

3. ESCRITO DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º X DE MAJADAHONDA

CHRISTIAN ALONSO SANZ, procurador de los tribunales y del acusador particular de *Dña. Paulina* y *D. Carlos F.*, según tengo ya acreditado en las Diligencias Previas n.º XXX, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho **DIGO**:

Q U E, en aplicación del artículo 650 de la LECrim, solicito la apertura del Juicio Oral ante el Juzgado de lo Penal, y formulo escrito de acusación contra D. Livio, en base a las siguientes:

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El día 25 de octubre de 2020, el señor Livio de 26 años, se presenta a las 03:00 a.m., en la casa de Carlos F. y de su familia, sita en la calle mayor n.º3 de la localidad de Majadahonda (Madrid), y en dicho momento mediante la utilización de un bate de beisbol y a base de golpes y rompiendo una ventana del salón en la parte baja de la vivienda, accede a esta.

Una vez en el interior de la referida vivienda, y cogiendo una escultura pesada que había en la habitación, Livio asesta a Carlos, de 43 años de edad, un fuerte golpe en la cabeza. Este creyendo que lo ha matado, abandona la habitación. Sin embargo, Carlos perdió el conocimiento, pero no llegó a morir.

Después de la comisión del delito, Livio entra en el dormitorio de Carmen, de 15 años de edad, quien se encontraba profundamente dormida y le asesta un primer navajazo en el cuello, que la deja muy debilitada y 23 navajazos más en distintas partes del cuerpo, provocando su muerte.

A continuación, entra en el dormitorio donde se encontraba durmiendo Paulina, de 44 años, a la que despierta y, poniéndole un cuchillo en el cuello, consigue mantenerla quieta para amarrarla al cabecero de la cama y posteriormente la penetra vaginalmente.

Por último, Livio se marcha de la casa, dejando atada a Paulina y horas después, los gritos de esta alertan a sus vecinos, que llaman a la Policía, a lo que estos en un corto lapso de tiempo acuden a la vivienda y el personal sanitario y policía atienden a Paulina y a Carlos, a quien llevan a este último al hospital consiguiendo salvar su vida. Carlos fue sometido a una operación quirúrgica y necesitó recuperación de un mes en el hospital y reposo de 3 meses en su domicilio.

SEGUNDA.- Los hechos son constitutivos de los delitos de:

- Delito de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138, 16 y 62, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en concurso medial (art 77.1 y 3 del Código Penal) con el delito de allanamiento de morada (art. 202.2 del Código Penal).
- Delito de asesinato hiperagravado con víctima menor de dieciséis años del art 140.1, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con los agravantes de ensañamiento y alevosía de los arts. 139.1 del mismo cuerpo legislativo, en concurso medial (art. 77.1 y 3 del Código Penal) con el delito de allanamiento de morada (art .202.2 del Código Penal).
- Delito de violación del art. 179, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con el agravante de uso de arma peligrosa del art 180.1. 5ª del mismo cuerpo legislativo, en concurso medial (art. 77.1 y 3 del Código Penal) con el delito de detención ilegal (art. 163.1 del Código Penal).

TERCERA.- De los referidos Delitos, es **AUTOR**, el acusado.

CUARTA.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

QUINTA.- Corresponde imponer al acusado Don Livio las penas de:

- **Nueve años de prisión** por el delito de homicidio en grado de tentativa (art 138 en relación con el art 62 CP), de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en concurso medial (art 77.1 y 3 del Código Penal) con el delito de allanamiento de morada (art 202.2 del Código Penal). con prohibición de aproximación a menos de 300 metros de la víctima, así como prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio por un período de 10 años (artículo 57 en relación con el artículo 48.2 y 3 del Código Penal). Además, libertad vigilada una vez cumplida la pena de prisión por un período de 5 años (artículo 192 del Código Penal).

- **Prisión permanente revisable** por el delito de asesinato hiperagravado a víctima menor de dieciséis años, con la concurrencia del doble agravante de ensañamiento y alevosía (arts. 140.1 y 139.1), de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en concurso medial (art 77.1 y 3 del Código Penal) con el delito de allanamiento de morada (art 202.2 del Código Penal).

- **Quince años de prisión** por el delito de violación con la circunstancia de arma peligrosa (art 180.1. 5ª en relación con el art 179), de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en concurso medial (art 77.1 y 3 del Código Penal) con el delito de detención ilegal (art 163.1 del Código Penal), con prohibición de aproximación a menos de 300 metros de la víctima, así como prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio por un período de 10 años (artículo 57 en relación con el artículo 48.2 y 3 del Código Penal). Además, libertad vigilada una vez cumplida la pena de prisión por un período de 5 años (artículo 192 del Código Penal).

POR VÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL.- El acusado indemnizará:

A Carlos por el fallecimiento de su hija en la cantidad de 102.000 euros; por la intervención quirúrgica, así como por el mes de perjuicio grave y tres meses de perjuicio moderado todo ello a consecuencia de las lesiones producidas en el delito de tentativa de homicidio, una indemnización de 9.580 euros;

A Paulina por el fallecimiento de su hija en la cantidad de 102.000 euros, y por sufrir un delito de agresión sexual en la cantidad de 30.000 euros.

Por los daños producidos en la ventana de su vivienda en la cantidad de 300 euros solidariamente.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado el presente escrito, se sirva admitirlo y tenga por formulado escrito de Acusación Particular contra **D. Livio**, con las conclusiones particulares que se articulan, y previos los trámites legalmente establecidos, se acuerde dar traslado a la Defensa y por cumplido el trámite de calificación, para que en su día se dicte sentencia condenatoria con expresa imposición de costas a la parte acusada.

PRIMER OTROSÍ DIGO que se dé traslado de las actuaciones a la defensa.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO que para el acto del juicio oral, a tenor de lo dispuesto en el art 781.1 de la LECrim., INTERESA los siguientes **MEDIOS DE PRUEBA**, a fin de que el órgano de enjuiciamiento, y de acuerdo con el art. 785.1 de la LECrim., se admitan todos ellos por entender su pertinencia.

- 1- Interrogatorio de acusado.
- 2- Testifical, con examen de los testigos que a continuación se enumeran y que deberán ser citados a través de la oficina judicial:

1º Dña. Paulina.

2º D. Carlos F.

SUPLICO AL JUZGADO que declare pertinentes las pruebas interesadas y acuerde su práctica.

Es de Justicia que pido en Valladolid, a 15 de enero de 2021

Fdo.: CHRISTIAN ALONSO SANZ

4. **BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (director); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PÜSCHEL, A., (coordinadores), *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Capítulo 9. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I”, en ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A., (coordinadores) y otros. *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, S.L. Granada, 2016.

CORCOY BIDASOLO, M., y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2019.

ENCINAR DEL POZO, M. A., VILLEGAS GARCÍA, M^a. A., “La jurisprudencia sobre la nueva regulación del delito de asesinato”, *Diario La Ley*, N.º 9726, 2020.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M^a., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ROMEO CASABONA, C. M^a.

- “Capítulo 1. El homicidio y sus formas”, en ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A., (coordinadores) y otros. *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, S.L. Granada, 2016.
- “Capítulo 12. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coordinadores) y otros. *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, S.L. Granada, 2016.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “La tentativa de homicidio con consumación de lesiones”, *Revista Penal*, N° 24, 2009.

SOLA RECHE, E., “Capítulo 6. Delitos contra la libertad”, en ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A., (coordinadores) y otros. *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, S.L. Granada, 2016.

SOTO NIETO, F., “Tentativa de homicidio o delito de lesiones”, *Diario La Ley*, n.º 6430, 2006.

VIVES ANTÓN, T.S; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., coord., *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

5. ANEXO JURISPRUDENCIAL

Auto TS 2025/2002, de 19 de junio

STS 3491/1999, de 7 de abril

STS 655/1999, de 27 de abril

STS 1775/2000, de 17 de noviembre

STS 143/2001, de 7 de febrero

STS 446/2002, de 1 de marzo

STS 183/2002, de 31 de octubre

STS 701/2003, de 16 de mayo

STS 780/2003, de 29 de mayo

STS 1518/2005, de 19 diciembre

STS 15/2006, 13 de enero

STS 374/2007, de 9 de mayo

STS 812/2007, de 8 de octubre

STS 330/2009, 1 de abril

STS 693/2009, de 17 de junio

STS 140/2010, de 23 de febrero

STS 804/2010, de 24 de septiembre

STS 666/2011, de 30 de junio

STS 355/2013, de 3 de mayo

STS 97/2015, de 24 de febrero

STS 434/2015, de 25 de junio

STS 4433/2015, de 18 de octubre

STS 219/2016, de 28 de enero

STS 34/2016, de 2 de febrero

STS 814/2016, de 28 de octubre

STS 80/2017, de 10 de febrero

STS 453/2017, 21 de junio

STS 477/2017, de 26 de junio

STS 520/2018, de 31 de octubre

STS 566/2018, de 20 de noviembre

STS 367/2019, de 18 de julio

STS 30/2020, de 4 de febrero

STS 814/2020, de 5 de mayo

STS 389/2020, de 10 de julio

STS 587/2020, de 6 de noviembre