



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas

El delito del asesinato

Presentado por:

Lidia Gayubas Fernández

Tutelado por:

Ángel J. Sanz Morán

Valladolid, 4 de julio de 2022

RESUMEN

La temática del presente trabajo es el delito del asesinato. El asesinato es un delito que atenta contra la vida humana y consiste en dar muerte a otra persona siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: alevosía, precio, recompensa o promesa, ensañamiento o la finalidad de facilitar la ejecución de otro delito o evitar que se descubra. El delito de asesinato ha evolucionado a lo largo de la historia, destacando la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que introdujo entre otras novedades, la prisión permanente revisable. A pesar de que esta pena se aplica en casos especialmente graves, han sido diversas las opiniones doctrinales al respecto.

Palabras clave: delito; asesinato; matar; muerte; vida humana (independiente); tipo básico; tipo agravado; tipo hiperagravado; pena; pena privativa de libertad; prisión permanente revisable; reforma penal.

ASBTRACT

The subject of this work is the crime of murder. Murder is a crime that attacks human life and consists of killing another person whenever any of the following circumstances come together: premeditation; price, reward or promise; savagery or the purpose of facilitating the execution of another crime or preventing it from being discovered. The crime of murder has evolved throughout history highlighting the reform introduced by the Ley Orgánica 1/2015, of 30th March, amending the Ley Orgánica 10/1995, of 23rd November, which introduced among other novelties, the reviewable permanent prison. Although this penalty is applied in particularly serious cases, there have been different doctrinal points of view about it.

Keywords: crime; murder; to murder; death; (independent) human life; basic type; aggravated type; hyperaggravated type; penalty; custodial sentence; reviewable permanent prison; penal reform.

ÍNDICE.

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA Y REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO.....	7
	2.1.- Evolución histórico-legislativa: Códigos penales anteriores al actual de 1995 y abolición de la pena de muerte.....	7
	2.2.- Referencias de Derecho comparado: regulación en los sistemas jurídicos de nuestro entorno.....	13
III.	REGULACIÓN ORIGINARIA DEL DELITO DE ASESINATO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.....	15
	3.1.- Diferencias con la regulación precedente.....	15
	3.2.- Tipo básico: art. 139 CP.....	16
	3.3.- Tipo agravado: art. 140 CP.....	18
IV.	REFORMA PENAL DEL DELITO DE ASESINATO INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO.....	19
	4.1.- Cuadro comparativo de la regulación del tipo delictivo antes y después de la reforma.....	19
	A) Introducción de la prisión permanente revisable.....	22
	B) Modificación del régimen de penas.....	23
	C) Incorporación de la cuarta circunstancia configuradora del asesinato: art. 139.1.4º CP.....	24
	D) Nueva fórmula del asesinato agravado: art. 139.2 CP.....	26
	E) El asesinato hiperagravado: art. 140 CP.....	26
	F) Nuevo artículo 140 BIS CP: la libertad vigilada.....	26
V.	REGULACIÓN ACTUAL DEL DELITO DE ASESINATO TRAS LA REFORMA.....	27
	5.1.- Ubicación sistemática y bien jurídico protegido: vida humana independiente.....	27
	5.2.- Naturaleza jurídica: relación asesinato-homicidio.....	29
	5.3.- Tipo básico: art. 139.1 CP.....	33

A) Tipo objetivo.....	33
B) Tipo subjetivo.....	47
C) Pena.....	48
5.4.- Tipo agravado: art. 139.2 CP.....	48
A) Tipo objetivo.....	48
B) Tipo subjetivo.....	49
C) Pena.....	49
5.5.- Tipo hiperagravado: art. 140 CP.....	49
A) Tipo objetivo.....	50
B) Tipo subjetivo.....	56
C) Pena: la prisión permanente revisable. Caso del “asesino de Pioz”.....	56
5.6.- Tentativa y punibilidad de los actos preparatorios: art. 141 CP.....	65
5.7.- Autoría y participación.....	67
5.8.- La libertad vigilada: art. 140 BIS CP.....	68
VI. CONCLUSIONES.....	72
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	74
VIII. WEBGRAFÍA, CÓDIGOS Y LEYES.....	77
IX. JURISPRUDENCIA.....	78

I. INTRODUCCIÓN

En aquellos delitos en los que se ataca la vida de las personas con el objetivo de poner fin a la misma, el bien jurídico protegido es la vida humana, que se consolida como bien supremo tanto de los propios individuos, como de la colectividad en general y del Estado.

A lo largo de la historia han sido constantes las agresiones que, generación tras generación, han tenido lugar sobre la vida de las personas. A pesar de ello, en el Antiguo Derecho no se concebía propiamente el término de “asesinato”, sino que en aquellos casos en que, partiendo de una riña, esta hubiera derivado en la muerte de una persona (de forma involuntaria), el autor de la misma juraba su no intencionalidad y se transmitía a sus herederos una indemnización de carácter económico, basada en el pago de media “mina” de plata¹.

Posteriormente, se identificó el delito de asesinato con aquellas conductas penadas en la “*Lex Cornelia de sicariis et veneficis*”, que pretendía castigar a los que utilizaran armas fuera de su casa o utilizaran las mismas con la finalidad de atacar a alguna persona o la propiedad ajena. En el Derecho Justiniano se entendía que “*matar injustamente es matar sin ningún derecho*”, imponiéndose para el asesino en estos casos la deportación².

Todas estas configuraciones dieron lugar al concepto de asesino, procedente de la palabra árabe “*asis*”, recibiendo tal denominación los sectarios del príncipe Arsácides en Asia Menor, encargado de reclutar a jóvenes que le obedecían ciegamente, a los que vestía como cristianos, para después introducirles en el campo de estos y matarles. Es en este momento, cuando se configura el concepto de asesinos, como aquellos que reciben el encargo de matar a otra persona o que ayudan al asesino ocultándolo³.

En la actualidad y en nuestro país, la vida humana no solo se protege por la legislación penal, sino también por la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución española de 1978, en cuyo artículo 15 se recoge como derecho fundamental que “*todos tienen derecho a la vida*”.

A los efectos que interesan al presente trabajo, la protección de dicho bien jurídico encuentra cobijado en el Código Penal español de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre). En su Libro

¹ MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*, Sevilla (J.M. Bosch Editor) 2017, p. 11

² MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*, ob. cit., pp. 11-12.

³ MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*, ob. cit., p. 12.

II relativo a los “*delitos y sus penas*” se recogen dos capítulos que otorgan protección a la vida humana en función de que esta sea calificada de “independiente” o “dependiente”. La primera, se regula en el Título I “*del homicidio y sus formas*”, mientras que la segunda se regula en el Título II “*del aborto*”.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 33 CP, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. En su apartado segundo letra b), se recoge como grave, la pena de prisión superior a cinco años. Esto significa que, para el Derecho penal español, la causación de la muerte de otra persona, concurriendo determinadas características (que permiten tipificar los hechos como asesinato), debe ser castigada con las ya mencionadas penas graves.

Hasta el año 2015, la pena grave a aplicar en cuestión, era la pena privativa de libertad de quince a veinte años, concurriendo o bien la circunstancia de la alevosía, o el precio, recompensa o promesa o bien el ensañamiento (antiguo art. 139 CP). La regulación experimentó una mayor rigidez punitiva con la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, pasando a elevarse la pena de prisión de quince a veinticinco años, incluyéndose una cuarta circunstancia “*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*”, así como la posibilidad de imponer adicionalmente a dicha pena, la medida de libertad vigilada (nuevo art. 140 BIS CP).

Quizá el mayor revuelo, y sobre el que centro gran parte de la atención del análisis en el presente trabajo, es la introducción de la discutida y novedosa pena hipergravada de la prisión permanente revisable. Su particular régimen penitenciario, su equívoca y contradictoria denominación - puesto que al incluir el término “permanente” parece asemejarse a la abolida cadena perpetua, pero al incluir seguidamente el término revisable se intuye que desaparece dicha posibilidad -, junto a los revuelos mediáticos suscitados a consecuencia de escándalos por delitos especialmente graves, han dado lugar a posiciones doctrinales contradictorias a favor y en contra de dicha pena. Debate que “parcialmente” quedó cerrado con la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 169/2021, de 6 de octubre, en la que finalmente se declara constitucional la prisión permanente revisable.

Dicho esto, el objetivo de este trabajo es ofrecer una visión global de la regulación del delito del asesinato desde sus orígenes en la regulación penal española y en el Derecho comparado hasta su configuración actual. Con objeto de facilitar la comprensión y concurrencia de este

delito en nuestros días, se hace especial hincapié en cada una de las modificaciones introducidas por la reforma operada por el legislador en el año 2015, acompañando el análisis de oportunos ejemplos reales acaecidos en nuestro país y entorno legal.

En consecuencia, en el Capítulo II se comenzará realizando una descripción de la evolución que el tipo delictivo del asesinato ha tenido desde el Código penal de 1822 hasta el actual de 1995. Este desarrollo histórico-legislativo se acompaña de referencias de Derecho comparado de sistemas jurídicos de nuestro entorno, que permiten examinar la diferente evolución que en cada ordenamiento jurídico ha experimentado el asesinato.

En el Capítulo III se analiza la regulación originaria del delito del asesinato en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Se incluye dentro de este apartado una breve referencia a las diferencias que presenta con las legislaciones precedentes, para pasar a continuación a enunciar el tipo básico (art. 139 CP) integrado por tres circunstancias y el tipo agravado (art. 140 CP).

En el Capítulo IV, se incluyen de forma individualizada las grandes novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

En el capítulo V, se analiza la regulación actual del delito de asesinato tras la reforma mencionada, incluyéndose un recorrido completo por cada uno de sus elementos configuradores: desde su relación con el delito de homicidio y su ubicación sistemática, pasando por los tipos básico, agravado e hiperagravado, hasta el análisis de las cuestiones relativas a la tentativa y autoría-participación, entre otras. Se recogen también las diferentes posturas de la doctrina y la jurisprudencia sobre los cambios introducidos y los debates generados sobre la necesidad, pertinencia y oportunidad de los mismos.

Finalmente y para concluir este trabajo, en el capítulo VI se recogen las conclusiones y opinión personal del autor acerca del delito analizado junto a una mínima toma de postura acerca de las cuestiones más problemáticas que entraña el estudio del asesinato.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA Y REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO

Como punto de partida del estudio de cualquier tipo delictivo, es conveniente comenzar en primer lugar, por un análisis tanto de los antecedentes históricos como de las referencias legislativas, que permitan conocer cómo se tipificó el delito de asesinato en el pasado, cómo ha evolucionado hasta la actualidad y en qué derivará su regulación en las décadas venideras. Para ello, en el primer apartado de este epígrafe se realiza un recorrido histórico de la legislación del asesinato en nuestro país.

En el segundo apartado, se estudia la influencia que los sistemas normativos de los países de nuestro entorno han tenido sobre el legislador español. El papel que desempeña el Derecho comparado en la configuración del asesinato ha sido y es importante, tanto en la codificación inicial y en sus sucesivas reformas, como en la variedad sistematizada de soluciones que ofrece frente a problemas jurídicos concretos⁴.

2.1.- Evolución histórico-legislativa: Códigos penales anteriores al actual de 1995 y abolición de la pena de muerte

Si se analiza con detenimiento la regulación penal española del asesinato a lo largo de los años, se extrae como idea característica su paulatina reducción y simplificación, ya sea desde la perspectiva de la pena impuesta como desde el punto de vista de los elementos que lo configuran, en especial si se tiene en cuenta la abolición de circunstancias como la pena de muerte o la cadena perpetua⁵.

Con objeto de ofrecer una visión progresiva, se analizarán brevemente y en orden cronológico los Códigos penales antecedentes del actual.

En primer lugar, cabe mencionar el Código Penal de 1822⁶, en el que se toman como referencia valores de la Ilustración y liberales. Tal y como afirma Pacheco, si bien era un código científico que conseguía mejorar de forma evidente la situación penal de la nación, presentaba algunos defectos, como el exceso de dureza aplicada a las preocupaciones

⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. “El derecho comparado como método de política criminal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 32, fasc.1º (1979), pp. 10-13.

⁵ ALONSO ÁLAMO, M. “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015” en *Cuadernos de política criminal*, nº117 (2015), pp. 7-8.

⁶ Código Penal de 1822, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822. Disponible en: <https://www.palladinopellonabogados.com/wp-content/uploads/2016/07/Codigo-Penal-Espa%C3%B1ol-1822.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

españolas del momento o su falta de claridad y sencillez⁷. Su regulación casuística, que establece la pena de muerte frente al asesinato, se encuentra en el extenso artículo 609, de acuerdo con el cual:

“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 auxiliares 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 desapercebida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño ó perfidia, ó privándola antes de la razón, de 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 este precepto se deduce la necesidad de concurrencia de dolo y premeditación, junto con alguna de las siete circunstancias que en él se recogen. De la lectura del elenco circunstancial, se infieren varias semejanzas con la regulación actual del delito de asesinato.

Por la proximidad temporal con esta etapa analizada, cabe mencionar que, a diferencia de la corriente europea proclive al abolicionismo de la pena capital, en España su aceptación entre la población era mayoritaria a finales del siglo XVIII. Fue a principios del siglo siguiente, el

⁷ PACHECO, J.F. *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid (Imprenta de la viuda de Perinat y Compañía) 1856, p. LIII.

momento en que comienza a especularse en nuestro país la posible eliminación de la pena de muerte. Esta idea no prosperó, incluyéndose esta sanción en el artículo 28 del citado Código penal promulgado en 1822 ⁸, de acuerdo con el cual:

“A ningún delito, ni por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados a los fueros eclesiásticos y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes. Penas corporales. Primera, la de muerte [...]” la cual estará regulada por los artículos 31 a 46, estableciéndose en el artículo 38 que “el reo condenado a muerte sufrirá en todos casos la de garrote, sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona”.

El regreso del Absolutismo, supuso la derogación del Código anteriormente mencionado y la vuelta a la regulación penal del Antiguo Régimen. En este contexto surge el Código Penal de 1848/1850 ⁹, a través del cual se elimina la mención a los “asesinos”. La regulación del tipo delictivo del asesinato, con una estructura simplificada y semejante a la actual, se encuentra en su artículo 324 que afirma así:

“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 ejecutaré 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.”

Del precepto anterior se deduce su similitud con la regulación actual del asesinato, puesto que las circunstancias primera (alevosía), segunda (por precio o promesa remuneratoria) y quinta (con ensañamiento) prevalecen a día de hoy. Mientras que, a diferencia de la regulación de 1822, en la que la premeditación era un requisito de necesaria concurrencia previo a cualquier circunstancia, ahora pasa a ser un elemento más.

Las revoluciones que se sucedieron en Francia en este periodo (por las que se había puesto fin a la monarquía y se había proclamado la República), sirvieron de precedente en la aparición de manifestaciones rebeldes en España, dominadas en gran parte por el Gobierno de Narváez. Así se dotó al CP citado, de una mayor severidad, que se incrementó con la

⁸ LANDROVE DÍAZ, G. “La abolición de la pena de muerte en España”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 34, Fascículo 1 (1981), p. 20.

⁹ Después de la promulgación del CP de 1848, se introdujo la Reforma de 1850, siendo incluso por algunos denominada como CP de 1850. Esto explica que no haya habido unanimidad en cuanto a la concreción exacta de la fecha de dicho CP, de ahí la remisión al mismo mediante la expresión “Código Penal de 1848/ 1850”.

reforma de 1850 (introducida por el mismo Gobierno), cuyas novedades más importantes fueron castigar con carácter general en todos los delitos la conspiración y la proposición, introducir una nueva redacción para lo que desde ese momento se han conocido como “atentados” (incluyendo el desacato contra la autoridad) y prescindir del principio de legalidad ¹⁰.

A pesar de que todavía en este código se prevé la pena capital, es en este momento cuando comienza verdaderamente el “proceso de humanización de la pena de muerte”, cuyo origen se remonta a la influencia que desde mediados del siglo XVIII tuvo la Ilustración, en la también llamada por Tomás y Valiente “humanización del Derecho penal” ¹¹, que alcanzará su culmen en años posteriores. Es por ello, que dicha pena empieza a entrar en declive, lo que en ningún caso supuso su eliminación definitiva.

Fruto de la Revolución Liberal de 1868 y de la creación del texto constitucional de 1869, surge la necesidad de dotar al país de una regulación adaptada a las nuevas circunstancias. En este contexto surge el Código Penal de 1870¹². Es su artículo 418 el que recoge la regulación del asesinato de la siguiente forma:

“Es reo de asesinato el que, sin estar comprendido en el artículo anterior, matará 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.”

Si bien la estructura del precepto es idéntica, en cuanto a circunstancias que es necesario que concurran se refiere, el tratamiento de la pena de muerte cambia en este periodo, puesto que se empieza a cuestionar la necesidad de su existencia, así como su función social.

Con la llegada de la I República, las esperanzas de lograr la abolición de la pena capital aumentaron, siendo esta finalmente eliminada, por primera vez en España, durante los primeros meses de gobierno republicano de Nicolás Salmerón en 1873. Sin embargo, este

¹⁰ ANTÓN ÓNECA, J. “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, fascículo nº3 (1965), p. 488.

¹¹ LANDROVE DÍAZ, G. “La abolición de la pena de muerte en España”, ob. cit., p. 18.

¹² Código Penal reformado, Gaceta de Madrid, suplemento al número 243, de 31 de agosto de 1870. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

aparente avance tenía los días contados, puesto que con el posterior gobierno de Emilio Castelar se retomó la aplicación de la pena de muerte, la cual continuaría aplicándose en España durante las décadas de la Restauración (1874 – 1923) ¹³.

Es con la llegada de la dictadura de Primo de Rivera (1923 – 1930), el momento en que se introduce el Código Penal de 1928 ¹⁴. Es en su artículo 519 en el que se recoge la tipificación del delito de asesinato, ampliándose a ocho las 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.”*

La regulación de este código es algo novedosa, puesto que, si bien repite algunas de las circunstancias previstas en las regulaciones precedentes, su requisito tercero *“ejecutar el hecho para preparar, facilitar, consumir u ocultar un delito, o para impedir el descubrimiento de otro, háyase o no éste realizado”*, que ya había sido contemplado en el Código de 1822, vuelve a introducirse de nuevo, siendo el antecedente más directo de uno de los elementos de la reforma penal introducida por el legislador español en el año 2015.

Instaurada la II República, se promulga un nuevo Código Penal de 1932 ¹⁵ adaptado a las exigencias de la Constitución de 1931, cuestión que se refleja al prescindir de la pena de muerte como castigo frente al asesinato. Manifestación de ello es su artículo 412, de acuerdo con el cual:

¹³ CORRAL LAFUENTE, J.L. *Historia de la pena de muerte*, Madrid (Editorial Aguilar) 2005, pp. 92-93.

¹⁴ Real decreto-ley por el que se aprueba el proyecto de Código Penal, Gaceta de Madrid, número 257, de 13 de septiembre de 1928. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1928/257/A01450-01526.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

¹⁵ Código penal, Gaceta de Madrid, número 310, de 5 de noviembre de 1932. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/310/A00818-00856.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

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

- 1. Con alevosía.*
- 2. Por precio o promesa remuneratoria.*
- 3. Por medio de inundación, incendio o veneno.*
- 4. Con premeditación conocida.*
- 5. Con ensañamiento, aumentando de liberada e inhumanamente el dolor del ofendido.*

El reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor”.

Posteriormente, la aprobación de sucesivas leyes así como la modificación y tipificación de ciertos delitos ¹⁶, provocó la promulgación del Código Penal de 1944 ¹⁷. La regulación del asesinato, contenida en el artículo 406, sigue la misma estructura circunstancial que los códigos anteriores, pero añade gravedad a la pena impuesta, al volver a incorporar la pena capital *“el reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor a muerte”*.

Brevemente puede señalarse que, con el actual Código Penal de 1995, la regulación del tipo del asesinato prevista en su artículo 139, reduce a cuatro las circunstancias, eliminándose así las relativas a la inundación, incendio, veneno o explosivo. Siendo destacable, que desde la aprobación de la Constitución democrática de 1978, queda definitivamente abolida la pena de muerte en España, tal y como dispone su artículo 15¹⁸.

A modo de conclusión, puede afirmarse que, a lo largo de la codificación penal española, han sido tres las circunstancias que han conformado el núcleo prácticamente invariable de la regulación del asesinato: la alevosía, el ensañamiento y el precio o promesa remuneratoria. A ellas, históricamente se les añadieron un extenso elenco de circunstancias adicionales, que han ido eliminándose hasta conseguir la simplificación de la legislación actual.

¹⁶ SEVILLANO CALERO, F. “Política y criminalidad en el “nuevo estado” franquista. La criminalización del “enemigo” en el derecho penal de posguerra”, en *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, nº 35 (2016) pp. 298-299.

¹⁷ Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el Código Penal de 1944, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. BOE, número 13. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/013/A00427-00472.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

¹⁸ En el artículo 15 CE 1978 se afirma la abolición de la pena de muerte, pero se añade *“salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”*. Sin embargo, la LO 11/1995, de 27 de noviembre, declara abolida la pena de muerte en el Código Penal Militar.

2.2.- Referencias de Derecho comparado: regulación en los sistemas jurídicos de nuestro entorno

A pesar de que la regulación en España del delito de asesinato presenta diferencias con lo previsto en legislaciones de países vecinos, el análisis del Derecho comparado determina que hay un elemento común en todas ellas, como es la aplicación de las penas de mayor dureza y gravedad a la categoría de los delitos contra la vida.

En palabras de Rodríguez Devesa, *“el estudio del Derecho comparado ha de considerarse indispensable, tanto para el quebranto del conservadurismo de los juristas, en tanto que ofrece un conjunto sistematizado de diversas soluciones a determinados problemas jurídicos y se constituye como una importante fuente de conocimiento”*¹⁹.

Con objeto de simplificar el análisis, se han seleccionado las regulaciones de cuatro países de nuestro entorno.

En primer lugar, el Código Penal de Alemania²⁰ regula, dentro del capítulo de los hechos punibles contra la vida, en el § 211 el delito de asesinato. En su primer apartado prevé la pena privativa de la libertad de por vida para los asesinos, mientras que en el apartado segundo, describe las circunstancias que deben concurrir *“por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con remedios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo”*.

Se pueden observar similitudes con la regulación española, al incluir circunstancias como la alevosía. Además, es importante destacar la mención *“para facilitar otro hecho o para encubrirlo”*, por su similitud a la cuarta circunstancia introducida por el legislador español en la reforma de 2015.

En segundo lugar, el Código Penal italiano²¹ a diferencia de nuestra regulación, no contiene tipificado el delito de asesinato de forma específica, sino que regula homicidios agravados o cualificados. En el artículo 575 se hace mención al homicidio bajo la afirmación *“el que causa la muerte de un hombre, es castigado con la pena de prisión no menor de veintiún años”*, mientras que en los preceptos 576 y 577 se prevé el *“ergastolo”* o cadena perpetua en caso de concurrencia,

¹⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. “El derecho comparado como método de política criminal”, ob. cit., pp. 10-13.

²⁰ Disponible en *Revista pensamiento penal*, Código Penal alemán (traducido al español). Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35633.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

²¹ Disponible en *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, en Áreas Temáticas, Código Penal. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

entre otras, de alguna de las circunstancias del artículo 61 (cuando el delito se comete contra el cónyuge, ascendiente o descendiente, cuando se utilizan sustancias venenosas o medios insidiosos, cuando se realiza con premeditación...)²².

En el articulado posterior se recogen delitos como el infanticidio, el delito de lesiones, el homicidio con consentimiento de la víctima, pero sin aludir expresamente al asesinato. De lo que se infiere, que no hay un criterio en la legislación italiana que permita diferenciar el delito de asesinato y de homicidio.

En el Código Penal portugués ²³, al igual que en el de Italia, no se regula el asesinato sino el homicidio cualificado. En su artículo 131 define el homicidio como *“el que matare a otra persona será castigado con la pena de prisión de 8 a 16 años”*. En el artículo 132 relativo al homicidio cualificado, se dice que, si la muerte es producida en circunstancias de especial censura o perversidad, la pena a imponer se amplía de 12 a 25 años. Posteriormente en su apartado segundo, pasa a describir el elenco de circunstancias realizadas por el autor que revelan especial censura o perversidad, entre algunas de ellas, cometer el delito contra un ascendiente, descendiente o adoptado de la víctima, contra una persona indefensa (por razón de edad, discapacidad...). Por último, en el artículo 133 se regula el “homicidio privilegiado” que se produce cuando *“el que matare a otra persona dominada por la emoción violenta, la compasión, la desesperación o una razón de relevante valor social o moral, que haga disminuir su culpa, se castigará con la pena de prisión de 1 a 5 años”*.

Por último, en el Código Penal francés ²⁴, de entre los múltiples delitos regulados en el Título II relativo a los *“ataques a la persona humana”*, es en su Sección 1 en la que se regula el delito de asesinato. En el artículo 221-1 se define el homicidio como dar muerte de forma intencional a otra persona, siendo las circunstancias de los artículos 221-2 y 221-4 las que configuran los requisitos que es necesario que concurran para la cualificación del homicidio, entre las que destacan: cometer el delito sobre un menor de 15 años, sobre una persona especialmente vulnerable, que la finalidad de cometer el delito sea preparar o facilitar la comisión de otro o asegurar la impunidad del autor mediante su encubrimiento... En estos dos últimos preceptos, la pena a aplicar es la prisión perpetua. Es en cambio en el artículo

²² ALONSO ÁLAMO, M. *“La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”*, ob. cit., p. 11.

²³ Disponible en *Diário da República Eletrónico*, en *Legislação Consolidada*, Código Penal. Disponible en: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

²⁴ Disponible en Légifrance: le service public de la diffusion du droit, Code pénal. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF [Consulta: 19 de marzo de 2022].

221-3 en el que se menciona el asesinato cuando dice *“el homicidio cometido con premeditación o emboscada constituye asesinato y es castigado con cadena perpetua”*.

III. REGULACIÓN ORIGINARIA DEL DELITO DE ASESINATO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

3.1.- Diferencias con la regulación precedente

Como punto de partida, cabe mencionar la importancia que en la historia legislativa española han tenido los delitos contra la vida humana independiente, constituyendo la base de la teoría general del delito y el núcleo de la llamada “criminalidad violenta²⁵”.

Tal y como afirma Franz von Liszt, lo que caracteriza el delito de asesinato es *“ser predominantemente un producto de la ley, su mutabilidad histórica y la variabilidad de los criterios de demarcación en el tiempo”*²⁶.

Si se analiza la sucesiva regulación del delito de asesinato, hay que hacer alusión en primer lugar, al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal (PLOCP) de 1980, en el que se suavizaban los marcos penales y se recogían como circunstancias caracterizadoras del asesinato los “móviles abyectos o fútiles”²⁷. En la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP) de 1983 se reducen a tres los elementos conformadores del asesinato (alevosía, ensañamiento y precio, recompensa o promesa u “otros motivos”); el PLOCP de 1992 eleva con carácter general los marcos penales (en especial, si los comparamos con el citado Proyecto de 1980) y elimina la alusión a “otros motivos” por considerarlos similares al precio, recompensa o promesa²⁸.

En este punto conviene recalcar una de las diferencias sustanciales con las regulaciones precedentes, como es la abolición de la pena capital. Esta circunstancia ha sido ampliamente debatida, destacando la monografía de Franz von Liszt sobre los delitos contra la vida humana independiente, en la que afirma que la existencia de la pena de muerte justifica la necesidad de contar con el tipo delictivo del asesinato. En resumen y en palabras de este autor, *“existe asesinato porque hay pena de muerte”*²⁹.

²⁵SANZ MORÁN, Á. J. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48 (1995) p. 783.

²⁶ Extraído de SANZ MORÁN, Á. J. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”, ob. cit., p. 804.

²⁷ SANZ MORÁN, Á. J. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”, ob. cit., p. 786.

²⁸ SANZ MORÁN, Á. J. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”, ob. cit., p. 787.

²⁹ LISZT, F.V. “Verbrechen und Vergehen wider das Leben”, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländisches Strafrecht BT, V Bd.*, Berlin 1905, pp. 1-158 (pp. 69-70).

Finalmente, el 24 de mayo de 1996 entra en vigor el actual Código Penal, cuya redacción del tipo del asesinato es más breve, puesto que se suprimen algunas de sus circunstancias. La primera de ellas es la premeditación (apartado cuarto), que supone maquinarse para dar muerte a otra persona. Su inicial inclusión como elemento conformador del asesinato fue criticado por la doctrina española, entre otros motivos, por su difícil prueba y la inseguridad de su concepto. Consecuencia de ello es, como afirma Sanz Morán, que dicha circunstancia haya seguido *“un curso vacilante en la proyectada reforma Penal”*³⁰. Esto se manifiesta en las sucesivas apariciones y desapariciones en las redacciones de los proyectos de Códigos penales.

Las restantes circunstancias suprimidas recogidas en el apartado tercero, son por una parte los llamados “medios de peligro común”: inundación, incendio y explosivo. Las referencias jurisprudenciales y la casuística referente a ellas eran escasas, lo que dificultaba su aplicación como circunstancia configuradora del tipo analizado³¹.

Por otra parte, está el veneno cuya naturaleza lo acerca a la alevosía. Por tal, se entiende toda sustancia que cuando se ingiere en una concreta dosis ocasiona daños y alteraciones en el cuerpo humano. Aunque en la actualidad no se contempla como circunstancia agravante del asesinato, la jurisprudencia recuerda a base de sentencias su precedente en las redacciones penales anteriores. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo 1007/2006, de 10 de octubre, de acuerdo con la cual *“[...] la utilización de veneno ha constituido en el Código Penal español una circunstancia agravante genérica, y también específica del delito de asesinato, en el Código de 1973 (art. 10.3ª y 406), que ha desaparecido del Código actualmente vigente (v. art. 22 y 139.1ª), muy probablemente por el carácter alevoso de tales comportamientos”*.

3.2.- Tipo básico: art. 139 CP

A grandes rasgos, comete el tipo penal del asesinato quien da muerte a otra persona. Se trata de un delito común que presenta el mismo contenido de injusto que el homicidio, debido a que en ambos resulta lesionado el mismo bien jurídico y con idéntica intensidad³². Es la concurrencia de alguna de las circunstancias que a continuación se enuncian, lo que permite diferenciar ambas figuras.

³⁰ SANZ MORÁN, Á. J. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”, ob. cit., p. 811.

³¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Madrid (Editorial de Derecho Reunidas SA) 1978, p. 294.

³² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., ORTOS BERENGUER, E., y ROIG TORRES, M. *Esquemas de Derecho Penal. Parte especial*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010, p. 19.

La regulación del asesinato en su versión originaria en el Código Penal vigente de 1995, se encuentra en el artículo 139 que afirma:

“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:

1º. Con alevosía.

2º. Por precio, recompensa o promesa.

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

Se procede ahora a realizar una breve alusión al concepto de cada una de las circunstancias, dado que no han sido objeto de modificación por la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por lo que su desarrollo en profundidad se realizará en el Apartado V del presente trabajo.

a) Alevosía (art. 139.1.1ª CP)

Es la primera de las circunstancias configuradoras del asesinato y se define como circunstancia agravante en el artículo 22.1 CP *“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”.*

b) Por precio, recompensa o promesa (art. 139.1.2ª CP)

Es la segunda circunstancia configuradora del asesinato del art. 139.1 CP y se define como circunstancia agravante en el artículo 22.3 CP *“ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa”.* La diferente regulación de ambos preceptos radica, en que en la agravante genérica se utiliza la expresión “mediante precio, recompensa o promesa” mientras que en el asesinato se utiliza la expresión “por precio, recompensa o promesa”. De esta manera, se enfatiza el carácter estimulante de esta circunstancia ³³.

El precio es el valor monetario en que se valora algo; la recompensa es la retribución que se paga por un servicio o cosa, no siendo necesario según Antón Oneca la entrega de un precio; la promesa consiste en ofrecer un precio o recompensa una vez cometido el hecho³⁴.

³³ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2019, p. 49.

³⁴ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2007, p. 130.

c) Ensañamiento (art. 139.1.3ª CP)

Es la tercera circunstancia configuradora del asesinato, consistente en dar muerte a una persona “*con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*”. Se define como circunstancia agravante en el artículo 22.5 CP consistiendo en “*aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito*”³⁵.

3.3.- Tipo agravado: art. 140 CP

Ya desde la entrada en vigor del Código Penal de 1973, una de las cuestiones más problemáticas y de mayor discusión entre la doctrina, era cómo calificar los hechos cuando concurrían varias circunstancias agravantes del asesinato del artículo 139 CP. La doctrina en su mayoría optó por elegir una de ellas para calificar la muerte como asesinato, siendo el resto consideradas como circunstancias agravantes genéricas previstas en el artículo 22 CP. Si bien es verdad, que esta opción planteaba muchos problemas tanto desde la perspectiva dogmática como de inseguridad jurídica, por la diversidad de soluciones sancionadoras para casos idénticos³⁶.

Con el actual Código Penal de 1995, el legislador intenta solucionar esta situación mediante la introducción del artículo 140, de acuerdo con el cual “*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*”. Se trata por lo tanto, de una “hiperagravación”³⁷ de la pena correspondiente al tipo básico del asesinato.

Así configurado el artículo 140 CP, lo que sí que puede afirmarse con rotundidad es la imposibilidad de que las circunstancias configuradoras del asesinato puedan ser consideradas como agravantes genéricas. Con esta solución el precepto se entiende como una agravación

³⁵ Tal y como se afirma en el libro de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Derecho penal español parte especial (I)*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2011, p. 95 “*mientras que la doctrina y la jurisprudencia entienden que la intelección de ambas circunstancias debe ser idéntica*”. Sin embargo, no opina así dicho autor, puesto que argumenta que “*es posible en la circunstancia genérica del artículo 22.5 CP desconectar el mal propio del delito de los padecimientos innecesarios, lo que no es factible en el caso del asesinato*”.

³⁶ Uno de los problemas que no llegó a solucionarse por la doctrina era el relativo a qué criterio aplicar para determinar qué circunstancias, de entre varias concurrentes, debían ser utilizadas para calificar el dar muerte a una persona como delito de asesinato y qué otras debían degradarse y considerarse como genéricas del artículo 22 CP. La consecuencia de todo ello, supuso durante mucho tiempo, resolver el problema en base a criterios arbitrarios.

³⁷ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., pp.151-152.

del homicidio en segundo grado³⁸ y se consigue solucionar el tradicional problema planteado por la doctrina.

Algunos autores como Carbonell Mateu y González Cussac, consideran que dicho precepto constituye un delito cualificado en relación a la regulación del asesinato en el artículo 139 CP, lo que da lugar a la aparición de tres tipos delictivos diferentes: el homicidio, el asesinato y el asesinato cualificado³⁹. Además, entienden que en caso de estar presentes dos circunstancias, la primera se utilizaría para calificar el asesinato y la segunda para determinar su cualificación (artículo 140 CP).

En relación a la pena que impone este precepto, son muchas las reacciones por parte de los autores. Algunos autores como Carbonell Mateu, González Cussac o Serrano Gómez, han intentado reducir el rigor penal de este artículo. Su interpretación consiste en considerar que es necesario que concurran las tres circunstancias, por lo que, si solo están presentes dos de ellas, se aplicaría el artículo 139. Es del todo fallida e indefendible dicha tesis, puesto que de la literalidad de la ley se infiere que basta con que concurran dos agravantes para aplicar el artículo 140. En caso de concurrir tres, se tomará en consideración para graduar la pena⁴⁰.

Otros autores como Gracia Martín y Vizueta Fernández, rechazan el criterio del artículo 140 por considerarlo desproporcionado, al imponer una pena restrictiva de la libertad superior a los quince años, frontera en la que los resultados de varias investigaciones empíricas y la doctrina mayoritaria, consideran las sanciones de “inhumanas”.

IV. REFORMA PENAL DEL DELITO DEL ASESINATO INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO

4.1.- Cuadro comparativo de la regulación del tipo delictivo antes y después de la reforma

Es sorprendente el alcance de la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en relación a los delitos sobre la vida humana independiente. Sobre todo si se tiene en consideración que en anteriores Anteproyectos no había modificación alguna de los tipos delictivos del homicidio y asesinato⁴¹.

³⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Derecho penal español parte especial (I)*, ob. cit., p. 107.

³⁹ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p.159.

⁴⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Derecho penal español parte especial (I)*, ob. cit., p. 107.

⁴¹ SANZ MORÁN, A.J. “La reforma de los delitos contra la vida”, en MAQUEDA ABREU, M^a L., MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (coord.). *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho*.

Se trata de una de las reformas más significativas y cuestionadas, sobre todo si se tiene presente que el número de casos de delincuencia es inferior en relación con los de países de nuestro entorno, que dicha modificación se caracteriza por la asignación a dichas figuras delictivas de marcos penales muy elevados en relación con la regulación anterior ⁴², que como resultado se ha creado una regulación confusa y compleja del delito de asesinato frente a la simplificación que presenta este tipo delictivo en el Derecho comparado y por último, que se contraponen a la finalidad del legislador de 1995 de reducir el alcance del tipo delictivo del asesinato ⁴³.

Tal y como se afirma en el apartado I del Preámbulo de la LO 1/2015, el paso del tiempo y las nuevas necesidades sociales, exigen realizar cambios en la normativa penal. Como consecuencia de ello, con esta reforma se llevó a cabo una revisión y actualización de las penas, lo que ha dado lugar a un sistema ágil. También se incluyen nuevos tipos delictivos y se ajustan los ya existentes (como es el caso del homicidio y el asesinato) para adaptarse y dar respuesta a las nuevas modalidades de delincuencia.

Las modificaciones más importantes en cuanto a la regulación del tipo delictivo del asesinato, suponen cambiar la redacción de los antiguos artículos 139 y 140 CP, para ser ambos incorporados al nuevo artículo 139. El nuevo artículo 140 presenta una redacción completamente nueva, al introducir la pena de la prisión permanente revisable y se introduce de forma novedosa también el artículo 140 BIS.

Como indica la STS 102/2018, de 1 de marzo, *“la nueva regulación permite distinguir tres escalones en el delito de asesinato: (i) el tipo básico del art. 139 (prisión de 15 a 25 años); (ii) el asesinato agravado del art. 139.2 (cuando concurren dos circunstancias cualificadoras: prisión de 20 a 25 años); y (iii) el asesinato hiperagravado o singularmente grave del art. 140 (prisión permanente revisable)”*.

Estas reformas se pueden sintetizar en el siguiente cuadro ⁴⁴:

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. 821.

⁴² PEÑARANDA RAMOS, E. “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*, nº13 (2017), p. 14.

⁴³ PEÑARANDA RAMOS, E. “Delito de asesinato: arts. 139,140 y 140 bis CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.) y GÓMEZ-ALLER, J. (coord.). *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2013, pp. 492-493.

⁴⁴ Tabla recogida del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. (2015). Cuadro comparativo: 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. *Observatorio de la justicia y de los abogados*, pp. 147-149.

	LO 10/1995 ANTERIOR A LA REFORMA	LO 10/1995 REFORMADA POR LA LO 1/2015
MODIFICACIÓN ART. 139	<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>1º Con alevosía</i></p> <p><i>2º Por precio, recompensa o promesa</i></p> <p><i>3º Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.</i></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>1º Con alevosía</i></p> <p><i>2º Por precio, recompensa o promesa</i></p> <p><i>3º Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.</i></p> <p><i>4º Para facilitar la comisión de oro 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>
MODIFICACIÓN ART. 140	<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><i>1.El asesinato será castigado con la pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:</i></p> <p><i>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 física o mental.</i></p> <p><i>2º Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.</i></p> <p><i>3º 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</i></p>

		<i>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>
INTRODUCCIÓN NUEVO ART. 140 BIS		<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>

Se puede apreciar la mayor dificultad que introduce la LO 1/2015 en la regulación del asesinato, puesto que a las tres circunstancias agravantes configuradoras del tipo para las que se impone la pena de prisión, se añade una cuarta (para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra). Además, se incluyen otras tres circunstancias “hipercualificantes” en otro precepto diferente, para las que se aplica la prisión permanente revisable. En los apartados siguientes se contiene una breve alusión a cada una de las modificaciones introducidas por la citada reforma.

A) Introducción de la prisión permanente revisable

Con la reforma del 2015, el legislador introduce la pena de prisión permanente, por muchos denominada “perpetua”, a la que añade el calificativo de “revisable”, lo que no impide que pueda haber casos en los que el penado resida en prisión de por vida. De acuerdo con Peñaranda Ramos, la inclusión de esta pena supone la novedad más llamativa introducida por la LO 1/2015 y sobre la que se configura la nueva redacción del delito del asesinato ⁴⁵. Su justificación se encuentra en el apartado I de la Exposición de Motivos de la mencionada LO cuando se afirma:

“La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en

⁴⁵ Afirmación de PEÑARANDA RAMOS extraída del trabajo de SANZ MORÁN, A.J. “La reforma de los delitos contra la vida”, ob. cit., p. 824.

la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido”.

De esta exposición, puede inferirse su aplicación restrictiva en casos de asesinatos de especial gravedad (art. 140 CP), muertes causadas por atentados terroristas (art. 573 BIS CP), los homicidios del rey o su heredero (art. 485 CP), de jefes de Estado de países extranjeros (art. 605 CP), así como para las agresiones sexuales, lesiones graves (previstas en el art. 149 CP) o muertes en los casos de genocidio y crímenes de guerra (art. 607.1 y 607.1 BIS CP) y por último, en los crímenes de lesa humanidad (art. 607 BIS CP).

El estudio en profundidad de esta novedad introducida por la reforma de 2015, se realizará en el Apartado V del presente trabajo.

B) Modificación del régimen de penas

Es llamativo cómo la incorporación a la regulación penal de la prisión permanente revisable intensifica el rigor punitivo del delito de asesinato. Cuestión que ha sido de nuevo criticada por la doctrina, ya que con la regulación anterior la tasa de homicidios dolosos y asesinatos en España era muy inferior en relación con los países europeos, según los datos recogidos por Eurostat ⁴⁶.

En primer lugar, llama la atención el endurecimiento punitivo que sufre el delito en su modalidad básica, elevándose el límite superior de los 20 a los 25 años. Este aumento importante de la duración de la pena, a pesar de ser justificado en el Preámbulo de la LO 1/2015 para permitir a los tribunales la fijación de la pena justa, no se ha librado de detractores, especialmente si se considera que el asesinato se estructura igual excepto por la introducción de una nueva circunstancia agravante en el apartado cuarto del art. 139.1 CP.

Se introduce un segundo apartado en el art. 139 CP, para el que se prevé la imposición de la pena anteriormente referida en su mitad superior, en caso de converger más de una de las circunstancias del apartado primero. Este precepto coincide con el antiguo art. 140 CP previo a la reforma de 2015, en el que para la pena del asesinato agravado por la concurrencia de más de una de las circunstancias del art. 139 CP, era de 20 a 25 años.

⁴⁶ PEÑARANDA RAMOS, E. “Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma del 2015 del Código Penal”, en BACIGALUPO SAGGESE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y ECHANO BASALDUA, J.I. (coord.). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid (Ramón Areces) 2016, p. 1269.

Es importante destacar que, con este incremento generalizado de las penas del tipo del asesinato, se aleja cada vez más dicho castigo respecto del impuesto para el autor de un delito de homicidio (10 a 15 años de prisión, siendo posible la imposición de la pena en su mitad superior en caso de concurrir los casos previstos en el art. 138.2 CP). Mientras que el límite mínimo del delito de asesinato y de homicidio, en sus modalidades básicas, se diferencian en 5 años, con la nueva reforma de la LO 1/2015, los límites superiores distan 10 años.

Todas estas modificaciones fueron criticadas desde el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de octubre de 2012, por considerarlas incompatibles con la necesidad de taxatividad propia de las sanciones penales ⁴⁷.

C) Incorporación de la cuarta circunstancia configuradora del asesinato: art. 139.1.4º CP

Si pasamos ahora a considerar las circunstancias agravantes del delito de asesinato, se puede observar que con la reforma de la LO 1/2015 se añade una nueva a las tres existentes, en el apartado 4º del art. 139.1 CP que dice así *“para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”*. Se trata en realidad de dos nuevas circunstancias de difícil interpretación (no queda claro si es necesario que el autor que causa la muerte sea también el autor del delito que se pretende facilitar o encubrir) y muy cuestionadas por la doctrina, debido a la adición de una nueva categoría agravante cuando la tendencia en la evolución histórica era reduccionista ⁴⁸ y sobre todo, si se tiene en cuenta que el tipo delictivo del asesinato había permanecido invariable a pesar de las múltiples reformas que ha sufrido el CP desde 1995.

La incorporación de dicha circunstancia ha sido llamativa. Si bien desde sus inicios el asesinato recibía esta calificación por la concurrencia de determinadas características que demostraban por sí mismas la gravedad de los hechos y la imposibilidad de considerarlos como un simple homicidio, no se puede afirmar lo mismo de esta nueva regulación, ya que

⁴⁷ Tal y como se afirma en ÁVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL. A. “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis), en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi) 2015, p. 331, el informe del CGPJ decía así *“se eleva la pena máxima del asesinato, que pasa a estar sancionado con la pena de prisión de quince a veinticinco años. En consecuencia, se amplía el marco penal, que pasa de cinco a diez años, fijando así un marco penal tan extenso (de diez años) que puede hacer ilusoria la exigencia de la determinación de la pena en el precepto penal inherente al principio de legalidad penal”*.

⁴⁸ Si se hace un breve recorrido por la codificación penal española, en el CP de 1822 eran siete los supuestos que daban lugar al asesinato. En el CP de 1848 dichas circunstancias se reducen a cinco, siguiendo la misma línea el CP de 1870.

en este caso es únicamente la finalidad perseguida por el autor de los hechos, lo que justifica su calificación como asesinato ⁴⁹.

Sin embargo, en el Derecho comparado ya existían circunstancias similares a la que estamos analizando en este apartado, relacionadas con la motivación o intención del agente. Es el caso del Código penal de Alemania (parágrafo 211.II), el Código penal de Francia (art. 221.2) o el Código penal de Italia (art. 577) ⁵⁰.

Siguiendo en la línea del Derecho comparado, en muchos Códigos penales esta nueva modalidad agravatoria se califica como una modalidad cualificada del homicidio, como ocurre en los códigos alemán, italiano y francés, entre otros. En cambio, la tipificación de esta circunstancia 4ª en la legislación penal española como “*homicidio criminis causae*”, no tiene precedentes ⁵¹.

No han dejado de surgir dudas entre los autores, acerca de si la simple concurrencia de esta nueva circunstancia supone estar en presencia de un homicidio tan grave que requiera ser tratado propiamente como asesinato ⁵², por eso debe ser en todo caso esta nueva circunstancia objeto de interpretación restrictiva ⁵³. De hecho, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de CP, se manifestó sobre la conveniencia de incluir esta nueva agravante, por los problemas que ocasionaría desde el punto de vista concursal y de la lesión del principio “*non bis in ídem*”.

El análisis de esta nueva circunstancia agravante y de las dos modalidades que la integran, serán objeto de análisis detallado en el Apartado V del presente trabajo.

⁴⁹ SIERRA LÓPEZ, Mª.V. “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*, nº21 (2019), p. 20.

⁵⁰ SIERRA LÓPEZ, Mª.V. “El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra”, ob. cit., p. 4.

⁵¹ 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*, nº29 (2014), p. 216.

⁵² PEÑARANDA RAMOS, E. “Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma del 2015 del Código Penal”, ob. cit., p. 1271.

⁵³ Tal y como afirma PEÑARANDA RAMOS, E. en “Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma del 2015 del Código Penal”, ob. cit., p. 1275 “*los supuestos en los que se tiende a considerar, una vez efectuada una interpretación restrictiva, que la intención de facilitar o de ocultar la comisión de otro delito dota a la conducta homicida de una especial gravedad, muestran de un modo muy general aquellas características que permitían ya considerarlos como asesinatos cualificados por la concurrencia de la circunstancia cualificativa de alevosía*”.

D) Nueva fórmula del asesinato agravado: art. 139.2 CP

La regulación relativa a los supuestos de concurrencia de más de una de las circunstancias agravantes del art. 139.1 CP, no ha sufrido modificación, salvo en la forma de designación de la pena aplicable *“se impondrá la pena en su mitad superior”*.

En el antiguo art. 140 CP previo a la reforma de 2015, la pena del asesinato agravado por la concurrencia de más de una de las circunstancias del art. 139 CP, era de 20 a 25 años, igual que en la actual regulación contenida en el art. 139.2 CP. Es por lo tanto llamativo, como elevándose la pena del tipo básico (en vez de 15 a 20 años se pasa de 15 a 25 años), sin embargo, la del tipo agravado es idéntica antes y después de la reforma.

E) El asesinato hiperagravado: art. 140 CP

Como consecuencia de la reforma introducida por la LO 1/2015, en el art. 140 CP se recoge la modalidad de asesinato “hiperagravado” en función de que concurra alguna de las tres siguientes circunstancias, para las que se prevé la nueva pena de la prisión permanente revisable: *“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”*; *“que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”*; *“que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal”*.

El tipo hiperagravado del asesinato (art. 140.1 CP) conformado por tres circunstancias y su apartado segundo (art. 140.2 CP), se analizarán de forma detallada en el Apartado V del presente trabajo.

F) Nuevo artículo 140 BIS CP: la libertad vigilada

Con la LO 1/2015 se introduce el nuevo artículo 140 BIS CP que afirma *“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”*.

Esta medida se regula en los arts. 96 a 98 CP, siendo una medida de seguridad no privativa de libertad, tal y como se regula en el art. 96.3.3ª CP. Esta se impone a un sujeto que previamente ha cumplido una pena de privación de libertad (ya sea una pena de prisión o la prisión permanente revisable). De acuerdo con el art. 105.1 a) CP, su duración no podrá ser superior a 5 años, mientras que en el art. 106 CP se concretan las medidas que debe cumplir el condenado a través de las cuales éste se somete a control judicial.

El estudio en profundidad de los antecedentes legales de la libertad vigilada hasta su actual configuración a raíz de la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se realizará en el Apartado V del presente trabajo.

V. REGULACIÓN ACTUAL DEL DELITO DE ASESINATO TRAS LA REFORMA

Una vez analizado cómo ha evolucionado la regulación del delito de asesinato en los sucesivos Códigos penales hasta el actual y la tan controvertida reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el siguiente paso consiste en el análisis y el estudio detenido de los caracteres básicos conformadores de este tipo delictivo después las innumerables reformas que ha sufrido a lo largo de su historia y en cómo los tribunales españoles, ante los diversos problemas planteados, han ido sentando jurisprudencia.

5.1.- Ubicación sistemática y bien jurídico protegido: vida humana independiente

Es en el Título I del Libro II relativo a los *“Delitos y sus penas”* del actual Código penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre) bajo la rúbrica *“Del homicidio y sus formas”*, donde se regulan los tipos delictivos contra la vida humana independiente. Dentro del mismo se encuentran el delito de homicidio; el delito de asesinato, objeto de análisis del presente trabajo, en su modalidad básica (art. 139.1), agravada (art. 139.2) e hiperagravada (art. 140); la inducción y cooperación al suicidio y el homicidio a petición⁵⁴ (art. 143)⁵⁵.

El bien jurídico objeto de protección para este catálogo de delitos, es la vida humana en sí misma, tratándose además de un derecho fundamental que recoge la Constitución española de 1978 en el Título I *“De los derechos y deberes fundamentales”* Capítulo II relativo a los *“Derechos y libertades”* de la Sección 1ª *“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”*, en su art. 15 al afirmar que *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”*.

⁵⁴ Todo ello sin perjuicio de la reforma introducida por la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que añade un nuevo apartado 5º al art. 143 CP, que despenaliza las conductas eutanásicas, siempre que se realicen bajo el estricto cumplimiento de lo previsto en la citada LO *“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia”*.

⁵⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J. “Del homicidio y sus formas (I). El homicidio”, en CARMONA SALGADO, C., COBO DEL ROSAL, M., DEL ROSAL BLASCO, B., RUS GONZÁLEZ, J.J., MORILLAS CUEVA, L., QUINTANAR DÍEZ, M. y COBO DEL ROSAL, M. (coord.). *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid (Dykinson, S.L.) 2005, p. 69.

De esta afirmación obtiene su justificación la función protectora del Derecho penal del bien jurídico “vida” sin tomar en consideración la voluntad del individuo, que no puede disponer a su antojo de ella (aunque sea su titular), por lo que tampoco puede consentir para que se le desposea de la misma. De igual manera, tal y como afirma Muñoz Conde *“también se protege, independientemente de la estimación que de esa vida haga la sociedad que no puede decretar, en ningún caso, el exterminio de seres que representan una carga social”*⁵⁶.

La protección que la legislación penal brinda a la vida humana, viene limitada por la temporalidad de esta, puesto que al igual que cualquier otro fenómeno biológico, pasa por las fases de nacimiento, desarrollo y muerte⁵⁷. Además, se añade el problema relativo a la delimitación certera, desde el punto de vista científico, del comienzo y final de la vida, puesto que se trata de un fenómeno dinámico. Es necesario precisar estos límites, no solo desde un punto de vista científico o moral, sino sobre todo, y en lo que a este trabajo interesa, por razones jurídico-penales, puesto que de ello deriva la distinción entre los delitos contra la vida humana dependiente e independiente⁵⁸.

A modo de breve referencia, la vida humana dependiente comprende aquellos estadios en los que el ser humano está ligado a la progenitora que lo gesta, lo que hace que la vida de dicho ser humano se haga depender de esta. En cambio, la vida humana independiente comprende aquellas fases de la vida en las que el ser humano tiene entidad y capacidad propias y autónomas respecto a su gestante, pudiendo vivir de manera independiente a esta.

La tutela que el ordenamiento jurídico penal ofrece a la vida humana independiente comprende el periodo temporal distante entre dos momentos:

-El momento relativo al comienzo de la vida independiente. Se trata de una cuestión bastante controvertida, en tanto que en ninguno de los tipos delictivos del Título I se contiene información que aclare esta cuestión. Se trata de un auténtico problema de naturaleza jurídica⁵⁹, cuya resolución requiere partir de explicaciones biológicas⁶⁰.

En la legislación española, el inicio de la vida humana independiente tiene lugar con el acto propio del nacimiento, que de acuerdo con el art. 30 del Código Civil se produce con el “entero

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 27.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p.27.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., pp.27-28.

⁵⁹ Tradicionalmente, la principal preocupación relativa al respecto, era esquivar que determinadas conductas quedaran libres de pena, ante la imposibilidad para diferenciar su calificación como un delito que atentaba contra la vida humana dependiente o contra la independiente.

⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p.28.

desprendimiento del seno materno”⁶¹, siempre y cuando la persona hubiera nacido viva. De forma que, mientras esta circunstancia no se produzca, cualquier ataque contra la vida, que será calificada de dependiente, conformará el tipo delictivo de aborto o de lesiones al feto.

-El momento relativo al final de la vida independiente. Esto ocurre con el fallecimiento de una persona. Ante la falta de precisión de este concepto, es conveniente acudir al art. 3.11 del Real Decreto 1723/2012⁶² en el que se define el diagnóstico de la muerte como el “*proceso por el que se confirma el cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o de las funciones encefálicas, de conformidad con los criterios establecidos en este real decreto*”.

5.2.- Naturaleza jurídica: relación asesinato-homicidio

La relación entre los delitos de asesinato y homicidio es evidente, puesto que como ya se ha mencionado, ambos suponen un ataque contra el bien jurídico “vida humana”. La cuestión por tanto controvertida y objeto de análisis en el presente apartado, consiste en determinar si se trata de dos tipos delictivos autónomos. Es decir, si el asesinato es un delito *sui generis* con sustantividad propia, o si por el contrario, el homicidio es el tipo básico de todos los delitos contra la vida, siendo meramente el asesinato un “homicidio cualificado”⁶³.

El propio CP de 1995 no ofrece soluciones al respecto, lo que ha dado lugar a la aparición de corrientes doctrinales defensoras tanto de la autonomía como de la dependencia del delito de asesinato a través de argumentos muy diferenciados, traduciéndose inevitablemente en una falta absoluta de unanimidad.

Considerar o no el asesinato como delito independiente, tiene importantes consecuencias. Por ejemplo, en lo que atañe a la posible aplicación del error o en lo relativo a la participación criminal. En este último caso, si se considera que ambos delitos son independientes, el inductor o cómplice del delito, es castigado con la pena del delito de asesinato. En cambio, si se considera que son dos delitos dependientes, el autor del hecho recibe la pena del asesinato, mientras que el cooperador la respectiva del homicidio.

Al margen de la controversia relativa a la consideración del asesinato como dependiente o autónomo, parece haber cierta unanimidad en la doctrina al afirmar que es la efectiva

⁶¹ Tal y como afirma MUÑOZ CONDE, F. en su libro *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p.28. “*es indiferente que tras la expulsión se produzca el corte del cordón umbilical, o que en el caso de parto por cesárea, la expulsión se produzca por extracción del vientre materno, o que se haya producido ya o no la respiración pulmonar autónoma del recién nacido*”.

⁶² Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

⁶³ PEÑARANDA RAMOS, E. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Madrid (Editorial B de F Ltda.) 2014, p. 99.

conurrencia de las circunstancias previstas en el art. 139.1 CP lo que caracteriza al delito de asesinato y permite diferenciarlo del homicidio ⁶⁴. Sin embargo, a partir de esta idea han surgido dos tendencias diferenciadas.

Mientras algunos autores como Gracia Martín, Vizueta Fernández o Martos Núñez, afirman que en realidad el asesinato no deja de ser un homicidio agravado, a pesar de que conforme a su texto constituya un delito específico ⁶⁵, otros como Quintano Ripollés, aludiendo a una STS de 23 de noviembre de 1934, afirma que *“dicho tribunal dispuso no ser admisible que los diferentes tipos que figuran bajo la rúbrica de homicidio, constituyan un mismo delito, subsistiendo por el contrario, el tipo específico de asesinato, no siendo este delito un homicidio simple agravado, sino un delito distinto y más grave, caracterizado por las circunstancias cualificativas que lo definen”*⁶⁶. Por ello podemos encontrar motivos a favor y en contra de la autonomía del delito del asesinato.

Razones a favor de la autonomía del delito de asesinato.

Existen motivos de carácter histórico a través de los cuales algunos autores han defendido que no cabe duda respecto de la independencia del tipo delictivo objeto de análisis respecto de los demás delitos contra la vida. Esta argumentación la justifican en que, desde el Código penal de 1870, la regulación del asesinato siempre se ha contenido en un capítulo diferente al del homicidio, manteniéndose en el CP actual (en el art. 138 se regula el homicidio y en los arts. 139 y 140 el asesinato) ⁶⁷.

Incluso de la propia literalidad de los preceptos en que se regulan ambos delitos, son manifiestas las diferencias entre ambos, tienen un *nomen iuris proprio*. Mientras que el art. 138.1 CP afirma *“el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio [...]”*, el art. 139.1 CP afirma *“será castigado [...] como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes [...]”*.

Por otra parte, son importantes las razones de tipo criminológico. Autores como Serrano Gómez y Martos Núñez, defienden que *“existen realidades biopsíquicas y sociológicas de asesinos perfectamente diferenciadas de las de simples homicidas, generalmente más acusados perfiles que las de éstos”*

⁶⁴ Tal y como se desprende de la literalidad del art. 139.1 CP *“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 [...]”*.

⁶⁵ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 121 y MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*, ob. cit., p. 23.

⁶⁶ QUITANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código Penal*, Madrid (Revista de Derecho Privado) 1966, p. 73 y ss.

⁶⁷ PEÑARANDA RAMOS, E. *Estudios sobre el delito de asesinato*, ob. cit., p. 104.

⁶⁸, lo que da lugar a la aparición de perfiles criminológicos diferentes en cada delito. Con carácter general, el asesinato suele ser más planificado y elaborado mientras que el homicidio es más pasional.

En relación con el aspecto sociológico, se entiende que los hechos que constituyen el asesinato son desvalorados por considerarse de especial gravedad para la sociedad. El fundamento radica en la mayor culpabilidad del sujeto como se desprende de las circunstancias del art. 139.1 CP, ya que la peligrosidad por sí misma no es presupuesto de pena ⁶⁹. Cobo del Rosal y Del Rosal Blasco, afirman que la autonomía del asesinato reside en el desvalor del resultado producido, ya sea por lesionar o poner en peligro la vida humana.

Otras razones son de tipo dogmático y político-criminal, y atienden a la pena impuesta para cada delito, siendo importantes las diferencias en cuanto a su duración. Mientras que para el homicidio se prevé una pena de 10 a 15 años, en el asesinato esta es de mayor gravedad, siendo en la modalidad básica de 15 a 25 años, llegando incluso a imponerse la pena de prisión permanente revisable. Algunos autores como Muñoz Conde argumentan en este sentido que *“la muerte de una persona a consecuencia de la acción realizada por otra, valiéndose de medios peligrosos o revelando una especial maldad o peligrosidad, ha sido tradicionalmente castigada más severamente que el simple homicidio, constituyendo el delito llamado asesinato; delito autónomo y no un mero homicidio cualificado”* ⁷⁰.

Otros autores como Queralt Jiménez justifican la autonomía del asesinato en base a las penas impuestas, alegando que las que se aplican para el delito de asesinato, son en todo caso, las de mayor gravedad e intensidad de toda la regulación penal ⁷¹. De hecho, este era el delito para el que durante muchos años, el castigo aplicado era la pena de muerte e incluso en la actualidad con la reforma introducida por la LO 1/2015, es posible aplicar la pena de la prisión permanente revisable ⁷².

González Rus afirma que la razón de ser que permite imponer penas más elevadas para el delito de asesinato, y que por tanto justifica su agravación y autonomía del homicidio, reside en la gravedad que reviste el asesinato cuando concurren las circunstancias del art. 139 CP,

⁶⁸ MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*, ob. cit., p. 23.

⁶⁹ MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*, ob. cit., p. 24.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., pp. 40 y ss.

⁷¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona (JM Bosch Editor) 1992, p. 23.

⁷² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 46.

ya sea porque suponen un plus al injusto del homicidio o porque la conducta en sí misma sea más reprochable, lo que deriva en la mayor culpabilidad de quien asesina frente al que simplemente mata. El mayor contenido de injusto se puede apreciar en la circunstancia del ensañamiento, puesto que se aumenta deliberada y conscientemente el daño causado a la víctima; también en la alevosía como consecuencia del propósito del autor de asegurar tanto la ejecución del hecho como el desvalimiento de la víctima; de igual manera en el precio, recompensa o promesa puede encontrarse el mismo motivo de agravación ⁷³.

Razones en contra de la autonomía del delito de asesinato.

Uno de los principales motivos por el que gran parte de la doctrina puede justificar la dependencia del asesinato respecto al homicidio, atiende a la propia rúbrica del Título I del Libro II *“Del homicidio y sus formas”*. De esta afirmación parece entenderse que todos los delitos en él contenidos, son meras variantes del homicidio ⁷⁴. En este sentido se posicionan autores como González Rus, quien afirma que con dicha rúbrica ya se determina qué naturaleza se le pretende otorgar al asesinato.

Este mismo autor considera también que apenas hay diferencias entre las circunstancias agravantes específicas del delito de asesinato en el art. 139.1 CP y las genéricas del art. 22 CP, por lo que las escasas diferencias son en realidad una agravación del delito de homicidio. Sirviendo de base este argumento, Peñaranda Ramos considera que *“el asesinato no es un “alind” sino un “plus” con respecto al homicidio”* ⁷⁵.

Es equívoco que en realidad exista un tipo criminológico para los asesinos que se diferencie del de los homicidas, puesto que a partir de las circunstancias que configuran el delito de asesinato, no se justifica de manera suficiente una mayor predisposición criminal de un asesino y aun siendo así, defiende González Rus que *“en un Estado social y democrático de derecho, deben ser las características del hecho y no la personalidad del autor las que fundamenten la pena”* ⁷⁶.

La falta de consenso entre los autores, ha llevado a que algunos de ellos no hayan calificado de forma absoluta al delito de asesinato como dependiente o autónomo, sino que lo consideran como *“un tipo materialmente dependiente del homicidio, aunque formalmente autónomo. Y*

⁷³ GONZÁLEZ RUS, J.J. “Formas de homicidio (2). Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia”, en CARMONA SALGADO, C., COBO DEL ROSAL, M., DEL ROSAL BLASCO, B., RUS GONZÁLEZ, J.J., MORILLAS CUEVA, L., QUINTANAR DÍEZ. M. y COBO DEL ROSAL, M. (coord.). *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid (Dykinson, S.L.) 2005, p. 94.

⁷⁴ PEÑARANDA RAMOS, E. *Estudios sobre el delito de asesinato*, ob. cit., pp. 107-108.

⁷⁵ PEÑARANDA RAMOS, E. *Estudios sobre el delito de asesinato*, ob. cit., p. 110.

⁷⁶ PEÑARANDA RAMOS, E. *Estudios sobre el delito de asesinato*, ob. cit., p. 108.

precisamente su autonomía formal proviene de la existencia de circunstancias, sin las cuales no tendría nomen iuris propio. En este sentido, las circunstancias suponen la calificación del delito de asesinato, pero materialmente no comportan modificación alguna respecto al homicidio”⁷⁷.

5.3.- Tipo básico: art. 139.1 CP

Una vez analizado que el bien jurídico objeto de protección es la vida y que no hay unanimidad en la doctrina acerca de la naturaleza dependiente o autónoma del asesinato respecto del homicidio, nos vamos a centrar ahora en los términos en los que el delito estudiado se regula en la actualidad, especialmente después de las modificaciones indicadas con anterioridad introducidas por la reforma de 2015.

Para cada una de las modalidades (básica, agravada e hiperagravada) se analizan los tipos objetivo y subjetivo. El primero hace referencia a los elementos constitutivos del hecho en sí mismo, es decir, qué hizo el autor que cometió el asesinato. Mientras que el tipo subjetivo se refiere a los elementos volitivos del autor del delito, tanto psíquicos como intelectuales, es decir, en qué pensaba el asesino cuando cometía dichos hechos.

El tipo básico es el contenido en el art. 139.1 CP, de acuerdo con el cual se impondrá la pena de prisión de 15 a 25 años al que matare a otra persona, como reo de asesinato, siempre que concurra alguna de las circunstancias enumeradas en dicho precepto.

A) Tipo objetivo

Como se ha ido mencionado en varios apartados de este trabajo, los delitos de asesinato y homicidio presentan características comunes. En ambos el bien jurídico protegido es la vida humana independiente, siendo por ello el objeto material la propia persona física viva. Por lo que se refiere a los sujetos, tanto el activo (el autor) como el pasivo (la víctima) son indiferenciados⁷⁸, puesto que el Código se refiere a ellos como “*el que matare a otro*”.

La cuestión que se plantea ahora es si este delito cabe tanto en la modalidad activa como omisiva. A pesar de que la conducta típica en el homicidio y en el asesinato es idéntica, esta

⁷⁷ VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, M.L., BORJA JIMÉNEZ, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (autores) y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.). *Derecho penal. Parte especial*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2019, p. 62.

⁷⁸ Sin embargo, esta afirmación puede matizarse en casos en los que se ofrece un tratamiento especializado en función de quien sea la víctima a la que se da muerte. Ejemplo de ello son el art. 605 CP referido a la muerte del Jefe de un Estado extranjero o de una persona protegida a nivel internacional por la aplicación de un Tratado; el art. 485 CP relativo al que matare al Rey, Reina, Príncipe o Princesa de Asturias, 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; y el art. 573 BIS CP para los delitos de terrorismo.

pregunta no se plantea en el primero, puesto que no es necesario que concurra ninguna circunstancia más que el simple hecho de dar muerte a otro. En cambio, en el asesinato, es necesario analizar si cabe esta posibilidad para cada una de las circunstancias del apartado primero del art. 139 CP ⁷⁹.

La circunstancia alevosa en principio parece incompatible con la modalidad omisiva, puesto que esta consiste en el uso de medios que aseguren la ejecución del delito, así como la indefensión de la víctima. Por ello, la alevosía precisa de un ataque material de carácter necesariamente activo ⁸⁰. Esta es la postura que ha mantenido gran parte de la doctrina y por la cual se inclina también la jurisprudencia, destacando las STS de 26 de abril de 1974 y de 21 de diciembre de 1977.

El ensañamiento tampoco en principio parece que admita la conducta omisiva, puesto que *“aunque una omisión pueda suponer una prolongación del dolor de la víctima, si es consustancial a la muerte, no será determinante del ensañamiento por no ser innecesaria, y si no lo es, será porque la muerte se habrá producido de modo activo”* ⁸¹. Esta circunstancia podría tener sentido en aquellos casos en que el asesino, que actúa como garante de la vida de la víctima, no prevea dolores innecesarios a esta y se produzca como resultado una muerte lenta.

En cambio, en el caso de las circunstancias 3^a (por precio, recompensa o promesa) y 4^a (para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra), es posible admitir la conducta omisiva. Lo que se necesitaría en estos supuestos es que se de muerte a otra persona por inacción y concurriendo dichas circunstancias.

Por lo que se refiere al resultado del delito, este no puede ser otro que causar la muerte de una persona, lo que convierte al asesinato en un delito de resultado, mediando un nexo causal entre los actos que llevó a cabo el sujeto y que constituyeron la acción de matar y la muerte efectiva de la víctima.

A pesar de todas las similitudes que se acaban de mencionar entre el homicidio y el asesinato, es como ya se ha mencionado, la convergencia de alguna de las circunstancias del art. 139.1

⁷⁹ VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, M^a.L., BORJA JIMÉNEZ, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (autores) y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.). *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 63.

⁸⁰ VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, M^a.L., BORJA JIMÉNEZ, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (autores) y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.). *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 63.

⁸¹ VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, M^a.L., BORJA JIMÉNEZ, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (autores) y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.). *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 63.

CP a continuación analizadas, lo que diferencia ambos tipos delictivos, bastando la concurrencia de solo una de ellas para calificar el delito como asesinato.

La alevosía: art. 139.1.1ª CP.

Son múltiples las definiciones que han ofrecido los autores sobre esta circunstancia. De entre todas ellas, de forma sintética señala Cerezo Mir, que el fundamento básico de la alevosía implica asegurar la ejecución⁸² tratando de evitar los riesgos derivados de una hipotética defensa del atacado. Por ello es imprescindible que tanto el aseguramiento de la ejecución como la prevención de los riesgos derivados de una posible defensa, vayan unidos⁸³. Sin embargo, en ningún caso es requisito ineludible que el autor haya conseguido alcanzar dichos objetivos. Además, la alevosía requiere de la existencia de un ánimo cobarde, entendiendo por tal *“la evitación consciente e intencionada por parte del autor de los riesgos intrínsecos a su acción [...] El autor provoca la indefensión de la víctima para asegurarse porque actúa de manera cobarde”*⁸⁴.

Por ello, el fundamento de la agravante de la alevosía no reside únicamente en asegurar el hecho de forma que se evite la defensa de la víctima, sino también en la indefensión en que se encuentra esta, situación que es creada y aprovechada por el autor del delito⁸⁵. Dicha indefensión, no requiere ser absoluta y total para poder apreciar la agravante de la alevosía, sino que es suficiente *“la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados y la tendencia a conseguir su eliminación”*⁸⁶. Por lo tanto, es posible la existencia de la circunstancia alevosa en aquellos casos en que la víctima haya intentado defenderse.

La circunstancia alevosa debe ir siempre relacionada con la acción de dar muerte a otra persona, por lo que solo existe dicha agravación cuando la realiza el propio autor. Sin embargo, la doctrina mayoritaria determina que es suficiente con que éste utilice medios de ejecución que le vengán predeterminados y se aproveche de los mismos, no siendo necesario que los haya buscado o elegido él mismo. Cabe por tanto la posibilidad de que el autor use medios alevosos suministrados por otra persona.

⁸² Muchas veces, este aseguramiento del hecho, que es a su vez un aseguramiento del autor, se determina porque se aminoran o eliminan las capacidades de defensa de la víctima. Pero puede deberse también a la reducción o eliminación de la defensa por parte de terceros. Extraído de MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, Madrid (Editorial Reus) 2021, p. 113.

⁸³ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 123.

⁸⁴ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., p. 114.

⁸⁵ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., p. 97.

⁸⁶ Fundamento Jurídico nº5, STS 418/2020, de 21 de julio.

Es en la STS 49/2004, de 22 de enero, en la que se recogen cuatro elementos configuradores de la alevosía:

- Un elemento normativo: referido a la proyección de la alevosía sobre los delitos contra las personas. Sin embargo, tal y como afirma José Mateos Bustamante, esta exigencia no ha sido permanente desde una perspectiva histórico-legislativa ⁸⁷.

- Un elemento objetivo: referido al “modus operandi” antes descrito.

- Un elemento subjetivo: referido a la intencionalidad del autor en matar a otra persona o al menos, aprovechar la situación que permite asegurar el resultado. El ánimo requerido abarca la conciencia y la voluntad de llevar a cabo dicha acción, sin necesidad de que vaya más allá del dolo ⁸⁸.

- Un elemento teleológico: consistente en verificar si realmente la víctima estuvo en una situación de indefensión total.

La jurisprudencia del TS no se ha inclinado a lo largo del tiempo por una orientación definida acerca de la agravación alevosa, pero ha diferenciado tres fases: una primera fase: alevosía basada en la deslealtad o traición del sujeto, lo que permite relacionarlo con los términos “*vileza, cobardía o perversidad*”; una segunda fase: alevosía fundamentada en la mayor repulsa social del hecho; y una tercera fase: alevosía entendida como eliminación de toda posibilidad de defensa ⁸⁹.

Siguiendo a Mateos Bustamante se han seleccionado tres sentencias del TS, que reflejan de forma clara la evolución de la circunstancia agravante de la alevosía:

La primera de ellas, la STS de 7 de julio de 1953, se incluye dentro de la primera fase relativa a la deslealtad o traición del sujeto ya que se decía en ella que “*los hechos enjuiciados revelan un propósito de matar desenvuelto en el ambiente cobarde y ruin de toda acción alevosa, demostrativos de una perversidad superior a la normalmente informadora del resultado que se obtuvo*” ⁹⁰.

En la STS de 3 de noviembre de 1993, se inscribe dentro de la segunda fase relativa a la mayor repulsa social del hecho. En esta sentencia se diferencian dos elementos: uno objetivo

⁸⁷ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., pp. 229-230.

⁸⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Derecho penal español parte especial (I)*, ob. cit., p. 88.

⁸⁹ MATEOS BUSTAMANTE, J.. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., p. 102.

⁹⁰ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., p. 103.

(la forma en que se ejecutan los hechos que impide la defensa de la víctima) y otro subjetivo (el autor busca la vía más sencilla de cometer el crimen). Se trata de dos aspectos que revelan el modus operandi del autor, igualmente determinantes de la agravación (se sitúan en un plano de igualdad) y reflejan “la mayor repulsa social de la acción criminal”⁹¹.

Es interesante destacar la STS de 17 de junio de 2011 en la que se introduce un novedoso matiz. Además de los dos presupuestos (objetivo y subjetivo) mencionados anteriormente, se requiere para que concurra la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, que se “*aniquilen las posibilidades de defensa de la víctima*”, entendiéndose por tal el núcleo de la alevosía⁹².

Por lo que se refiere a los “medios alevosos”, son aquellos utilizados por el autor del hecho destinados a asegurar el resultado delictivo y la indefensión de la víctima. Caben tanto medios materiales como morales de tipo psicológico. Con carácter general, el uso de dichos medios estará presente desde el inicio, si bien es verdad que cabe su aparición en cualquiera de las etapas en que se ejecuta el hecho⁹³. En atención a los medios alevosos, es posible distinguir tres tipos de alevosía.

La alevosía proditoria o traicionera, en palabras de Quintero Olivares, es aquella que se produce cuando el autor “*planifica la agresión con un previo control de los movimientos de la futura víctima a fin de elegir el momento y lugar en que llevar a cabo el ataque*”⁹⁴.

La alevosía súbita, inopinada o sorpresiva tiene lugar cuando se produce un ataque inesperado para la víctima. El autor no se esconde, sino que actúa con normalidad, aunque sin revelar sus intenciones y ataca cuando la víctima no dispone de opciones para protegerse, puesto que no esperaba dicho ataque por falta de sospechas que le hicieran estar vigilante. En ocasiones es el autor el que crea un ambiente de confianza que impide a la víctima sentirse en peligro, mientras que en otras ocasiones, esta situación no se crea por él.

⁹¹ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., p. 105.

⁹² MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., p. 106.

⁹³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., ORTOS BERENGUER, E., y ROIG TORRES, M. *Esquemas de Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., p. 28.

⁹⁴ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., p. 207.

Añade Quintero Olivares que esta agresión repentina que configura la alevosía, es indiferente que se produzca mediante un ataque frontal o por la espalda, puesto que *“la incapacidad de oponer defensa procede de la sorpresa, porque de ese modo se aprovecha la desprevenición de la víctima”*⁹⁵.

La alevosía por desvalimiento es aquella que se aprovecha de la especial situación de desamparo en que se encuentra la víctima. De acuerdo con abundante jurisprudencia del TS, como en las Sentencia de 24 de abril de 2017 *“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”*.

El Tribunal Supremo menciona en su jurisprudencia la alevosía convivencial o doméstica, caracterizada porque la situación de indefensión procede de la tranquilidad y confianza de la víctima al no esperar ser atacada por una persona con la que convive, o como ocurre en la mayoría de los casos, con la que mantiene una relación sentimental⁹⁶. Esta modalidad, aunque reciba una denominación concreta, no deja de ser una modalidad de alevosía sorpresiva.

Dicha modalidad alevosa, se introdujo en la STS 86/1998, de 15 de abril, que afirmaba que *“A mayor abundamiento la Sala debe señalar que en el caso se dan todos los elementos del asesinato alevoso, dado que el autor ha causado dolosamente la muerte de la víctima y que entre ambos existía una especial relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para el occiso de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado”*.

Junto a estos aspectos la doctrina estudia también si es posible la alevosía por omisión. Algunos autores como Altés Martí, descartan la modalidad omisiva de la circunstancia alevosa, puesto que esta debe producirse tal y como afirma el art. 22.1^a CP *“empleando en la ejecución medios, modos o formas”*. En cambio, otros autores como Álvarez García, entienden que los medios alevosos pueden dirigirse tanto a la ejecución en sentido estricto como a provocar una situación de indefensión que posibilite en un momento posterior dicha ejecución sin riesgo, por lo que la alevosía cabría tanto activamente como de forma omisiva⁹⁷.

Un aspecto que conviene aquí destacar es la diferencia existente entre alevosía y abuso de superioridad. A esto se refiere la STS 626/2015, de 28 de octubre, determinando en un

⁹⁵ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., p. 207.

⁹⁶ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., p. 213.

⁹⁷ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit., p. 211.

primer momento que ambas circunstancias son homogéneas, ya que en ellas el sujeto se aprovecha de su situación de ventaja para ejecutar la agresión, frente a la situación de la víctima para defenderse del ataque. La diferencia estriba, en que en el caso de la alevosía la diferencia entre agresor y agredido es absoluta, lo que provoca *“una situación objetiva de absoluta indefensión que impide al atacado toda posibilidad de defenderse y asegura la ejecución sin riesgo para el atacante”*. Por lo que como se puede comprobar, el abuso de superioridad es intrínseco a la propia definición de alevosía. La única diferencia que ha podido determinar la jurisprudencia, es cuantitativa, siendo de mayor gravedad la alevosía.

Por último, destacar que en el Código actual se elimina, entre otras circunstancias agravantes del asesinato, el veneno, cuya utilización hoy en día para dar muerte a otra persona, es considerada como alevosía.

Por precio, recompensa o promesa: art. 139.1.2ª CP.

Esta segunda circunstancia agravante del asesinato, requiere para su concurrencia, no solo que el sujeto reciba después de llevar a cabo el hecho una determinada dádiva, sino que es también preciso que haya dado muerte a otra persona sobre la base de conseguir tal recompensa.

Por ello, puede afirmarse que dicha agravante está conformada por varios elementos:

-El ofrecimiento de un precio, recompensa o promesa expresamente de una persona a otra por ejecutar un hecho.

- Esta oferta debe haber sido el origen causal de la actuación delictiva del autor del hecho, por lo que no es suficiente la simple mediación de precio, recompensa o promesa cuando se ejecuta el hecho ⁹⁸.

-El acuerdo entre el oferente y el ejecutor debe ser previo a la realización del hecho, siendo indistinto de quien provenga la iniciativa.

- Es indiferente que la compensación se pague totalmente o en parte después de realizarse el hecho, que no se determine su cuantía o incluso que se incumpla parcialmente el pacto por parte del oferente. Es decir, el no pago del precio, recompensa o promesa no elimina la causalidad de la oferta ⁹⁹.

⁹⁸ Tal y como afirman GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. en el libro *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 131 *“si el autor ya estaba decidido a realizar el hecho con anterioridad al ofrecimiento no debe apreciarse la agravante”*.

⁹⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Derecho penal español parte especial (I)*, ob. cit., p. 93.

-Son dos los sujetos que intervienen para que se produzca esta agravante: el oferente del precio, recompensa o promesa (el inductor) y la persona que ejecuta los hechos por dichos móviles (el autor del delito). Esta cuestión ha generado debate en la doctrina, lo que ha dado lugar a dos teorías:

-- La agravante solo se aplica a la conducta de aquel que da muerte a otra persona, es decir, al autor del delito propiamente.

-- La agravante debe ser aplicada tanto al inductor como al ejecutor del hecho. La mayoría de la doctrina rechaza esta posibilidad porque supondría vulnerar el principio “*non bis in ídem*”¹⁰⁰, ya que, si es el ofrecimiento de un precio, recompensa o promesa la causa desencadenante de los hechos, habría que encontrar otro fundamento para aplicar la agravante al oferente, puesto que este no actúa con la finalidad de obtener un lucro.

Por último, destacar el debate tradicionalmente sostenido por la doctrina y la jurisprudencia, consistente en determinar si es preciso que esta circunstancia para ser una agravante, deba tener necesariamente carácter económico. Es innegable que pueden existir causas no económicas que se constituyan como móvil del delito. De hecho, autores como Mir Puig, Peñaranda Ramos o González Rus opinan que en el caso de la recompensa y la promesa se puedan incluir motivos no económicos, pero equiparables a ellos¹⁰¹. Sin embargo, la jurisprudencia termina afirmando de forma mayoritaria su índole económica¹⁰².

El ensañamiento: art. 139.1.3ª CP.

En el CP español se regula la circunstancia del ensañamiento en diferentes preceptos de su articulado¹⁰³. Durante muchas décadas, la insuficiente concreción de la regulación de esta circunstancia, ha planteado problemas relativos a la seguridad jurídica, a pesar de los intentos, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, de esclarecer su naturaleza¹⁰⁴. A todo ello, se añaden problemas extralegales, puesto que, si bien el ensañamiento se ha entendido vulgarmente de forma amplia, la jurisprudencia interpreta esta de forma restrictiva¹⁰⁵.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., ORTS BERENGUER, E., y ROIG TORRES, M. *Esquemas de Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., p. 28.

¹⁰¹ Extraído de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Derecho penal español parte especial (I)*, ob. cit., p. 92.

¹⁰² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 49.

¹⁰³ Tal y como afirma ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, Granada (editorial Comares S.L.) 2015, pp. 1-3, el ensañamiento también se prevé en el ámbito de las lesiones (art. 148.2 CP) y en los delitos de lesa humanidad (art. 607 BIS 2.1º CP por su remisión al asesinato). La referencia al ensañamiento en el delito de maltrato a los animales desapareció, puesto que resulta en estos casos “*más adecuado hablar de crueldad que de inhumanidad*”.

¹⁰⁴ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., p. 4.

¹⁰⁵ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., p. 5.

A pesar de ello, puede afirmarse que esta circunstancia se produce cuando a una persona no le es suficiente con matar a otra, sino que, de forma deliberada, inhumana, consciente y voluntaria, busca aumentar e intensificar su dolor, causándole más dolencias, tanto físicas como morales, de las que son propias del acto de acabar con la vida de alguien.

Por ello, la concurrencia del ensañamiento implica necesariamente una especial perversidad y maldad del autor, siendo este el motivo de agravación del delito de asesinato. Esta idea se refleja con claridad en la afirmación de Rodríguez Devesa y Serrano Gómez “*en el malvado propósito de hacer más vivo y sensible el sufrimiento de la víctima*”. Es decir, en una brutal maldad sin perseguir esta una concreta finalidad, lo que convierte la actitud del sujeto activo en una actuación en particular reprochable¹⁰⁶.

Sin embargo, aumentar la pena a imponer (lo que, en definitiva, conlleva calificar un hecho como asesinato y no como homicidio) en base a referencias subjetivas, valorativas y personales, supone una intromisión en el Derecho penal de autor. Por ello, es necesario entender esta circunstancia no desde el punto de vista subjetivo de la perversidad, crueldad o inhumanidad, sino desde la perspectiva objetiva de aquel que lleva a cabo acciones perversas, crueles e inhumanas. Supone por tanto, un desplazamiento desde la culpabilidad hasta el injusto¹⁰⁷.

Sirviendo de base lo anteriormente mencionado, el concepto legal del ensañamiento contiene tanto elementos objetivos-descriptivos (aumentar el dolor o el sufrimiento de la víctima mediante padecimientos innecesarios para la ejecución) como subjetivos-descriptivos (de forma deliberada) y valorativos-normativos (de forma inhumana)¹⁰⁸.

Por lo que se refiere a los elementos descriptivos de naturaleza objetiva, estos consisten en “*el aumento del dolor o del sufrimiento de la víctima causando en esta padecimientos innecesarios para la ejecución*”. De esta afirmación puede advertirse que la causación de dichos padecimientos innecesarios, conforma la circunstancia agravante general; mientras que el aumento del sufrimiento de la víctima conforma la circunstancia cualificativa propia del asesinato¹⁰⁹.

La cuestión relativa al aumento del dolor y sufrimiento de la víctima plantea la discusión de si es necesario o no diferenciar ambos conceptos. Sobre este extremo, la doctrina está dividida. Autores como Romeo Casabona, sostienen la amplitud del término sufrimiento,

¹⁰⁶ Extraído de GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 136.

¹⁰⁷ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., pp. 39-40.

¹⁰⁸ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., p. 52.

¹⁰⁹ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., p. 102.

puesto que se no se circunscribe únicamente al dolor físico, sino también al psíquico y moral. Mientras que el dolor entiende que debe ser necesariamente físico, entendiendo como tal, “*la agresión corporal que se inflige a la víctima para poder matarla*”¹¹⁰. Otros autores como Alonso Álamo entienden que no hay justificación alguna para circunscribir el ensañamiento del asesinato al dolor físico, puesto que si se aumentara de forma deliberada e inhumana el dolor psíquico, se cumpliría también la ratio de la agravante¹¹¹.

Es importante destacar que la doctrina jurisprudencial determina que no solo es necesaria la reiteración de golpes o la existencia de numerosas heridas para apreciar la agravante del ensañamiento, lo que en algunos casos se ha traducido en palabras de Quintano Ripollés, en una doctrina extrema que casi equivale a la negación de forma sistemática del ensañamiento¹¹².

La cuestión relativa a determinar si el incremento del dolor o sufrimiento debe concurrir en el momento de la acción o si puede apreciarse tanto antes como después de producirse la conducta típica, ha sido sometida a debate. La orientación más extendida, entiende que basta con una conexión ocasional que abarca más allá del tiempo de la acción, pudiendo causarse el sufrimiento antes, después o durante la ejecución¹¹³. Esta concepción enlaza con la jurisprudencia del TS que aprecia la circunstancia agravante del ensañamiento en aquellos supuestos en que se cometen actos de gran brutalidad contra la víctima antes de que comience la ejecución¹¹⁴. En contraposición a ello, se alza la postura de aquellos autores, como Puente Segura, que defienden que es necesario que la circunstancia agravante concorra en el momento de realizarse la acción típica¹¹⁵.

En relación al elemento descriptivo de naturaleza subjetiva “deliberadamente”, este hace referencia a la reflexión previa por parte del autor, de los pros y contras que tendría cometer el hecho delictivo aumentando el dolor o sufrimiento que definitivamente se decide causar¹¹⁶.

Por último, el elemento normativo-valorativo “inhumanamente”. En la actual regulación del art. 139.1.3º CP no basta con aumentar el sufrimiento de forma deliberada, sino que además

¹¹⁰ ROMEO CASABONA, C. Mª. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Madrid (Editorial COMARES) 2004, pp. 76 y ss.

¹¹¹ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., p. 105.

¹¹² ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., p. 102.

¹¹³ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., p. 108.

¹¹⁴ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., p. 108.

¹¹⁵ PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid (Constitución y Leyes, COLEX) 1997, p. 529.

¹¹⁶ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., p. 125.

se requiere que el aumento del dolor sea inhumano¹¹⁷. Incluir dicho requisito como elemento necesario para que concurra la alevosía, se ha calificado por muchos de innecesario, puesto que en el delito de asesinato la inhumanidad del ensañamiento viene ya dada por el hecho de aumentar de forma deliberada el dolor de la víctima¹¹⁸. Frente a esta crítica, afirma Alonso Álamo que en realidad la inhumanidad tiene dos aspectos: *“por un lado, que efectivamente se trate de una forma de ejecución inhumana y de otro lado, requiere de la inhumanidad del autor”*¹¹⁹.

A modo de conclusión de esta circunstancia, mencionar la necesidad de que el sujeto al que se le infligen los daños, esté vivo y presente un determinado nivel de consciencia, que le permita apreciar ese aumento del sufrimiento.

El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: art. 139.1.4^a CP.

Esta cuarta circunstancia agravante del delito de asesinato del art. 139.1 CP, no ha dejado de suscitar críticas desde su inclusión en el CP de 1995 debido a la reforma introducida por la LO 1/2015. Con la finalidad de dar sentido esta reforma, si bien de forma poco convincente para la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia afirma que esta nueva agravación *“encuentra su justificación en la insoportable banalización de la vida humana, de la propia existencia, que el autor del hecho convierte en una realidad prescindible cuando se trata de facilitar la comisión de otro delito o de evitar que se descubra el que ya ha sido cometido [...] La necesidad de una protección reforzada de la vida como bien jurídico, en esas situaciones de especial peligro en las que el autor de un delito precedente está dispuesto a matar con tal de sortear el riesgo de ser descubierto justifica la agravación. Se trata, por tanto, de castigar con mayor pena aquellos supuestos en los que la huida de la propia responsabilidad se persigue aun al precio de la muerte de otra persona”*¹²⁰.

A pesar de ello, en la actualidad siguen planteándose por la doctrina tres categorías de problemas introducidos por esta nueva agravante: de interpretación, de fundamentación y concursales¹²¹.

¹¹⁷ Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, definiendo los tratos “inhumanos” como aquellos premeditados y voluntarios, es decir, cuando revisten una mayor intensidad en relación a la exigida en una determinada forma de maltrato.

¹¹⁸ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, ob. cit., pp. 130-131.

¹¹⁹ ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, cit. nota. 146, p. 131.

¹²⁰ Fundamento Jurídico n°6, STS 418/2020, de 21 de julio.

¹²¹ 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”, ob. cit., p. 216.

Siguiendo el planteamiento de Pantaleón Díaz y Sobejano Nieto, se van a explicar los tres problemas citados para cada una de las dos modalidades que integran esta nueva agravante del apartado 4º.

- Para facilitar la comisión de otro delito.

En esta modalidad la muerte de una persona pasa a ser automáticamente considerada como asesinato si se certifica la finalidad del sujeto activo de cometer otro delito.

Son varios los problemas interpretativos que se suscitan en relación a esta modalidad. Al primero de ellos, puede responderse afirmando que en esta circunstancia se incluyen no solo los casos en que el autor pretende facilitar su propio delito, sino también en aquellos en que el autor da muerte a otra persona para facilitar que un tercero cometa otro delito ¹²².

El segundo de los problemas es el relativo a qué debe interpretarse por “otro delito”, frente a lo cual se afirma que este va referido a una conducta con relevancia penal, sin que sea posible incluir aquí ilícitos de otras características, como una infracción administrativa ¹²³.

La tercera cuestión problemática, se resuelve determinando la necesidad de que el delito que se pretende facilitar haya sobrepasado la fase de resolución y que no se haya consumado¹²⁴, ya que en el caso de ser así, nos encontraríamos en la siguiente modalidad del art. 139.1.4ª CP analizada.. De manera que una vez cumplidas estas dos exigencias, el hecho puede cometerse en cualesquiera de las siguientes etapas del *iter criminis*¹²⁵.

En relación a los problemas que permiten fundamentar la imposición de una pena más elevada a los que dan muerte a otro con la finalidad de cometer otro delito, son tres las alternativas de justificación aportadas por la doctrina, que Pantaleón Díaz y Sobejano Nieto recogen. La primera de ellas es la “agravación basada en una mayor necesidad de pena” cuya finalidad es paliar la peligrosidad del autor. Con esta teoría se entiende que alguien que es capaz de matar a otra persona, es especialmente peligroso y que por tanto, merece una pena

¹²² 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”, ob. cit., p. 218.

¹²³ 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”, ob. cit., p. 218.

¹²⁴ De acuerdo con lo previsto en 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”, ob. cit., p. 218, no se puede entender el matar a otro para facilitar un delito consumado, puesto que no puede facilitarse la comisión de un delito que ya ha sido cometido.

¹²⁵ El *iter criminis* se divide en las fases de deliberación, resolución, preparación, ejecución y consumación.

mayor. Sin embargo, esta justificación no puede admitirse en un Estado social y democrático de Derecho ¹²⁶.

La segunda justificación es la “agravación basada en la mayor culpabilidad del sujeto”. Esto se explica por la reveladora motivación interna del autor, que instrumentaliza o cosifica a la persona a la que da muerte, para lograr su finalidad. Este reproche reside en la falta de moral y ética del sujeto, así como en el sometimiento de la víctima a una relación medio-fin. Sin embargo, esta postura está sujeta a críticas que se fundamentan en la imposibilidad de sustentar, en un Estado social y democrático de Derecho, un aumento de la pena basada en la actitud interna del sujeto, puesto que entonces estaríamos en presencia de un Derecho penal de autor ¹²⁷.

La tercera justificación es la “agravación basada en un mayor contenido de injusto”. En este caso, sería la peligrosidad del sujeto la que justificaría esta agravación, puesto que esta supone una mayor predisposición para llevar a cabo la conducta criminal. Dicho argumento se apoya en la cada vez más perseguida delincuencia peligrosa, ya que el legislador califica ahora como asesino a la persona que da muerte a otra guiada por sus intenciones ¹²⁸.

En relación con los problemas concursales que plantea esta circunstancia, dar muerte a una persona para así facilitar la comisión de otro delito equivale a un “acto preparatorio del mismo” ¹²⁹. Si unido a la agravante, se pena también la participación del autor de la muerte producida en el segundo delito cometido, se vulneraría el principio *non bis in ídem*, ya que idénticos bienes jurídicos se tienen en consideración dos veces. Para evitar esta situación, se considera que el autor es responsable de un delito de asesinato y participe en el segundo hecho delictivo cometido ¹³⁰.

¹²⁶ 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”, ob. cit., pp. 221-222.

¹²⁷ SIERRA LÓPEZ, M^a.V. “El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra”, ob. cit., p. 6.

¹²⁸ SIERRA LÓPEZ, M^a.V. “El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra”, ob. cit., pp. 7-8.

¹²⁹ 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”, ob. cit., p. 227.

¹³⁰ 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”, ob. cit., p. 227.

Por último, mencionar que es evidente la falta de necesidad de una relación medio-fin, ya que se habla de “facilitar” para simplificar la comisión de un ulterior delito, pero no se alude en ningún momento a “posibilitar” dicha comisión.

- Para evitar que otro delito se descubra.

Son tres los problemas interpretativos específicos que se plantean para esta modalidad. El primero de ellos es el relativo a determinar en qué punto del *iter criminis* debe encontrarse el otro delito, frente a lo cual se afirma que es suficiente con que el delito que se pretende cubrir se encuentre en cualquiera de las fases del *iter criminis*. El segundo, relativo a determinar qué puede entenderse por “evitar que se descubra un delito”. Sobejano Nieto y Pantaleón Díaz entienden que debe incluir tanto aquellos casos en que el hecho y la identidad de los intervinientes no es conocida, como también en aquellos en que se intenta evitar que se descubra cualquiera de estos dos extremos, mediante la destrucción de pruebas ¹³¹.

El tercero de los problemas interpretativos, es el relativo a las similitudes que presenta con el delito de encubrimiento. A pesar de ello, las diferencias son claras. En el caso del encubrimiento, la pena que se impone es dependiente del tipo de delito ocultado, lo que supone que el sujeto autor de los hechos no va a ser nunca castigado con una pena privativa de libertad superior que la que corresponda al delito encubierto (art. 452 CP). En cambio, esto no sucede en el art. 139 CP, porque no se toma en consideración para imponer la pena, el tipo de delito que se oculta, sino que su actuación es calificada automáticamente de asesinato.

Por lo que se refiere a los problemas de fundamentación que permiten imponer una pena más elevada a los que dan muerte a otro con la finalidad de evitar que otro delito se descubra, son fundamentalmente tres. El primero de ellos es la “agravación basada en una mayor necesidad de pena”, para el que me remito a lo indicado *ut supra* en relación con la modalidad de asesinato para facilitar la comisión de otro delito. El segundo “agravación basada en un mayor contenido de injusto”, en cuanto que existe un mayor desvalor de acción. Esto es así, porque hay dos bienes jurídicos en juego: la vida de una persona y el interés del Estado en administrar justicia ante la comisión de un delito ¹³².

¹³¹ 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”, ob. cit., p. 229.

¹³² SIERRA LÓPEZ, M^a.V. “El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra”, ob. cit., p. 21.

Es en el tercero de los problemas de fundamentación relativo a la “agravación basada en una mayor culpabilidad”, donde se observa la diferencia fundamental con la modalidad de facilitar la comisión de otro delito. En ambos casos se cosifica la vida de la víctima para que el autor pueda lograr sus propósitos, pero en el caso de evitar que otro delito se descubra, el autor ya ha cometido o participado en el delito, y es la propia vida de la víctima a la que se da muerte la que entra en conflicto con la intención del autor de “proteger otros bienes jurídicos también valorados por el Ordenamiento, como su propia libertad”¹³³.

Por último, los problemas concursales que plantea esta nueva modalidad agravante, reducen su ámbito de aplicación a que no se vulnere el principio *non bis in ídem*.

B) Tipo subjetivo

De forma contraria a como ocurre con el homicidio, no es posible cometer un delito de asesinato de forma imprudente. De hecho, son las propias circunstancias calificadoras del asesinato del art. 139.1 CP las que no admiten esta posibilidad: por una parte, en la alevosía y el ensañamiento es necesaria la referencia al dolo; por otra parte, en las circunstancias del precio, recompensa y promesa y en la ejecución de la muerte para facilitar o para evitar que otro delito se descubra, son en sí mismas incompatibles con la imprudencia¹³⁴.

Mayores problemas plantea el posible dolo eventual en el asesinato. La mayor parte de la doctrina niega esta posibilidad, ya que entienden que el asesinato solo puede ser cometido cuando sus circunstancias configuradoras tiene como finalidad conseguir dar muerte a otra persona, lo que se traduce necesariamente en dolo directo¹³⁵.

Sin embargo, hay autores como Mapelli Caffarena, Peñaranda Ramos o Bacigalupo que admiten el dolo eventual en el asesinato. Los dos primeros admiten esta posibilidad distinguiendo entre dolo eventual respecto del resultado de muerte y dolo directo referido al hecho constitutivo de la circunstancia¹³⁶. Bacigalupo también realiza esta distinción y admite

¹³³ 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”, ob. cit., p. 232.

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 53.

¹³⁵ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 148.

¹³⁶ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 149.

el dolo eventual para ambos casos. También cabe destacar que en varias sentencias el TS ha admitido el dolo eventual en el delito de asesinato ¹³⁷.

Sin embargo, para Gracia Martín y Vizueta Fernández los argumentos de los autores antes mencionados no son convincentes y entienden que no es posible incluir el dolo eventual en el asesinato, puesto que *“este no se configura simplemente por un agregado de homicidio más una circunstancia determinada fundante del injusto, sino que implica un todo global”*. A su entender no se puede concebir desmembrar el tipo objetivo del asesinato en el subjetivo, de forma que se admita el dolo directo para una parte del tipo y el dolo eventual para la otra parte ¹³⁸.

C) Pena

La pena que lleva aparejada el tipo básico del homicidio es la pena de prisión de quince a veinticinco años. Cabe destacar que el art. 33 CP califica como penas graves aquellas que llevan aparejada prisión superior a cinco años, por lo que el delito de asesinato puede ser castigado con dichas penas. Además, en el art. 13.1 CP se dice que *“son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con la pena grave”*, por lo que el asesinato se configura, además, como un delito grave.

Se puede mencionar también, que de conformidad con el art. 36.2 CP *“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”*. Es por ello que el art. 139.1 CP constituye una excepción a esta regla, puesto que, para el delito extraordinario del asesinato, se permite elevar este límite penológico más allá de los veinte años, concretamente hasta los veinticinco.

5.4.- Tipo agravado: art. 139.2 CP

Con la reforma de la LO 1/2015 se introduce un segundo apartado al art. 139 CP *“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

Mientras que en el art. 139.1 CP basta con que se cumpla una de las circunstancias expresadas para estar en presencia de asesinato, para que concorra la modalidad agravada del apartado

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 55, *“El TS admite el dolo eventual en el asesinato: STS 1403/2011 de 28 de diciembre; 618/2012 de 4 de julio; 1000/2012 de 18 de diciembre; 12/2014 de 24 de enero; 11/2017 de 19 de enero”*.

¹³⁸ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 151.

segundo del art. 139 CP, es necesario que concurren dos o más circunstancias del tipo básico. Además, la distinción entre ambos preceptos también radica en el salto penológico que se produce en el segundo apartado del art. 139 CP, ya que se impone la pena en su mitad superior. De manera que, si solo concurre una circunstancia se impone la pena de 15 a 25 años y si concurren dos, tres o las cuatro a la vez, se impone dicha pena en su mitad superior. De hecho, son tan prácticamente insignificantes las novedades introducidas en este punto por la reforma de 2015, que muchos autores la han calificado como superflua¹³⁹, ya que los mismos resultados punitivos podían alcanzarse con anterioridad con el antiguo art. 140 CP, aunque sin usar la referencia de la mitad superior.

B) Tipo subjetivo

Me remito a lo analizado *ut supra* en relación con el tipo básico (art. 139.1 CP) del asesinato.

C) Pena

Al elevarse la pena prevista en el art. 139.1 CP en su mitad superior, esta pasa ahora a tener una duración desde los veinte años y un día hasta los veinticinco años. Se consigue así un abanico de penas muy elevadas que únicamente pueden compararse con las previstas en el art. 166.2 CP (secuestro agravado), 573 BIS CP (delitos de terrorismo); art. 485.2 CP (delitos contra miembros de la Corona). Un marco penológico más elevado que el previsto para la modalidad agravada de asesinato se encuentra en el art. 473.2 CP (delito de rebelión mediante el uso de armas) y en el art. 485.2 párrafo 2º CP.

5.5.- Tipo hiperagravado: art. 140 CP

Es aquí donde se alberga la mayor novedad introducida por la LO 1/2015, la prisión permanente revisable. En cualquier caso, es necesario tener en cuenta que para que esta pena pueda imponerse, debe concurrir previamente alguna de las circunstancias del art. 139.1 CP junto o bien con alguna de las tres nuevas introducidas en el nuevo art. 140.1 CP o bien porque el reo de asesinato hubiera sido condenado por dar muerte a más de dos personas, art. 140.2 CP.

Algunos autores como Peñaranda Ramos, sitúan el origen de esta reforma en dotar a dicha pena de un ámbito de aplicación aceptable, especialmente para aquellos casos de mayor

¹³⁹ ESQUINAS VALVERDE, P. “El homicidio y sus formas”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLO, E. (dir.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2018, p. 37.

convulsión social, política y mediática ¹⁴⁰. Sin embargo, la incoherencia de esta concreta reforma se manifiesta en la desigual intensidad punitiva aplicada en el caso de concurrencia de las circunstancias del art. 139 CP (sólo se aumenta de forma relativa la pena) frente al castigo aplicado en caso de concurrir las circunstancias del art. 140 CP (para las que se aplica la pena absoluta, la prisión permanente revisable).

A) Tipo objetivo

Son tres las nuevas circunstancias que recoge el art. 140.1 CP:

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. 140.1.1ª CP.

Esta cualificación se basa en la situación de especial vulnerabilidad de la víctima por concurrir una serie de condiciones, ya sea su edad inferior a dieciséis años, su enfermedad, discapacidad... Reviste especial importancia porque fue la que permitió por primera vez en España, imponer a un órgano judicial, la prisión permanente revisable. Fue el “Caso del ‘parricida de Moraña’” (SAP de Pontevedra 42/2017, de 14 de julio), en el que un padre previo suministro de varios productos fármacos, decidió con posterioridad dar muerte a sus dos hijas de cuatro y nueve años con una sierra radial.

Tal y como se afirma en la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019, la hiperagravación que aquí se establece, parece que centra su atención prioritaria en proteger a esta categoría de víctimas por su vulnerable condición, más que en el reproche sobre el autor por su intención de asegurar la comisión del hecho frente a una posible defensa de la víctima ¹⁴¹.

A pesar de ello, han sido abundantes las críticas vertidas sobre esta circunstancia, debido al automatismo con el que se vincula la edad de la víctima y la gravedad del asesinato junto a la inexplicable fijación en la edad de 16 años, como límite para apreciar la situación vulnerable de la misma¹⁴².

La vulnerabilidad que en esta circunstancia se produce, deriva no solo de la propia situación de la víctima (menor de 16 años, con discapacidad, enfermedad...), sino también del

¹⁴⁰ Algunos ejemplos se contienen en PEÑARANDA RAMOS, E. en “Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma del 2015 del Código Penal”, ob. cit., p. 1276 *“muertes de ancianos, de niños o de otras personas especialmente desvalidas; las que se producen en el contexto de la comisión de delitos contra la libertad sexual; las relacionadas con el crimen organizado; o las cometidas por ‘serial killers’*”.

¹⁴¹ Fundamento Jurídico nº6, STS 716/2018, de 16 de enero de 2019.

¹⁴² A raíz de fijar la edad de la víctima de un asesinato en 16 años como elemento indicador de una situación de vulnerabilidad, y para homogeneizar la situación con el nuevo asesinato hiperagravado, en la reforma de 2015 se eleva también la edad para determinar la especial vulnerabilidad de la víctima en los delitos sexuales de 13 a 16 años (con la consiguiente creación del nuevo capítulo de agresión y abusos sexuales a menores de 16 años).

conocimiento por parte del autor de esta situación cuando ejecuta la acción. En caso de producirse dicho conocimiento, se plantea el problema de reconducir estos supuestos a situaciones de alevosía o de abuso de superioridad (en función de que se imposibilite de forma total o solo se disminuya la posibilidad de defensa de la víctima).

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no habría problema de “bis in ídem” entre ambas, puesto que como se afirma en la referida STS 719/2018, de 16 de enero de 2109, *“la cualificante alevosía desplaza la hiperualificante vulnerabilidad; y lógica y obviamente, esta hipercualificación de la vulnerabilidad en cuanto elemento, típico, desplaza la agravante genérica del abuso de superioridad”*.¹⁴³

En cambio, ya se advertía desde el Informe al Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial a la reforma de 2015, que la introducción de la circunstancia prevista en el art. 140.1.1ª CP podía producir un “non bis in ídem”, porque los casos de víctimas menores o vulnerables, terminarían siendo considerados como alevosos¹⁴⁴. Sin embargo, tal y como se ha afirmado en la STS 80/2017, de 10 de febrero, *“una buena parte de los casos en que la víctima es menor de edad o persona especialmente vulnerable, serán supuestos de alevosía. Pero no todos necesariamente”*.

Esta cuestión controvertida, se pone también de manifiesto en la ya citada STS 716/2018, de 16 de enero de 2019, en la que el autor del delito de asesinato acudió al domicilio de la víctima, con la ya previamente meditada intención de matarle, atacándole de *“forma sorpresiva e inesperada abalanzándose sobre él”* y *“asestándole más de 30 puñaladas con el cuchillo”* hasta ocasionarle finalmente la muerte a consecuencia de las constantes pérdidas de sangre, *“sabiendo que con ello le sometía a padecimientos innecesarios o sufrimientos más intensos que los precisos para causarle la muerte, con el único propósito de aumentar de manera deliberada e inhumanamente su sufrimiento antes de que muriese”*¹⁴⁵.

Como se puede observar, en este caso concurren las circunstancias agravantes de la alevosía y el ensañamiento reguladas en el art. 139.1.1ª y 3ª CP (sancionadas con la pena de cárcel de 20 a 25 años), junto con la circunstancia hiperagravante del art. 140.1.1ª CP, puesto que la víctima es una persona especialmente vulnerable por razón de su discapacidad a consecuencia

¹⁴³ Fundamento Jurídico nº6, STS 716/2018, de 16 de enero de 2019.

¹⁴⁴ En muchas ocasiones se ha pensado que la circunstancia del art. 140.1.1ª CP y la alevosía en su modalidad de desvalimiento, podían fundamentar un problema de “non bis in ídem”, lo que deriva de la propia definición de esta última en la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019 en Fundamento Jurídico nº 4 *“la alevosía por desvalimiento 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 invalidas, o por hallarse accidentalmente privadas de aptitud para defenderse (dormidas, drogadas o ebrias en la fase letárgica o comatosa)”*.

¹⁴⁵ Antecedente de Hecho nº 1, STS 716/2018, de 16 de enero de 2019.

de un ictus que le originaba alteraciones en el lenguaje e inestabilidad en la marcha (sancionada con la pena de prisión permanente revisable).

Otro ejemplo se encuentra en la STS 367/2019, de 18 de julio de 2019, en la que el acusado primero golpea, arrastra, vierte amenazas como “te voy a matar” contra la madre, intentando después tirarla por el balcón del domicilio sin éxito. En un segundo momento, tira a la hija de 17 meses por dicho balcón, provocándole la muerte por un traumatismo cráneo encefálico. En este caso, concurre la circunstancia agravante de la alevosía regulada en el art. 139.1.1ª CP, en su modalidad sorpresiva y de desvalimiento, junto a la circunstancia hipercualificada del art. 140.1.1ª CP, puesto que el bebé de 17 meses es incapaz por su propia condición de vulnerabilidad de hacer frente o evitar la agresión.

Son muchas las opiniones doctrinales vertidas sobre esta controversia, en contraposición a la del TS. Destaca la postura defendida por Mateos Bustamante, quien defiende que *“lo decisivo no es que la indefensión sea permanente, consustancial a la víctima, o que sea solamente temporal, sino el papel que esta indefensión juega en el plan de ejecución del autor. Si es conocida, buscada y aprovechada por el autor podrá apreciarse la alevosía, y si no lo es, no”*¹⁴⁶. Dicho autor afirma a continuación, que esta idea no cambia en lo referido a la compatibilidad entre la alevosía y la nueva circunstancia del art. 140.1.1ª CP, puesto que ambas poseen su propio ámbito de aplicación¹⁴⁷.

Mateos Bustamante diferencia dentro de la nueva circunstancia del art. 140.1.1ª CP dos supuestos. El primero, en relación a aquellos delitos en que las víctimas son indefensas por ser menores de 16 años. Aquí el *“non bis in ídem”* no permitiría la compatibilidad entre la alevosía y la situación de especial vulnerabilidad. En caso de que las víctimas menores de 16 años tengan capacidad de defensa, sostiene este autor que *“si se comete el hecho con alevosía no habrá obstáculo en aplicar conjuntamente ambas circunstancias, pues los hechos que determinan la alevosía son distintos a la edad de la víctima, mientras que si los hechos se aplican faltando alguno de los elementos de la alevosía habrá de calificarse como homicidio agravado por aplicación únicamente de la circunstancia del 140.1.1ª”*¹⁴⁸.

El segundo supuesto, es el relativo a las personas indefensas por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Aquí Mateos Bustamante afirma que *“en estos casos habrá que diferenciar si la especial vulnerabilidad implica una indefensión total, casos en los que no podrá apreciarse la*

¹⁴⁶ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit. p. 330.

¹⁴⁷ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit. p. 330.

¹⁴⁸ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit. p. 331.

*alevosía, de aquellos casos en las que se combinan una mayor vulnerabilidad con el mantenimiento de algunas capacidades defensivas, situaciones en las que podrán darse ambas circunstancias al mismo tiempo si el autor comete el delito empleando medios, modos o formas tendentes a reducir o eliminar las ya naturalmente mermadas capacidades defensivas de la víctima”*¹⁴⁹.

Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima: art. 140.1.2ª CP.

Se trata de aquellos casos en que el autor que previamente ha cometido un delito contra la libertad sexual de la víctima, decide darle muerte. Esta circunstancia, además de plantear de nuevo problemas en cuanto a su posible concurrencia con la circunstancia 4ª de “evitar que se descubra la comisión de otro delito” y con la alevosía, resulta cuestionable el por qué solo se refiere como circunstancia especialmente agravante dar muerte a una persona después de haber atentado contra su libertad sexual y no en los supuestos en el que el asesinato es simultáneo (para facilitar la agresión sexual) o anterior (necrofilia) a dicho ataque.

Con esta novedad introducida por el legislador penal en la LO 1/2015, parece que este quiere “justificar una hiperagravación a partir de la intencionalidad que lleva el autor de acabar con la vida de la víctima para ocultar otro delito, en este caso, contra la libertad sexual”¹⁵⁰. Es criticable esta circunstancia principalmente por dos motivos: el primero de ellos, puesto que la referencia “delito contra la libertad sexual” engloba supuestos de diferente gravedad, si bien cabe entender, dado que la pena a imponer es la pena máxima, que va referido a la mayor gravedad derivada de matar a una persona a la que con anterioridad se le ha vulnerado su derecho a la libertad sexual¹⁵¹. El segundo motivo cuestiona por qué esta mayor gravedad de la pena se aplica para este tipo de delitos y no para otros de igual gravedad. Esta decisión la justifica el legislador asociando la pena de prisión permanente revisable “a la mayor reprochabilidad que representa la convergencia de un ataque prácticamente simultáneo a bienes jurídicos del máximo rango axiológico, la libertad sexual y la vida”¹⁵².

Hay que tener en cuenta que, en todo caso, esta mayor severidad punitiva debe ser objeto de interpretación restrictiva, para evitar lesionar el principio de proporcionalidad. Así por ejemplo, cuando el art. 140.1.2º CP afirma “que el hecho fuera subsiguiente”, supone excluir periodos temporales muy dilatados entre el delito de asesinato y el que se pretende encubrir.

¹⁴⁹ MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, ob. cit. pp. 332-333.

¹⁵⁰ Fundamento Jurídico nº6, STS 418/2020, de 21 de julio de 2020.

¹⁵¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 58.

¹⁵² Fundamento Jurídico nº6, STS 418/2020, de 21 de julio de 2020.

Por ello y para que se dé esta circunstancia, se exige que exista una conexión temporal que la doctrina califica de “inmediata” entre la ejecución del delito contra la libertad sexual y la muerte de la víctima. En caso de no cumplirse esta conexión de inmediatez (por ejemplo, porque hubieran transcurrido varios días), entienden autores como Muñoz Conde que esta cualificación no podría ser aplicada¹⁵³. Ejemplo de ello fue la SAP de Sevilla de 6 de junio de 2017, que confirmó posteriormente la STSJ de Andalucía de 12 de diciembre de 2017, en el caso del “violador del Parque de María Luisa”, en el que transcurrieron en torno a 2-3 horas desde el ataque a la libertad sexual hasta que se ejecutó la muerte¹⁵⁴.

Para terminar con esta segunda circunstancia, se alude a un ejemplo jurisprudencial previsto en la STS 418/2020, de 21 de julio de 2020, en la que el acusado aborda por sorpresa a la víctima con la finalidad de tener relaciones sexuales con ella, aún en contra de su voluntad, haciendo uso para ello de la fuerza y de un arma blanca. Después de varios forcejeos, ante la imposibilidad de conseguir su propósito y con el objetivo de no ser denunciado por intento de agresión sexual, el acusado mata a la víctima. Esta no tuvo capacidad para defenderse, puesto que fue atacada por sorpresa.

Este asesinato reviste su modalidad agravada porque en primer lugar se comete un delito en grado de tentativa contra la libertad sexual y de forma subsiguiente, se da muerte a la víctima. Se da por lo tanto, la circunstancia hipercualificada del art. 140.1.2º CP, para la que se prevé la imposición de la pena de la prisión permanente revisable. Además, el autor decide matar a la víctima por miedo a que se descubra el delito sexual previamente cometido, por lo que se produce la también concurrente circunstancia del art. 139.1.4º CP “*para evitar que se descubra otro delito*”.

Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal:
art. 140.1.3ª CP.

Aunque esta circunstancia no lo requiere de forma expresa, puede entenderse que para que se dé la misma, es necesario que la muerte producida tenga relación con la actividad llevada a cabo por un grupo u organización criminal¹⁵⁵. Ésta resulta de igual manera problemática. Uno de los motivos de mayor complejidad que se plantean, es cómo demostrar que únicamente por formar parte de dichos grupos u organizaciones criminales, se justifica pasar

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 59.

¹⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 59.

¹⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 59.

de aplicar las penas previstas en los arts. 570 bis y ter CP a la pena máxima de la prisión permanente revisable.

En estos casos, parece que el aumento de la pena impuesta se explica por la mayor peligrosidad que supone pertenecer a estos grupos u organizaciones. Sin embargo, es importante recordar que el simple hecho de formar parte de los mismos, ya es en sí mismo constitutivo de delito. A pesar de ello, si dentro de dicha organización se decide dar muerte a otra persona, el delito por pertenecer a la organización en cuestión, queda en todo caso desplazado por el de asesinato cualificado. En cambio, si el autor actúa con fines terroristas, por aplicación del art. 573 BIS CP, puede aplicarse la pena máxima sin necesidad de que concurra ninguna de las circunstancias cualificadoras del asesinato¹⁵⁶.

Por lo que se refiere a la *ratio legis* de esta circunstancia tercera, la misma reside en la mayor facilidad de los integrantes de dichas organizaciones (lo que supone también una mayor peligrosidad) para cometer el hecho punible. También se deduce la necesidad de que el sujeto cometa el delito como miembro perteneciente a dicha organización criminal y no como un mero “particular”. En relación con el término “*perteneciere*”, este debe ser objeto de interpretación restrictiva, lo que supone excluir a los meros colaboradores a cualquier título¹⁵⁷.

En relación con el apartado 2º del art. 140 CP, éste no está exento de críticas, especialmente debido a su imprecisión. Mientras que el apartado X del Preámbulo de la LO 1/2015 hace referencia, dentro de los supuestos en que cabe aplicar la pena máxima, a los “*asesinatos reiterados o cometidos en serie*”, el art. 140.2 CP alude “*al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas*”. Tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal advirtieron dicha imprecisión, ante las múltiples interpretaciones que de dicho precepto podían hacerse. Para poner fin a dicha problemática, determinaron que la versión más correcta se refiere a los supuestos especialmente graves por el concurso de al menos tres delitos de asesinato ordinarios.

Esta indeterminación también se manifiesta en la debatida necesidad o no de que las muertes de las distintas personas se deban a hechos llevados a cabo en unidad de acción o mediante acciones sucesivas. Las dudas también surgían en lo relativo a la exigencia de que todas las muertes fueran calificadas como asesinatos o si valía con que una de ellas recibiera esta

¹⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 59.

¹⁵⁷ ÁVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL. A. “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis), ob. cit., p. 324.

calificación y el resto pudieran ser consideradas simples homicidios. Esta cuestión fue resuelta por el Informe del Consejo General del Poder Judicial, que descartó esta última posibilidad alegando que esta interpretación sería “*desproporcionada con la excepcional pena que se establece*”¹⁵⁸.

Por último y en relación con este apartado 2º, se aprecia de nuevo un error cuando dicho precepto recoge “*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*”. La remisión no es correcta, debiendo serlo a los apartados 1.c) y 2.b) del art. 78 bis CP, lo que evidencia de nuevo la improvisación y el descuido en la aplicación de esta reforma¹⁵⁹.

B) Tipo subjetivo

Me remito a lo analizado *ut supra* en relación con el tipo básico (art. 139.1 CP) del asesinato.

C) Pena: la prisión permanente revisable. Caso del “asesino de Pioz”

Como se ha venido indicando a lo largo de este apartado relativo al asesinato hiperagravado del art. 140 CP, la pena a imponer es la prisión permanente revisable. A pesar de su gravedad, el legislador define de forma taxativa cuáles son los concretos supuestos sobre los que es posible aplicar esta pena (lo que conlleva, por ende, que su aplicación sea muy reducida) y argumenta que ésta presenta referencias en el Derecho comparado de países de nuestro entorno. Si bien es verdad que la denominación con la que los diferentes sistemas legales se refieren a esta pena varía, el sentido de la misma y el régimen de su ejecución son parecidos, puesto que en todos se reconoce el derecho del acusado a que su situación se revise pasado un tiempo, así como la posibilidad de ser excarcelado de forma anticipada¹⁶⁰.

Aunque esta pena está presente en los sistemas legales de varios países de Europa Occidental, la crítica fundamental que aquí se ha hecho se basa en la diferencia que existe entre el sistema penal español y el de otros países. Nuestro país destaca por contar con uno de los sistemas de mayor intensidad punitiva en Europa Occidental, debido a que la introducción de la pena

¹⁵⁸ PEÑARANDA RAMOS, E. “Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma del 2015 del Código Penal”, ob. cit., p. 1279.

¹⁵⁹ SANZ MORÁN, A.J. “La reforma de los delitos contra la vida”, ob. cit., p. 833.

¹⁶⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M. “La prisión permanente revisable”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi) 2015, p.94

de prisión permanente revisable no se ha hecho en el contexto de una revisión general del sistema de penas y en concreto, de las de privación de libertad ¹⁶¹.

A pesar de ello, se trata de un modelo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala¹⁶² conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos, siempre que la ley nacional permita revisar esta pena de duración indeterminada de cara a su posible conmutación, terminación o bien la determinación de la puesta en libertad condicional del penado. Por ello es obligación del legislador establecer las condiciones y circunstancias que deben concurrir para que sea efectiva la excarcelación, así como el derecho a reinserción del penado, lo que permita que la esperanza de este de alcanzar la libertad no sea vana, ya que en caso contrario se vulneraría el art. 3 CEDH.

Así mismo, el Consejo de Estado también ha defendido la constitucionalidad de esta pena, como consecuencia de que España ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que se prevé la posibilidad de imponerla.

Aun así, esta reforma no ha dejado de generar controversias entre la doctrina, siendo por algunos autores como Sanz Morán calificada de “improvisada”, sobre todo si se tiene en cuenta que en las versiones de Anteproyectos anteriores, no había exigencias de justicia que hicieran necesario modificar el concepto del delito de asesinato, elevar el marco penal del tipo ordinario o introducir la pena que en este apartado se examina ¹⁶³.

Otros argumentos en contra de esta pena, residen en su carácter innecesario, puesto que como se ha expuesto anteriormente, la criminalidad de los casos en los que esta pena puede ser impuesta es cada vez más reducida (en especial en nuestro país desde el cese la actividad de la banda terrorista ETA en octubre de 2011). Por otro lado, durante mucho tiempo han existido dudas sobre la constitucionalidad de esta medida. De hecho, más de 50 diputados interpusieron un recurso de inconstitucionalidad nº 3866/2015, tratando de impugnar la constitucionalidad de esta pena máxima. A continuación, se analizan algunos de los motivos

¹⁶¹ TAMARIT SUMALLA, J.M. “La prisión permanente revisable”, ob. cit., p. 96.

¹⁶² Se considera adecuada la pena de prisión permanente revisable al art.15 CE, puesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias sentencias (STEDH de 9 de julio de 2013 asunto Vinter y otros contra Reino Unido) ha reconocido que de tratarse de una pena de por vida, “vulneraría la dignidad humana sin otorgar al reo una posibilidad de recobrarla un día”. Para este tribunal, este problema se salva con la revisión existente en la prisión permanente revisable. Extraído de LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., MANZANO PÉREZ, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J. y MARTÍNEZ GARAY, L. “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., PÉREZ MANZANO, M (ed.) y RODRÍGUEZ YAGUË (coord.). *Contra la cadena perpetua*, Cuenca (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha) 2016, p.28.

¹⁶³ SANZ MORÁN, A.J. “La reforma de los delitos contra la vida”, ob. cit. p. 821

alegados por los diputados y como el Tribunal Constitucional en la STC 169/2021 de 6 de octubre, da respuesta a cada uno de ellos.

En primer lugar, se argumenta que con esta pena se infringe la prohibición de imponer penas o tratos inhumanos o degradantes recogida en el art. 15 CE y en el art. 3 CEDH, ya que la posibilidad de que la misma se convirtiera en indefinida o perpetua, impidiendo que los condenados obtuvieran la posibilidad de revisar su pena, sería incompatible con el marco constitucional y permitiría su eliminación del catálogo de penas.

Frente a esta afirmación, el abogado del Estado determina que dicha pena cumple con las exigencias de revisión establecidas en la doctrina del TEDH, por lo que obedece al principio de individualización científica, ofreciendo la posibilidad al recluso de disfrutar de beneficios penitenciarios y del tercer grado (permisos de salida, semilibertad), suprimiéndose así la inhumanidad de la pena. Además, de acuerdo con lo establecido por la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos *“lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de un horizonte de libertad”* circunstancia que no se produce en la pena analizada, puesto que *“se garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuo de revisión. No es una suerte de pena definitiva en la que el Estado se desentiende del penado, sino que se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe estar orientada la ejecución de las penas de prisión”*¹⁶⁴.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, consciente de la falta de antecedentes históricos equiparables y con la única finalidad de enjuiciar la pena analizada, recurre al tratamiento jurídico que de la misma se ha hecho en los países de nuestro entorno. Algunos ejemplos son la STEDH (Gran Sala) de 12 de febrero de 2008 “Asunto Kafkaris contra Chipre”, en la que se determina que la prisión perpetua no supone una pena inhumana ni degradante, siempre que sea capaz de *“proporcionar al reo una posibilidad de revisión en forma de conmutación, remisión, terminación o liberación condicional”* o la STEDH de 9 de julio de 2013 “Asunto Vinter y otros contra Reino Unido”, en la que se afirma que *“los Estados tiene la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante delitos violentos [...]. El Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave, una pena de prisión de duración indeterminada y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la sociedad”*¹⁶⁵.

¹⁶⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M. “La prisión permanente revisable”, ob. cit., pp. 93-94.

¹⁶⁵ Fundamento Jurídico nº2, STC 169/2021, de 6 de octubre.

Sirviendo de base estas dos sentencias, puede afirmarse que no existe una referencia normativa a nivel internacional que justifique que la incorporación de la pena máxima en la regulación penal, siempre que se acompañe de mecanismos de revisión que posibiliten al penado el acceso a la libertad condicional, vulnera los principios de humanidad de las penas y el derecho del condenado a reinserirse ¹⁶⁶.

Si se traslada esta doctrina internacional a nuestro ordenamiento jurídico, el llamado por parte del Tribunal Constitucional como “*test de humanidad*”, supone acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

-La revisión objetiva de la pena. Lo que significa que su imposición no abarque la totalidad de la vida del condenado.

-El mantenimiento realista de la expectativa del penado de recobrar la libertad.

-El reo debe conocer desde el primer momento en el que se le imponga dicha pena, cuál es el concreto procedimiento a través del cual puede alcanzar la libertad.

-La decisión que determine la libertad del sujeto, se tomará teniendo en consideración su evolución durante la ejecución de la pena.

-El derecho del condenado de recibir la asistencia o tratamientos adecuados para que su evolución sea favorable.

El Tribunal también se manifiesta en relación a la aflictividad de la pena de prisión permanente revisable, en cuanto que esta (por su duración) puede afectar de forma negativa a la estabilidad mental y psíquica del interno, como así demuestran informes clínicos y sociológicos. En este caso, también se acude al Derecho comparado, que manifiesta cómo muchos países vecinos frente a esta problemática, no han respondido con la eliminación de dicha pena, sino que, al contrario, la consideran necesaria, tratando de humanizarla. Finalmente, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico nº2 de la sentencia inicialmente mencionada, afirma que “*no puede hacer un juicio abstracto de constitucionalidad basado exclusivamente en los efectos desocializadores que la prolongación en el tiempo del cumplimiento de la pena privativa de libertad pueda generar*”.

El segundo motivo alegado es la vulneración del derecho a la libertad provisional del art. 17.1 CE en relación con los principios de proporcionalidad y culpabilidad de la pena. Se pueden

¹⁶⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M. “La prisión permanente revisable”, ob. cit., p.95.

reconducir a cuatro los argumentos empleados por los recurrentes para justificar dicha vulneración:

-Su irrelevancia criminológica. La frecuencia con la que, en general los delitos especialmente perturbadores y en particular los delitos de homicidio y asesinato se cometieron en España antes de la introducción de la reforma de 2015, no había aumentado, siendo su número inferior al de países de nuestro entorno que cuentan con una pena similar a la analizada.

El Tribunal Constitucional afirma que la justificación ofrecida por el legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015, obedece a consideraciones de política criminal compatibles con la Constitución, lo que supone la aplicación de esta pena de mayor intensidad para aquellos delitos con un mayor contenido de injusto y de culpabilidad, ya que atentan contra los bienes jurídicos de más alto rango ¹⁶⁷.

-Su falta de proporcionalidad. Se critica su excesiva limitación del derecho a la libertad del condenado, puesto que, por una parte, es posible que la pena se convierta en perpetua y por otra parte, los periodos exigidos para la revisión de la pena son muy prolongados. Justifica el Tribunal Constitucional que la finalidad de esta pena es legítima y compatible con los valores constitucionales, ya que el fin de toda pena es proteger bienes jurídicos tutelados y por tratarse en este caso de bienes atacados con especial gravedad, se refuerza la función protectora al imponer dicha pena. Además, las referencias en el Derecho comparado, han obligado a los Estados por exigencia del TEDH, a implantar medidas que eviten estos delitos más violentos, concluyéndose en la STEDH de 26 de abril de 2016 “Asunto Murray contra Países Bajos” que *“no se prohíbe la imposición de penas indeterminadas que permitan lograr la detención del reo, cuya liberación pueda representar un peligro”*.

Centrándose en el principio de proporcionalidad, argumenta el Tribunal Constitucional que tanto la obtención por parte del recluso del tercer grado (a los 15 años de condena) como la suspensión condicional (a los 25 años), no superan el límite máximo de duración del tipo del asesinato en su modalidad básica del art. 139 CP. Aunque el acceso a dicho tercer grado y a la libertad condicional en determinados casos pueden suponer periodos más prolongados, no se rebasa en ningún caso el nivel fijado para los casos de acumulación de penas del art. 76 CP ¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Fundamento Jurídico nº2, STC 169/2021, de 6 de octubre.

¹⁶⁸ Tal y como se contiene en el Fundamento Jurídico nº2 de la STC 169/2021, de 6 de octubre, *“las restricciones temporales agravadas para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria, de 20 años en caso de delitos terroristas (art. 36.1 a) CP) y de 18, 20, 22, 24 y 32 años para diversos supuestos de pluralidad de condenas (arts. 78 bis CP y 140.2 CP) y para el acceso a la libertad condicional, de 28, 30 y 35 años para supuestos de pluralidad de condenas (arts. 78 bis y 140.2 CP), son*

Así mismo, las experiencias en el Derecho comparado, permiten al Tribunal Constitucional defender que la pena máxima no es arbitraria ni desmesurada. En muchos países cuya regulación contempla esta pena, se exigen periodos de cumplimiento previos a la obtención de la libertad condicional, que oscilan entre los 12 y 40 años, según afirma el 25º Informe General del Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del año 2016.

-Su rigidez. Esta característica la observan los recurrentes en el art. 140 CP, al tratarse de una pena obligatoria y sin posible alternativa en caso de concurrir las circunstancias descritas en dicho precepto. Si se acude a la jurisprudencia del TEDH, en ella se recoge que la pena analizada en sí misma es compatible con el derecho a la libertad personal del art. 5.1 CEDH, pero no por ello impide la posibilidad de imponer obligatoriamente penas cuya duración no esté determinada (STEDH de 18 de septiembre de 2012, “Asunto James, Wells y Lee contra Reino Unido”). Siendo todo ello considerado por el Tribunal Constitucional, este concluye que *“no hay razones para entender que represente una tacha insalvable de inconstitucionalidad la decisión de nuestro legislador de exigir esta pena en hechos que presentan por sí mismos una extrema gravedad”*¹⁶⁹.

-Su indeterminación. Esta circunstancia se relaciona con el tercer motivo de impugnación alegado por los recurrentes, relativo a la vulneración del principio de legalidad penal del art. 25.1 CP, ya que no se determina en el momento de la imposición, cuál es su duración máxima, dependiendo de un criterio puramente subjetivo, como es su reinsertabilidad. Al respecto el Tribunal Constitucional ha hecho eco de jurisprudencia anterior (STC 37/2018, de 23 de abril) en la que afirma que *“el principio de taxatividad de la pena no es incompatible con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados. Para que dicho empleo fuera compatible con el art. 25.1 CE, debe permitir que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia”*.

Determina finalmente el Tribunal Constitucional en relación a la rigidez, que la pena máxima no es indeterminada, ya que se fija en atención a criterios legales dependientes del comportamiento, evolución personal y voluntad del recluso durante el cumplimiento de la pena, de los cuales es informado el reo de forma clara y precisa desde que se le impone dicha pena.

El último motivo de impugnación de la pena, es el relativo al quebrantamiento del mandato de resocialización del art. 25.2 CP, por considerar que supone mermar excesivamente la

ciertamente severas, pero no llegan a desbordar el nivel de retribución fijado en casos de acumulación jurídica de penas en el art. 76 CP”.

¹⁶⁹ Fundamento Jurídico nº2, STC 169/2021, de 6 de octubre.

posibilidad del penado de reinsertarse en la sociedad, hasta el extremo de llegar a eliminar por completo dicha expectativa. Así mismo los recurrentes alegan la desproporcionada duración de 25 años de cumplimiento efectivo de la pena para que el interno obtenga la suspensión condicional.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional afirma que la pena de prisión permanente revisable y el art. 25.2 CE son compatibles, en cuanto que una de sus características es la revisabilidad durante la fase de ejecución, de forma que *“por medio de la suspensión condicional de la pena, el interno tiene una posibilidad real de reinsertarse plenamente en la sociedad y de extinguir definitivamente su condena una vez cumplido con éxito el plazo de 5 a 10 años de suspensión”*¹⁷⁰. Esta idea la defiende dicho Tribunal en base a la doctrina del TEDH, que encuentra en la revisión “una flexibilización suficiente” que otorga al penado esperanzas de ser libre, permitiendo “humanizar” esta pena aparentemente indeterminada.

Tomando en consideración todos los puntos anteriormente expuestos, el Tribunal Constitucional falla desestimando la petición de los recurrentes de impugnar la pena de prisión permanente revisable y declara la constitucionalidad de dicha pena al cumplir con las exigencias a nivel europeo relativas al tratamiento que debe darse a los castigados con penas de larga duración.

Aun considerándose el fallo del Tribunal Constitucional, la nueva pena de la prisión permanente revisable todavía se considera especialmente reprochable por sus similitudes con la abolida cadena perpetua. Tal es el rechazo que genera su inclusión, que hay autores en nuestro país, como Ángel Torío López, que se atreven a relacionar la histórica pena de muerte con las penas intemporales al afirmar que *“el vacío de la pena de muerte lo colma mecánicamente la pretensión de introducir la pena de reclusión intemporal”*¹⁷¹. De forma similar, algunos autores a nivel europeo comparten esta idea, como es el caso de Albin Eser y Hans-Georg Koch, para quienes el abandono de la pena capital hace suponer de forma necesaria introducir la cadena perpetua, como una pena menos gravosa que aquella pero mayor que el resto¹⁷².

Además, entendiendo la pena de prisión permanente revisable como aquella pena privativa de libertad de carácter grave que supone la permanencia del penado en prisión de manera indefinida, bajo un régimen de revisión al que se condiciona la probabilidad de que recupere

¹⁷⁰ Fundamento Jurídico nº2, STC 169/2021, de 6 de octubre.

¹⁷¹ 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, p. 96. Referencia tomada de SANZ, MORÁN, A.J. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”, ob. cit., p. 96.

¹⁷² ESER/KOCH. “Die vorsatzlichen Tötungstatbestände. Eine reformpolitisch-rechtsvergleichende Struktur- und Kriterienanalyse” en ZStW nº 92. Berlín: De Gruyter, 1980. Pp. 491-560.

su libertad, se muestran de nuevo rasgos que la identifican con la cadena perpetua. Son muchos los autores que afirman que el hecho de poder revisar la pena de prisión permanente, en ningún caso la dota de mayor humanidad.

Ya desde el Código Penal de 1848 se relacionaban ambas figuras, puesto que se ampliaban las formas de “castigo perpetuo” incluyendo entre ellas la reclusión perpetua¹⁷³. A pesar de que con el Código de 1932 se elimina la cadena perpetua (quedando la pena privativa de libertad entre los veinte años y un día y los treinta años), la denominación que adopta la pena hoy en día, es confusa, puesto que el término “permanente” significa continuidad en el tiempo y el concepto “revisable” supone la posibilidad de modificación¹⁷⁴.

La principal diferencia, radica en que, en la cadena perpetua, no es posible alterar ni revisar la pena impuesta, estando obligado el condenado a permanecer en prisión de por vida. En cambio, en la prisión permanente revisable, se prevé la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución de la misma, siempre que concurren los requisitos previstos en el artículo 92 CP:

- a) *Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena [...].*
- b) *Que se encuentre clasificado en tercer grado.*
- c) *Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.*

Esta pena tampoco sería propiamente una cadena perpetua, porque de ser así, sería una pena determinada (hasta el día en que muere el condenado). Esto vulneraría el Convenio Europeo de Derechos Humanos y como afirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 147/2000) “sería una pena denigrante porque priva al reo de forma absoluta y de por vida de aquello que le hace sencillamente humano: su libertad y autonomía personal, que es lo que hace al hombre sencillamente hombre”¹⁷⁵.

¹⁷³ FERNÁNDEZ CODINA, G. *Prisión permanente revisable. Una nueva perspectiva para preciar su constitucionalidad en tanto que pena de liberación condicionada*, Barcelona (Bosch Editor) 2019, p. 23.

¹⁷⁴ En principio puede parecer contradictorio que una pena que afirma ser permanente pueda someterse a cambios, y viceversa, que una pena revisable pueda convertirse en permanente.

¹⁷⁵ Extraído de LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., MANZANO PÉREZ, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J. y MARTÍNEZ GARAY, L. “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, ob. cit., p.29.

Para finalizar este apartado, se analizará uno de los casos más llamativos de la jurisprudencia española, como es el “caso del asesino de Pioz” (STS de 5 de mayo de 2020), por la condena finalmente impuesta al autor consistente en tres penas de prisión permanente revisable.

Patrick Nogueira acudió el día 17 de agosto de 2016 a casa de sus tíos con una mochila en la que se incluían una navaja afilada, guantes, bolsas de basura y cinta americana. Estando ya en el interior de la vivienda, y encontrándose su tía lavando los platos y sin posibilidad de oponer defensa, Patrick le asesta de forma sorpresiva dos puñaladas en el cuello con el objetivo de acabar con su vida, causándole finalmente la muerte por shock hipovolémico. Este suceso ocurrió delante de los dos hijos menores de sus tíos, uno de tres años y diez meses y otro de dieciocho meses, *“aumentando con ello de forma deliberada, consciente e innecesaria el sufrimiento de los niños”*¹⁷⁶.

Posteriormente decidió dar muerte a ambos menores, acuchillándoles en el cuello, sin posibilidad de defenderse estos, causándoles al igual que a su madre la muerte por shock hipovolémico. Cuando su tío regresó a casa, repitió Patrick la misma operación que había realizado con los demás miembros de su familia, asestándole catorce cuchilladas de forma sorpresiva, sin posibilidad de defenderse la víctima. La atrocidad del crimen no acaba aquí, sino que con la finalidad de ocultar los cadáveres, seccionó los cuerpos de sus tíos junto a los cuerpos de sus hijos en bolsas, limpió el lugar de los hechos y dos días después de lo sucedido cogió un vuelo dirección Río de Janeiro, siendo detenido al mes siguiente a su vuelta a España.

Tras el análisis de los hechos ocurridos, descritos en los antecedentes de hecho de la referida sentencia, el TS falla desestimando la petición del acusado en la que se defendía que debía imponerse únicamente una pena de prisión permanente revisable que abarcara los cuatro asesinatos. Esta desestimación se basa en que *“carecería de sentido que la muerte de tres o más personas fuera castigada con la misma pena que la muerte de una persona susceptible de ser calificada conforme al art. 140 CP”*¹⁷⁷.

Finalmente por este salvaje suceso, se impone a Patrick Nogueira la pena de 25 años de prisión por el asesinato alevoso de su tía; dos penas de prisión permanente revisable por el asesinato de los menores por aplicación del art. 140.1.1ª CP que se prevé 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”* y una pena de prisión permanente revisable por el asesinato de su tío

¹⁷⁶ Antecedente de Hecho Primero, STS de 5 de mayo de 2020.

¹⁷⁷ Fundamento de Derecho nº 8 ,STS de 5 de mayo de 2020.

por aplicación del art. 140.2 CP, que se aplica en este caso porque con anterioridad el autor había sido condenado por la muerte de tres personas (los dos menores y su tía).

5.6.- Tentativa y punibilidad de los actos preparatorios: art. 141 CP

De acuerdo con lo previsto en el art. 141 CP *“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”*. De manera que, las tres acciones deberán de realizarse no de forma genérica por lo que se refiere a dar muerte a otra persona, sino que en el caso concreto, deberán reunirse los elementos específicos del tipo delictivo del asesinato en su modalidad del art. 139 CP o cualificada del art. 140 CP¹⁷⁸. Esto es así, porque la pena prevista para estos actos se calcula deduciéndola de la prevista para el tipo concreto en uno o dos grados.

En cuanto a qué se refieren estos términos, el art. 17.1 CP afirma que la conspiración existe cuando *“dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”*; la proposición se define en el apartado segundo del art. 17 CP que determina que existe la misma cuando *“el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”*; mientras que la provocación se define en el art. 18.1 CP, existiendo esta *“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”*.

Siguiendo a los autores Gracia Martín y Vizueta Fernández, se menciona como ejemplo concreto de acto preparatorio del art. 141 CP el ofrecer un precio, recompensa o promesa por un sujeto a otro con la finalidad de que este último mate a un tercero¹⁷⁹.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, admiten que en el iter criminis del asesinato es posible hablar de tentativa. El problema estriba en determinar cuándo comienza la ejecución del delito y se produce por tanto la tentativa, especialmente en aquellos casos en que el autor realiza parcialmente las circunstancias del tipo del asesinato. Cobo de Rosal y del Rosal Blasco plantean las siguientes posibilidades¹⁸⁰:

¹⁷⁸ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 163.

¹⁷⁹ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 164.

¹⁸⁰ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 164.

1º- La circunstancia se realiza de forma parcial, pero se produce el resultado de muerte (por ejemplo, no se consigue incrementar el dolor de la víctima, pero se ha intentado). Algunos autores entienden que en estos casos, solo se produce un homicidio doloso, mientras que otros sostienen que la solución en este caso es la existencia de un concurso ideal de un asesinato en grado de tentativa y un homicidio doloso consumado ¹⁸¹.

2º- La circunstancia se realiza y consume de forma total pero no ocurre así con la muerte (por ejemplo, se dispara de forma alevosa pero sin dar en el blanco) y posteriormente tiene lugar la muerte pero sin la circunstancia, es la denominada alevosía parcial. Un supuesto que puede ser incluido en esta hipótesis, es el de la STS 790/2021, de 18 de octubre, en la que la autora propina una puñalada por detrás a la víctima sorprendiéndola (actuación claramente alevosa) pero después se inicia un forcejeo entre ambas cara a cara, durante el cual la autora sigue asestándole numerosas puñaladas, entre ellas la que le causa la muerte. En este segundo momento, ha desaparecido el elemento de la alevosía que se ha convertido en un abuso de superioridad. Por ello, lo que podía haber terminado en un resultado de muerte alevoso, concluyó en una muerte dolosa ajena a la alevosía ¹⁸².

A pesar de que se han aportado diferentes soluciones para estos casos, la solución aplicada en este caso, de acuerdo con Gimbernat (y defendida por la doctrina mayoritaria), consiste en aplicar un concurso ideal entre un asesinato en grado de tentativa y un homicidio doloso consumado ¹⁸³.

3º- Se inicia la comisión del delito sin que concurra la circunstancia y con posterioridad se consume la muerte junto a la presencia de dicha circunstancia. Las soluciones ofrecidas en este caso son variadas: por una parte, el TS mantiene que solo puede tratarse de un homicidio consumado, puesto que para hablar de asesinato es necesario que las circunstancias estén presentes desde el inicio. Por otra parte, autores como Gracia Martín y Vizueta Fernández, entienden que se trata de un delito de asesinato doloso consumado, puesto que, salvo que entre ambas acciones no exista conexión temporal evidente, se presume que dichas acciones están en unidad de acción ¹⁸⁴.

¹⁸¹ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., pp. 164-165.

¹⁸² Fundamento de Derecho nº 3, STS 790/2021, de 18 de octubre.

¹⁸³ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., pp. 165-166.

¹⁸⁴ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., pp. 166-167.

Por último, en relación con la tentativa, indicar que, a efectos de la pena a imponer, el art. 62 CP prevé una solución idéntica con respecto a los actos preparatorios, al afirmar que “a los autores de tentativa de delitos 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”.

5.7.- Autoría y participación

Como se ha venido indicando a lo largo del presente trabajo, el delito de asesinato se construye sobre un tipo básico conformado por un conjunto de circunstancias, que son precisamente los elementos que configuran dicho delito. El problema en este caso, está en determinar qué circunstancias se pueden imputar a los que actúan en calidad de partícipes y cuáles no ¹⁸⁵.

En todo caso, las circunstancias del art. 139.1 CP deben estar presentes en el autor de los hechos, es decir, en la persona que ejecuta la muerte. En cambio, los partícipes (cómplices, cooperadores necesarios o inductores) tienen que conocer los elementos del tipo que realiza el autor, puesto que de no ser así, converge sobre ellos un error esencial, que a lo sumo les haría responsables de haber participado en un homicidio doloso¹⁸⁶. A partir de aquí es posible diferenciar varias posibilidades:

1º- Concurren dos circunstancias del art. 139.1 CP en el autor de los hechos¹⁸⁷. En esta situación, a los partícipes solo les son de aplicación estas, si conocen que las mismas concurren en el sujeto autor de los hechos. Si conocen ambas, responderían por participación en un asesinato cualificado. Si solo saben que concurre una de ellas, responden por haber participado en un asesinato. Si no conocen ninguna de las dos, responden por homicidio doloso ¹⁸⁸.

2º- Concurren más de dos circunstancias del art. 139.1 CP. El funcionamiento es el mismo que el descrito en el párrafo anterior, pero en este caso autores como Muñoz Conde

¹⁸⁵ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 167.

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 61.

¹⁸⁷ Hay que tener presente que cuando concurren dos circunstancias, una de ellas sirve para calificar el delito como asesinato, mientras que la segunda sirve para aplicar el tipo agravado del art. 139.2 CP.

¹⁸⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 61.

consideran que la tercera y, en su caso cuarta circunstancia, serían agravantes genéricas¹⁸⁹ (arts. 65 y 66 CP)¹⁹⁰.

Es interesante destacar el caso del asesinato por precio, recompensa o promesa, puesto que en el concurren dos personas al menos: por un lado, la que paga el precio y por otra parte, la que lo recibe y se compromete a ejecutar el hecho. Ambas personas son responsables del delito de asesinato (el que ofrece la recompensa participa en los hechos realizados por la parte que recibe la misma), pero la concreta circunstancia del art. 139.1. 2ª CP solo afecta al que efectivamente da muerte a otro por recibir el precio¹⁹¹.

5.8.- La libertad vigilada: art. 140 BIS CP

Esta novedad prevista en el nuevo art. 140 BIS CP, se aplica a los autores responsables de haber cometido uno o más delitos del Título I. Antes de la inclusión de esta medida en el CP, había referencias en otras leyes españolas, como es el caso de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), en cuyo art. 7.1 ya se regulaba esta cuestión¹⁹², destacando su versatilidad como medida sancionadora-educativa.

El antecedente más directo de la libertad vigilada se encuentra en el Proyecto de reforma del Código penal de enero de 2007, lo que supuso aumentar el listado de medidas no privativas de libertad. Se trataba de una medida de duración entre 6 meses y 1 año y consistía en que el penado, tanto reincidente como habitual, una vez hubiera cumplido la condena por un periodo de hasta 2 años, facilitara “*de manera efectiva y constante su localización*”¹⁹³.

¹⁸⁹ De acuerdo con lo previsto en MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 62, cuando las circunstancias que actúan como agravantes genéricas son la alevosía y el ensañamiento (ambas de carácter material), solo pueden ser computadas a aquellos que tengan conocimiento de las mismas en el momento de llevarse a cabo los hechos o de cooperar. En cambio, cuando la circunstancia es el precio, recompensa o promesa (de carácter personal), solo puede computarse la circunstancia a la persona en quien concurra.

¹⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 61.

¹⁹¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 62.

¹⁹² SANZ MORÁN, A.J. “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en MUÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J.M., FERRÉ OLIVÉ, J.C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ DE PAZ, M. (dir.) y NÚÑEZ DE PAZ, M. (ed. y coord.). *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al profesor Gerardo Landrove Díaz*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2011, pp. 1002-1003. De acuerdo con el art. 7.1 LORPM “*libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela o centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquella a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga a seguir las pautas socioeducativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez [...]*”.

¹⁹³ SANZ MORÁN, A.J. “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, ob. cit., pp. 997-998.

Finalmente, este Proyecto decae y la labor legislativa continúa con el Anteproyecto de julio de 2009, en el que se introducen dos novedades:

-Por una parte, la libertad vigilada pasa a ser aplicable no solo cuando la peligrosidad del sujeto deriva de estados patológicos que han derivado en su inimputabilidad o semiimputabilidad, sino también cuando dicha peligrosidad deriva del perfil de personalidad del individuo o de la naturaleza del hecho que haya cometido ¹⁹⁴.

-Por otra parte, se abandona el sistema “neo-monista” y se pasa a uno “dualista” de acuerdo con el cual *“allí donde la pena no resulte suficiente o adecuada para excluir un riesgo adecuado de reincidencia, descartada la opción consistente en la prolongación de la duración de aquella por chocar con principios elementales del derecho penal que la Constitución española ampara, sólo queda el recurso a las medidas de seguridad”* ¹⁹⁵. A través de dichas medidas se persigue no solo proteger a las víctimas, sino también su rehabilitación y reinserción en sociedad.

Este Anteproyecto de 2009, se convertiría casi sin cambios con posterioridad, en la LO 5/2010, de 22 de junio, que marcó el inicio del cambio de paradigma en relación a las sanciones penales configuradas durante la democracia, ya que *“se abría la puerta a la posibilidad de imponer una medida de seguridad no privativa de libertad a sujetos imputables una vez estos hubieran cumplido una pena de prisión”* ¹⁹⁶.

Esta nueva medida, no se circunscribe únicamente a los supuestos de reincidencia y habitualidad criminal, sino que era aplicada en dos supuestos: los delitos sexuales y los relacionados con el terrorismo. Algunos autores como García Albero afirman que *“apenas existe país alguno de nuestro entorno cultural que no prevea con mayor o menor extensión medidas de vigilancia tras el cumplimiento de la pena de prisión, especialmente para el caso de los autores de delitos sexuales o violentos con alto riesgo de reincidencia”* ¹⁹⁷.

¹⁹⁴ SANZ MORÁN, A.J. “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, ob. cit., p. 1001.

¹⁹⁵ SANZ MORÁN, A.J. “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, ob. cit., pp. 1001-1002.

¹⁹⁶ SALAT PAISAL, M. “La libertad vigilada”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi) 2015, p. 203.

¹⁹⁷ GARCIA ALBERO, R. “Ejecución de penas en el Proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009, pp. 127-128. Este autor así mismo, hace referencia a medidas de libertad vigilada de países anglosajones, como es el caso de las *“sexual offences prevention orders”* del Reino Unido; las introducidas en la *“Sex Offenders Act”* en Irlanda; o la *“lifetime supervision”* de los Estados Unidos. Existen también instituciones con funciones similares a la libertad vigilada en el ámbito del derecho continental europeo, en países como Italia, Francia o Alemania entre otros, pp. 129-132.

Es interesante destacar que con esta regulación de 2010 se prevé la imposición preceptiva de la libertad vigilada¹⁹⁸ “*siempre que así lo disponga de manera expresa este código*”, sin tomar en consideración la existencia de reincidencia o habitualidad, desvinculándose de los criterios generales que deciden acerca de la imposición de una medida de seguridad (art. 95 CP). Esta situación tiene lugar en los dos casos citados: en los delitos contra la libertad sexual (art. 192.1 CP) y en los delitos de terrorismo (art. 579.3 CP)¹⁹⁹. Es decir, en estos preceptos se contiene implícitamente una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad criminal tal y como afirma el art. 95.1.2 CP “*que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*”.

Posteriormente, con la reforma introducida por la LO 1/2015 se justifica su ampliación a un número más amplio de delitos en el apartado XXII del Preámbulo: se introduce el art. 140 BIS CP para el homicidio y sus formas (asesinatos, homicidios dolosos, homicidios imprudentes, inducción al suicidio...)²⁰⁰ y el art. 156 TER CP para los delitos de lesiones y malos tratos en caso de tratarse de víctimas de violencia de género y doméstica (art. 173.2 CP).

En realidad, dicha reforma afecta a pocos ámbitos de la libertad vigilada, siendo las únicas variantes introducidas en lo relativo a los sujetos imputables, pero sin modificar lo previsto para los inimputables o semiimputables en la LO 5/2010. Además, ahora el régimen de aplicación de la libertad vigilada es potestativo, lo que obliga a valorar la peligrosidad del sujeto en cada caso concreto.

Lo que supone la introducción de este nuevo precepto, es que se pueda imponer esta medida de seguridad no privativa de libertad de forma adicional a la pena correspondiente, con el objetivo de controlar la peligrosidad del sujeto en cuestión. Se conformó así un sistema dual de penas y medidas de seguridad, que no ha dejado de estar sujeto a críticas²⁰¹.

¹⁹⁸ Excepto cuando se comete un único delito menos grave por un delincuente primario.

¹⁹⁹ SANZ MORÁN, A.J. “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, ob. cit., pp. 1018-1019.

²⁰⁰ Por razones de ubicación sistemática del propio precepto y de justicia material y proporcionalidad, entienden los autores que la aplicación de esta medida se circunscribe a los dos primeros delitos mencionados. Extraído de MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 62.

²⁰¹ BALBUENA PÉREZ, D.E. “La libertad vigilada en la reforma del Código Penal de 2015. Un paso más hacia la radicalización del dualismo”, en PÉREZ ÁLVARE, F. (coord.), DÍAZ CORTÉS, L.M., HEREDERO CAMPO, M^a.T., VILLASANTE ARROYO, N.J. (coords.). *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca) 2016, p. 356.

Destacar que en todo caso es necesario para poder imponer la libertad vigilada, que exista un pronóstico de peligrosidad (art. 95 CP), puesto que no se admiten las presunciones “*iuris et de iure*” en atención al tipo delictivo cometido ²⁰².

Por último, mencionar las numerosas críticas vertidas sobre este nuevo art. 140 BIS CP. Si bien puede preverse que el legislador al introducir este precepto, estaba pensando en aplicar esta medida únicamente a los delitos tipificados como homicidio doloso y asesinato, el resultado que se ha conseguido con esta reforma de 2015, ha sido su imposición también para delitos como el homicidio imprudente o la inducción al suicidio ²⁰³.

²⁰² SANZ MORÁN, A.J. “La reforma de los delitos contra la vida”, ob. cit., p. 834.

²⁰³ SALAT PAISAL, M. “La libertad vigilada”, ob. cit., p. 211.

VI. CONCLUSIONES

Ha quedado constatado a lo largo de la historia de la humanidad, a pesar de las cambiantes regulaciones y terminologías empleadas, que hay unanimidad en las generaciones sucesivas en rechazar aquellas actuaciones tan reprochables y sin ninguna finalidad legítima, como las consistentes en acabar con la vida de una persona. Tal es la situación, que muchas de las circunstancias que configuran a día de hoy el asesinato, se han mantenido inalteradas desde las regulaciones más prematuras como la del Código penal de 1822.

En todo caso, es importante tener en cuenta que a pesar de las constantes reformas que ha sufrido la regulación del delito del asesinato, no se trata de una cuestión banal, sobre todo si se tiene presente que el objeto litigioso atacado es ni más ni menos que la vida humana, configurada como un derecho fundamental en la Constitución.

En general la reforma del año 2015 en lo que al delito del asesinato se refiere, se caracteriza por ser para muchos autores “improvisada”, puesto que ni en la Exposición de Motivos se ofrecen argumentos que demuestren la necesidad de dicha reforma, ni tampoco en los años precedentes a la adopción de este cambio legislativo, las cifras de criminalidad eran superiores a las de otros países, como para que el legislador se alertase ante tal circunstancia y decidiera modificar la legislación penal.

Es más, en contra de la tradicional tendencia histórica de reducir progresivamente las circunstancias configuradoras del asesinato, con la reforma de la LO 1/2015 se añadió una nueva circunstancia a las tres ya existentes. Además de ello, las nuevas modalidades del tipo hiperagravado del asesinato (art. 140.1 CP) plantean en muchas ocasiones, como ya se explicó en el apartado V del trabajo, problemas de compatibilidad con algunas de las circunstancias del art. 139.1 CP. Esto supone que en lugar de haber creado una reforma que facilite la aplicación de la ley penal a los casos concretos, por el contrario, los tribunales se encuentran con lagunas legislativas de difícil interpretación, que podrían incluso llegar a traducirse en la resolución de manera diferente de casos sustancialmente idénticos.

Precisamente es en estos ámbitos de mayor controversia y delicadeza, en los que de manera muchas veces inevitable, se deja un mayor papel de actuación e influencia al “*populismo punitivo*”²⁰⁴. Por tal se considera aquella tendencia o corriente que trata de aprovecharse del dolor y las inseguridades de las víctimas y colectivos afectados por determinados delitos, con

²⁰⁴ Este fenómeno puede apreciarse en casos de gran repercusión en nuestro país como el “Caso Alcácer”, el “Caso Marta del Castillo”, el “Caso Mari Luz”, el “Caso Bretón” o el “Caso Asunta”, entre otros.

la finalidad de encauzar los debates sociales acerca de los mismos en una determinada dirección y criminalizar con mayor gravedad determinadas conductas. Con esto lo que se genera, es un clima de descontento generalizado de una sociedad con la regulación penal, en nuestros días inducido en gran medida, por la actividad de los medios de comunicación.

Así gran parte de la población, sin una formación mínima básica que les permita comprender los fines perseguidos por el Derecho penal y los objetivos pretendidos al imponer las correspondientes penas, entiende que los delitos especialmente reprobables (como el caso del asesinato o las agresiones sexuales), deben ser eliminados, o al menos reducidos, mediante la imposición de penas de elevada gravedad a los autores de los mismos. Con el objetivo de dar respuesta a este reclamo se pronuncia la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 cuando afirma que *“se hace preciso un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”*.

Esto explica por qué gran parte de la ciudadanía aplaude y considera acertada la introducción de la pena de prisión permanente revisable, lo que para muchos autores (posición en la que a nivel personal también me incluyo) no constituye un avance, sino más bien un retroceso en la regulación penal, puesto que se aleja de los objetivos perseguidos por el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho como nuestro país, siendo tales la imposición de penas orientadas a la reinserción y reeducación social de los condenados.

El peligro de esta situación, radica en apartarse progresivamente del ordenamiento jurídico y crear leyes o modificar las ya existentes, dejándose llevar por fenómenos de gran movilidad social como son: por un lado, la actividad electoral de los partidos políticos con independencia de su orientación ideológica, que en muchas ocasiones utilizan egoístamente estos temas de gran conmoción social para captar mayor electorado; y por otro lado, la ya mencionada convulsa repercusión mediática, que provoca que las personas se posicionen guiados únicamente por su instinto emocional, sin considerar la lógica racional del asunto.

En todo caso no debe olvidarse que la finalidad que se busca en el Derecho penal con la imposición de penas, y en concordancia con el art. 25.2 CE, es la reeducación y reinserción social de los condenados, junto con la capacidad de las mismas de prevenir y disuadir al delincuente de llevar a cabo una nueva actividad delictiva. Con el nuevo sistema implantado por la reforma de 2015, estos objetivos pueden verse quebrados, sobre todo por la dificultad de poder demostrar que, mediante la imposición de sanciones cada vez más duraderas y de mayor gravedad, la reincidencia delictiva se reduce y la sociedad queda de esta manera mayormente protegida.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento*, Granada (editorial Comares S.L.) 2015
- ALONSO ÁLAMO, M. “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015” en *Cuadernos de política criminal*, nº 117 (2015)
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Derecho penal español parte especial (I)*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2011
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL. “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis), en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi) 2015
- ANTÓN ÓNECA, J. “EL Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, fascículo nº3 (1965)
- BALBUENA PÉREZ, D.E. “La libertad vigilada en la reforma del Código Penal de 2015. Un paso más hacia la radicalización del dualismo”, en PÉREZ ÁLVARE, F. (coord.), DÍAZ CORTÉS, L.M., HEREDERO CAMPO, M^a.T., VILLASANTE ARROYO, N.J. (coords.). *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca) 2016
- CORRAL LAFUENTE, J.L. *Historia de la pena de muerte*, Madrid (Editorial Aguilar) 2005
- ESER/KOCH. “Die vorsatzlichen Tötungstatbestände. Eine reformpolitisch-rechtsvergleichende Struktur- und Kriterienanalyse” en ZStW nº 92. Berlín: De Gruyter, 1980
- ESQUINAS VALVERDE, P. “El homicidio y sus formas”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLO, E. (dir.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2018
- FERNÁNDEZ CODINA, G. *Prisión permanente revisable. Una nueva perspectiva para preciar su constitucionalidad en tanto que pena de liberación condicionada*, Barcelona (Bosch Editor) 2019
- GARCIA ALBERO, R. “Ejecución de penas en el Proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., ORTOS BERENGUER, E., y ROIG TORRES, M. *Esquemas de Derecho Penal. Parte especial*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010
- GONZÁLEZ RUS, J.J. “Del homicidio y sus formas (I). El homicidio”, en CARMONA SALGADO, C., COBO DEL ROSAL, M., DEL ROSAL BLASCO, B., RUS GONZÁLEZ, J.J., MORILLAS CUEVA, L., QUINTANAR DÍEZ. M. y COBO DEL ROSAL, M. (coord.). *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid (Dykinson, S.L.) 2005
- GONZÁLEZ RUS, J.J. “Formas de homicidio (2). Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia”, en CARMONA SALGADO, C., COBO DEL ROSAL, M., DEL ROSAL BLASCO, B., RUS GONZÁLEZ, J.J., MORILLAS CUEVA, L., QUINTANAR DÍEZ. M. y COBO DEL ROSAL, M. (coord.). *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid (Dykinson, S.L.) 2005
- GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2007

LANDROVE DÍAZ, G. “La abolición de la pena de muerte en España”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 34, Fascículo 1 (1981)

LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., MANZANO PÉREZ, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J. y MARTÍNEZ GARAY, L. “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en ARROYO ZAPATERO, L., LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., PÉREZ MANZANO, M (ed.) y RODRÍGUEZ YAGUË (coord.). *Contra la cadena perpetua*, Cuencia (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha) 2016, p.28.

LISZT, F.V. “Verbrechen und Vergehen wider das Leben”, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländisches Strafrecht BT, V Bd.*, Berlin 1905

MARTOS NUÑEZ, J.A. *El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*, Sevilla (J.M. Bosch Editor) 2017

MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, Madrid (Editorial Reus) 2021

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2019

PACHECO, J. F. *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid (Imprenta de la viuda de Perinat y Compañía) 1856

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*, nº29 (2014)

PEÑARANDA RAMOS, E. “Delito de asesinato: arts. 139,140 y 140 bis CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.) y GÓMEZ-ALLER, J. (coord.). *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2013

PEÑARANDA RAMOS, E. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Madrid (Editorial B de F Ltda.) 2014

PEÑARANDA RAMOS, E. “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*, nº13 (2017)

PEÑARANDA RAMOS, E. “Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma del 2015 del Código Penal”, en BACIGALUPO SAGGESE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y ECHANO BASALDUA, J.I. (coord.). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid (Ramón Areces) 2016

PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid (Constitución y Leyes, COLEX) 1997

QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona (JM Bosch Editor) 1992

QUITANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código Penal*, Madrid (Revista de Derecho Privado) 1966

QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Madrid (Editorial de Derecho Reunidas SA) 1978

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. “El derecho comparado como método de política criminal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 32, fasc.1º (1979)

ROMEO CASABONA, C. M^a. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Madrid (Editorial COMARES) 2004

SANZ MORÁN, A.J. “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en MUÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J.M., FERRÉ OLIVÉ, J.C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ PAZ, M. (dir.) y NÚÑEZ PAZ, M. (ed. y coord.). *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al profesor Gerardo Landrove Díaz*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2011

SANZ MORÁN, A.J. “La reforma de los delitos contra la vida”, en MAQUEDA ABREU, M^a L., MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (coord.). *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

SANZ MORÁN, Á. J. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48 (1995)

SALAT PAISAL, M. “La libertad vigilada”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi) 2015

SEVILLANO CALERO, F. “Política y criminalidad en el “nuevo estado” franquista. La criminalización del “enemigo” en el derecho penal de posguerra”, en *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, nº 35 (2016)

SIERRA LÓPEZ, M^a.V. “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*, nº21 (2019)

TAMARIT SUMALLA, J.M. “La prisión permanente revisable”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi) 2015

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

VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, M^a.L., BORJA JIMÉNEZ, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (autores) y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.). *Derecho penal. Parte especial*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2019

VIII. WEBGRAFÍA, CÓDIGOS Y LEYES

Diário da República Electrónico, en *Legislação Consolidada*, Código Penal. Disponible en: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, en Áreas Temáticas, Código Penal. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

Légifrance: le service public du la diffusion du droit, Code pénal. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF [Consulta: 19 de marzo de 2022].

Revista pensamiento penal, Código Penal alemán (traducido al español). Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35633.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. (2015). Cuadro comparativo: 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. *Observatorio de la justicia y de los abogados*. Disponible en: <https://web.icam.es/bucket/CUADRO%20COMPARATIVO%20DEL%20C%C3%93DIGO%20PENAL%20LO%201-2015%20CP.pdf> [Consulta: 11 de abril de 2022].

Código Penal de 1822, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822. Disponible en: <https://www.palladinopellonabogados.com/wp-content/uploads/2016/07/Codigo-Penal-Espa%C3%B1ol-1822.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

Código Penal reformado, Gaceta de Madrid, suplemento al número 243, de 31 de agosto de 1870. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

Real decreto-ley por el que se aprueba el proyecto de Código Penal, Gaceta de Madrid, número 257, de 13 de septiembre de 1928. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1928/257/A01450-01526.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

Código penal, Gaceta de Madrid, número 310, de 5 de noviembre de 1932. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/310/A00818-00856.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el Código Penal de 1944, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. BOE, número 13. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/013/A00427-00472.pdf> [Consulta: 19 de marzo de 2022].

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

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM).

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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.

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

Constitución española de 1978

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil

Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

IX. JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Supremo:

1. STS de 23 de noviembre de 1934.
2. STS de 7 de julio de 1953.
3. STS de 26 de abril de 1974.
4. STS de 21 de diciembre de 1977.
5. STS de 3 de noviembre de 1993
6. STS 86/1998, de 15 de abril.
7. STS 49/2004, de 22 de enero.
8. STS 1007/2006, de 10 de octubre.
9. STS de 17 de junio de 2011.
10. STS 1403/2011, de 28 de diciembre.
11. STS 618/2012, de 4 de julio.
12. STS 1000/2012, de 18 de diciembre.
13. STS 12/2014, de 24 de enero.
14. STS 626/2015, de 28 de octubre.
15. STS 11/2017, de 19 de enero.
16. STS 80/2017, de 10 de febrero.
17. STS de 24 de abril de 2017.
18. STS 716/2018, de 16 de enero.
19. STS 102/2018, de 1 de marzo.
20. STS de 5 de mayo de 2020.
21. STS 418/2020, de 21 de julio.
22. STS 790/2021, de 18 de octubre.

Sentencias del Tribunal Constitucional:

1. STC 147/2000, de 29 de mayo.
2. STC 37/2018, de 23 de abril.
3. STC 169/2021, de 6 de octubre.

Sentencias de Audiencias Provinciales:

1. SAP de Sevilla de 6 de junio de 2017.
2. SAP de Pontevedra de 14 de julio de 2017.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

1. STEDH de 12 de febrero de 2008 “Asunto Kafkaris contra Chipre”.
2. STEDH de 18 de septiembre de 2012 “Asunto James, Wells y Lee contra Reino Unido”.
3. STEDH de 9 de julio de 2013 “Asunto Vinter y otros contra Reino Unido”.
4. STEDH de 26 de abril de 2016 “Asunto Murray contra Países Bajos”.