



---

# Universidad de Valladolid

**FACULTAD DE DERECHO**  
**GRADO EN DERECHO**  
**EL DELITO DE ASESINATO**

**Autora:**

**Claudia San Miguel Escudero**

**Tutor:**

**Ángel Sanz Morán**

Valladolid 2024

# ÍNDICE:

I.	INTRODUCCIÓN:	4
II.	CONDUCTA TÍPICA:	5
2.1	Introducción:	5
2.2	Circunstancias:	5
2.2.1	<i>Alevosía:</i>	6
2.2.2	<i>Precio, recompensa o promesa:</i>	13
2.2.3	<i>Enseñamiento:</i>	15
2.2.4	<i>Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra:</i>	20
III.	ASESINATO HIPERAGRAVADO (PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE ART. 140 CP)	23
3.1	Consideraciones generales:	23
3.2	Circunstancias:	24
3.2.1	<i>Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad:</i>	24
3.2.2	<i>Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima:</i>	29
3.2.3	<i>Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal:</i>	31
3.3	El artículo 140.2 del Código Penal:	31
IV.	PROBLEMAS GENERALES RESPECTO DE LA TEORÍA DEL DELITO	35
4.1	Omisión:	35
4.2	Causas de justificación:	36
4.3	Formas de culpabilidad:	37
4.4	Iter criminis:	39
4.5	Autoría y participación:	41
4.6	Concursos:	42
V.	PENALIDAD Y LIBERTAD VIGILADA	44
5.1	Penalidad:	44
5.2	Libertad vigilada:	49
VI.	CONCLUSIONES	51
VII.	BIBLIOGRAFÍA:	53

## **RESUMEN:**

A través de este trabajo de investigación vamos a analizar 4 conceptos: la conducta típica, el asesinato hiperagravado (prisión permanente revisable), los problemas generales respecto de la teoría del delito y, por último, la penalidad y la libertad vigilada; todos ellos coordinados hacia un objetivo común: analizar el delito de asesinato tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015.

**PALABRAS CLAVE:** asesinato, Código Penal, delito, pena, tipo básico, tipo agravado, tipo hiperagravado, prisión permanente revisable, reforma.

## **ABSTRACT:**

Through this research work we are going to analyze 4 concepts: typical behavior, hyper-aggravated murder (permanent reviewable prison), general problems regarding the theory of crime and, finally, punishment and supervised release; all of them coordinated towards a common objective: to analyze the crime of murder after the reform introduced by Organic Law 1/2015.

**KEY WORDS:** murder, Penal Code, crime, penalty, basic type, aggravated type, hyper-aggravated type, reviewable permanent prison, reform.

## I. INTRODUCCIÓN:

La reforma del Código Penal llevada a cabo en 2015 modificó a fondo la regulación de los delitos contra la vida, como consecuencia de la introducción de la pena de prisión permanente revisable (pena acerca de la cuál no me ocuparé a fondo, aunque si realizaré una breve referencia a la misma); de hecho, en el primer Anteproyecto de lo que después fue la Ley Orgánica se dejaban igual los delitos contra la vida y fue en un segundo Anteproyecto (que se convertiría en el Proyecto que entró en las Cortes) donde, simultáneamente, se introduce la nueva pena y se reforman los delitos contra la vida<sup>1</sup>.

Esta forma de proceder viene a dar la razón a lo que tradicionalmente, hace más de un siglo, expuso Liszt quien entendía que no existe un concepto de asesinato reconocido con carácter general, sino que es la pervivencia de la pena capital la que obliga a seleccionar algunas formas de homicidio doloso a las que vincular su aplicación. Por lo que, en definitiva, existe el asesinato porque hay pena de muerte.

Este argumento fue retomado décadas más tarde por Artz, el cual considera que el punto de partida no es la pena de muerte sino la reclusión perpetua.

Esta conexión entre pena de muerte o reclusión perpetua y delito de asesinato fue expuesta por primera vez en nuestra doctrina por Torío López, hace más de cuarenta años. En este sentido, también participa Peñaranda Ramos, quien incide en el papel determinante de la incorporación de la prisión permanente revisable al catálogo de penas.

La incorporación de esta pena es debido a su necesidad preventiva frente a crímenes especialmente graves y su presencia en el derecho comparado. Esta presencia estaba ligada por su carácter de alternatividad con la pena de muerte.

Y aunque es admitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lleva consigo una serie de condiciones como que la ley nacional ofrezca su posibilidad de revisión o permitir la extradición de sus condenados (Tribunal Constitucional español).

Las dudas de constitucionalidad de esta pena tendrían que ver con la eventual lesión del principio de legalidad y su exigencia de taxatividad ya que no se concreta su duración.

---

<sup>1</sup> SANZ MORAN A. “La reforma de los delitos contra la vida”, en 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, pp. 821-838

Todo esto llevo a Torío López a entender que esta pena “es la verdadera zoología de la represión” y que “se desconocen las propiedades humanas específicas, siendo el hombre tratado como animal”.

Además, destaca que la incorporación de la pena de prisión permanente revisable provoca el endurecimiento del resto de penas.

Se considera que merece rechazo esta regulación tan radical y repentina que se produjo con la introducción de esta nueva circunstancia del delito de asesinato.

## **II. CONDUCTA TÍPICA:**

### **2.1 Introducción:**

Torio López hace una constatación acerca de la mutabilidad histórica del delito de asesinato, incluso afirmando que el delito de asesinato es una “figura creada predominantemente por la ley”. Incide también en el desacierto de configurar “un tipo agravado diferencial de delito acudiendo a características autónomas a la culpabilidad” y menos aún “a un sustrato criminológico”. Por lo que lo correcto sería vincular “la formación legislativa del tipo de asesinato al desvalor objetivo-impersonal del hecho, en tanto que la culpabilidad subjetivo-personal no puede ser tomada en cuenta en el tipo de delito”<sup>2</sup>.

### **2.2 Circunstancias:**

Según expone el artículo 139 del Código Penal:

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

*1.ª Con alevosía.*

*2.ª Por precio, recompensa o promesa.*

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

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

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

---

<sup>2</sup> SANZ MORAN A. “La reforma de los delitos...”, cit. 1, pp. 821-838

Por lo que, a continuación, vamos a explicar cada una de ellas.

### 2.2.1 *Alevosía:*

La definición está contenida en el artículo 22.1 del Código Penal, siendo esta *“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”*.

Como circunstancia agravante, la alevosía supondría la imposición de la pena en su mitad superior si no concurre con otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal<sup>3</sup>.

En cuanto a su fundamento, lo encontramos respondiendo a la pregunta de por qué se contempla esta actuación. Y en este punto, debemos de descartar como fundamento el grado de peligrosidad del autor.

La doctrina no es unánime al respecto de la naturaleza y fundamentación de la alevosía, ya que para algunos autores tiene carácter subjetivo y para otros, objetivo. Por lo que, los que la consideran una circunstancia subjetiva, la sitúan dentro de la culpabilidad.

En cambio, los que consideran como fundamentador ese carácter objetivo, la sitúan dentro de un mayor injusto<sup>4</sup>.

Pero realmente al hablar del fundamento de la alevosía nos referimos a los motivos de índole político-criminal los cuales provocan su regulación. Por lo que, como la alevosía ha ido evolucionando como circunstancia agravante provoca que tengamos que dividir su fundamentación en 3 fases ya que esta también ha variado.

- Primera fase: La alevosía como traición

En esta fase la alevosía es entendida como una forma de actuar ocultando el ánimo hostil al sujeto pasivo. Pero también como una deslealtad ya que vulnera la confianza existente entre ambos sujetos yendo en contra de la forma correcta de obrar impuesta por la sociedad.

---

<sup>3</sup> GONZALEZ SANCHEZ, P. “Concepto y clases de alevosía” en Blog *PGS Abogados penalistas*

<sup>4</sup> SANCHEZ MORA, F. J. *Fundamento y naturaleza de la alevosía: conversión de homicidio en asesinato*. Extremadura, 2010 y pp. 6-8.

- Segunda fase: La alevosía como aseguramiento del hecho

En el código penal de 1848 se definía esta circunstancia como “*obrar a traición y sobre seguro*” aunque fue años más tarde a “*obrar a traición o sobre seguro*”. En esta etapa además de equiparar ambos significados, se sigue utilizando el término traición, pero aquí entendido como un modo de obrar descrito por su finalidad siendo ésta el aseguramiento del hecho.

- Tercera fase: La alevosía como cobardía o falta de riesgo

El código penal de 1870 definía la alevosía como “*el empleo de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido*”. En esta etapa lo que observamos es que desaparece la idea de considerarla una traición y se fundamenta sobre el aseguramiento del hecho, ya visto en la anterior teoría, y la falta de riesgo para el autor o más comúnmente denominada como cobardía<sup>5</sup>.

A continuación, vamos a exponer acerca de los elementos de la alevosía, los cuales son extraídos de la definición de alevosía contenida en el artículo 22.1 del Código Penal de 1995. Estos elementos son 3: normativo, objetivo y subjetivo.

En primer lugar, nos encontramos con el elemento normativo el cual corresponde a la exigencia de que el empleo de la alevosía se dirija a la comisión de cualquiera de los delitos contra las personas.

Este primer elemento ha sufrido una larga evolución que va desde el Código penal de 1822 al de 1995, pero nos vamos a centrar en su análisis en la actualidad.

Comenzando por el análisis que lleva a cabo la doctrina nos encontramos con varias posturas.

- Los autores que identifican la expresión “delitos contra las personas” con los delitos comprendidos en los Títulos I a IV del Libro Segundo del Código Penal.

Este conjunto de autores lo encabeza Muñoz Cuesta el cual considera que al eliminar la rúbrica de “*delitos contra las personas*” del Código penal la alevosía debería de aplicarse únicamente a los “*delitos de carácter personalísimo*” o a aquellos que la “*forma de ataque sea de*

---

<sup>5</sup> MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia agravante del artículo 22.1 del código penal*, Madrid, Reus editorial, 2021, pp. 91-94

*acometimiento físico*”<sup>6</sup>. Como el daño físico debe de ser el núcleo central del delito, este autor considera que la alevosía no sería aplicable a aquellos delitos cuya única motivación sea poner en peligro la vida o integridad física de una persona. Por tanto, sería aplicable a los delitos de homicidio, aborto y lesiones.

López Garrido y García Arán, coinciden con Muñoz Cuesta en que la alevosía debería aplicarse a aquellos delitos que se encontraban bajo el Título “*delitos contra las personas*”<sup>7</sup>, sin embargo, para delimitar esta circunstancia del abuso de superioridad añaden “*en todo caso, la esencia de la alevosía, consistente en emplear medios o formas de ejecución que disminuyan la defensa de la víctima, conduce a restringirla a delitos contra las personas que puedan ejercitar tal defensa, de manera que si se aprovecha una situación de inferioridad preexistente sin interposición de medios alevosos, la circunstancia aplicable es, en su caso, el abuso de superioridad, que de todas formas resulta inherente, por ejemplo, a las lesiones al feto, y como tal, no podrá estimarse en este delito (art. 67)*”.

- Los autores que identifican la expresión “delitos contra las personas” con los delitos que materialmente consistan en homicidio o lesiones, independientemente de su colocación sistemática.

Para Antón Oneca la expresión “delitos contra las personas” a su vez “*demasiado larga y demasiado corta*”<sup>8</sup>. Aquí lo que nos quiere decir el autor es que existen delitos contra las personas en los cuales no es posible la apreciación de la alevosía (demasiado larga) pero también existen figuras complejas que se quedan fuera de los delitos contra las personas (demasiado corta).

En cambio, Cerezo Mir limita el concepto de delitos contra las personas como “*aquellos delitos que protegen la vida humana independiente y la integridad corporal, con independencia del Título en que estén regulados y aunque en algún caso se proteja al mismo tiempo otro bien jurídico*”<sup>9</sup>.

La alevosía no es para Camargo Hernández aplicable a todos los delitos contra las personas, ya que considera que únicamente era aplicable esta circunstancia agravante, dentro del antiguo Título VIII del Libro II del Código Penal, al parricidio, castración, delito de aborto

---

<sup>6</sup> MUÑOZ CUESTA, J., en ARROYO DE LAS HERAS, A. Y GOYENA HUERTA, J. (coord.). *Las circunstancias agravantes en el código penal de 1995*, Aranzadi, 1997, p.28.

<sup>7</sup> LOPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARAN, M. *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p.54.

<sup>8</sup> ANTON ONECA, J. *Derecho penal, 2ª edición*, Akal, 1986, pp. 389 y ss.

<sup>9</sup> CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español*, Tomo II, 6ª edición, Tecnos, 2005, pp. 375-376.

con muerte o lesiones graves, etc. Pero también, son aplicables delitos que están fuera de ese título ya que atentan contra bienes jurídicos adicionales a la persona <sup>10</sup>.

- o Autores que identifican la expresión “delitos contra las personas” con aquellos delitos en los que la víctima es una persona.

La postura tomada por Quintano Ripollés defiende que *“doctrinalmente, la agravación de la alevosía no repugna a otras muchas modalidades delictivas excluidas del título de las de “contra las personas”<sup>11</sup>”*.

En conclusión, el ámbito de aplicación de la alevosía lo integra aquellos delitos que cumplan los siguientes requisitos<sup>12</sup>:

1. Que sean delitos de resultado en los que haya una o varias víctimas
2. En el delito debe de ser imaginable una defensa

En segundo lugar, tenemos el elemento objetivo de la alevosía. El comienzo de esta circunstancia lo determina el empleo de un medio, modo o forma que tienden a garantizar el éxito ejecutivo. Podemos señalar, además, que esta figura se caracteriza por la desigualdad de condiciones existentes entre la parte activa y pasiva, siendo estos agresor y víctima respectivamente<sup>13</sup>.

En cuanto a las modalidades de la alevosía, Quintero Olivares<sup>14</sup> las define como:

- a) Es alevosía proditoria aquella que se da *“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”*, distinta de
- b) La alevosía sorpresiva, que surge *“cuando se produce un ataque inesperable para la víctima”*. Además, añade que *“la agresión repentina que sorprende a la víctima da vida a la alevosía con independencia de que se trate de un ataque frontal o por la espalda, pues la incapacidad de oponer defensa procede de la sorpresa, porque de ese modo se aprovecha la desprevenición de la víctima”*.

---

<sup>10</sup> CAMARGO HERNANDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pp. 57 y ss.

<sup>11</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A. “Comentarios al código penal” en *Revista de derecho privado*, Madrid, 1966, pp. 205-206.

<sup>12</sup> MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía...*, cit. 3, pp. 200-201.

<sup>13</sup> GOMEZ RIVERO, C. “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal” en *Revista de derecho y proceso penal* 4, (2000), pp.35-59

<sup>14</sup> QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al código penal*, Tomo I, 7ª edición, Aranzadi, 2016, pp. 304-305.

Para el autor ambas son consideradas como aspectos objetivos ya que encajan en el “medio, modo o forma” de la ejecución.

Pero Rodríguez Mourullo, defiende, como la mayor parte de la doctrina, la clasificación tripartita del Tribunal Supremo:

- a) Proditoria: siendo esta equivalente a la traición, que se caracteriza por la trampa o el acecho. En la que el agresor se cubre y aparece cuando la víctima no lo espera.
- b) Súbita o inopinada: cuando el ataque se lleva a cabo inesperadamente.
- c) Aprovechamiento del desvalimiento: que se produce por la condición de sujeto pasivo, como ancianos, inválidos, etc. Siendo indiferente que el desvalimiento se haya provocado por el sujeto activo o aprovechada por este.

Esta tercera modalidad es debatida en la doctrina, ya que autores como Francisco Javier Álvarez García, no comparten la idea de extender la alevosía a los seres constitucionalmente indefensos<sup>15</sup>.

Esto es debido a diversas razones:

1. Ya que la circunstancia se agrava no por la condición del sujeto pasivo sino por los medios comisivos empleados.
2. Porque frente a determinados seres, por ejemplo, un tetrapléjico, cualquier conducta por parte del sujeto activo no impediría la indefensión de estos.
3. Porque se prescindiría del elemento subjetivo presente en esta circunstancia.

Otro aspecto que se tiene en cuenta aquí es si es posible la alevosía mediante actos omisivos. Tanto Altés Martí como Gracia Martín consideran que no es posible.

Para el primer autor no cabe “*por la pura interpretación del precepto del código penal, que establece que la alevosía debe producirse “empleando medios, modos o formas”. Al utilizar el verbo emplear, descarta toda posibilidad de comisión omisiva, pues este término lleva siempre un hacer positivo y presupone una acción dinámica por parte del sujeto*”<sup>16</sup>. No descarta el empleo de medios morales, sin embargo, matiza que para la apreciación de esta circunstancia debe de ser imaginable una defensa.

---

<sup>15</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. *Tratado de derecho penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas (3a edición aumentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las LO 1 y 2/2019)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp.178-189.

<sup>16</sup> ALTÉS MARTÍ, M.A. *La alevosía*, Valencia, 1982, pp. 120 y ss.

Para el segundo de los autores, *“no puede admitirse la alevosía por omisión, pues, si bien el autor puede asegurar el resultado por omisión, no puede por omisión emplear medios que excluyan la defensa de la víctima, pues esta defensa ha de proyectarse siempre sobre una agresión cometida por el autor, y es evidente que la omisión no es agresión”*<sup>17</sup>. Lo que sí sería posible *“es que la víctima realizara acciones dirigidas a los factores causales peligrosos que amenazan con realizarse en el resultado, acciones que el autor ha omitido”*.

A continuación, vamos a hacer especial mención a una modalidad de alevosía denominada por el Tribunal Supremo como *“alevosía doméstica o convivencial”*<sup>18</sup>. Lo que sucede es que se modula la sorpresa de la víctima, entendiéndose que, por haber una mayor confianza en el hogar y con las personas con las que se convive, y, por esta confianza, esperar de ellas una posibilidad menor de ataque, cuando se produce éste la sorpresa es mayor y, por lo tanto, el grado de indefensión de la víctima se aumenta. Siendo esta más bien una situación especial de alevosía sorpresiva que una modalidad diferenciada.

El encaje de esta modalidad dentro del derecho penal de género es complicado ya que su empleo es a su vez *“demasiado corto”* y *“demasiado largo”*<sup>19</sup>.

*“Demasiado corto”* porque existen situaciones en las que entra en juego el derecho penal de género que no se ven afectadas por la alevosía convivencial. El derecho penal de género se basa en una relación de afectividad entre el autor y la víctima independientemente de la convivencia, aunque a veces va acompañado de ella.

*“Demasiado largo”* porque existen situaciones de convivencia no cubiertas por la violencia de género ya que, aunque existe esa convivencia no existe relación con la persona que convive.

Por lo que, podemos decir que la alevosía convivencial y el derecho penal de género son dos círculos secantes. Existiendo entre ellos una zona común, en la cual ambas instituciones son coincidentes, pero también existen por separado.

Es importante destacar, que en el marco de la violencia de género el vínculo entre confianza y convivencia puede ser más débil. Por lo que, ni convivencia equivale a confianza, ni confianza alevosía.

---

<sup>17</sup> GRACIA MARTIN, L. y DIEZ RIPOLLES, J.L. (Coord.), *Comentarios al código penal. Parte especial*, Tomo I, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 97 y ss.

<sup>18</sup> STS 527/2012, de 20 de junio

<sup>19</sup> MATEOS BUSTAMANTE, J. La alevosía..., cit. 3, pp. 229-238

Por estas razones se llega a la conclusión de que la alevosía convivencial no se incluye dentro del marco del derecho penal de género.

Aparte vamos a examinar el momento de la alevosía ya que la cuestión temporal de esta plantea problemas.

En primero es si cabe en momentos anteriores o posteriores a la ejecución y el segundo si ha de proyectarse sobre toda la ejecución o caben la “alevosía decaída” y “sobrevenida”<sup>20</sup>.

Para resolver el primer problema debemos situarnos con la doctrina examinada la cual considera que la alevosía solo puede darse en el momento de la ejecución. Pero existe un matiz, la alevosía como el empleo de medios que provoquen indefensión en la víctima únicamente puede darse durante la ejecución, sin embargo, esa situación de indefensión puede haberse preparado con anterioridad.

En cuanto a la existencia de la “alevosía decaída”, Gracia Martín la define como “*supuestos en los que se consuma la circunstancia, pero no la muerte y luego se consuma la muerte sin la circunstancia*”<sup>21</sup>. Para su existencia deberemos de estar a las circunstancias de cada caso.

La solución de la doctrina es apreciar un concurso ideal de delitos entre asesinato en grado de tentativa y homicidio doloso consumado.

Sobre este tipo de alevosía versa la STS 790/2021, de 18 de octubre, en la cual “Dña. Montserrat apuñala, con el ánimo de acabar con su vida, a D. Constancio en el domicilio de este. A consecuencia de esto, fue trasladado al hospital y tras una intervención quirúrgica fallece”.

Dña. Montserrat es condenada como autora de un delito de asesinato con alevosía, pero el Tribunal Supremo considera que atendiendo a la versión de la acusada podría darse la alevosía decaída o frustrada ya que “*habla de un inicial acometimiento con el cuchillo por la espalda, pero luego, casi sin solución de continuidad, cambia la situación, iniciándose un forcejeo, ya cara a cara, en el curso del cual le propinaría ese elevado número de puñaladas entre las que se cuenta la mortal. En ese tramo ha desaparecido -o podría haber desaparecido el componente alevoso reconvertido en un abuso de superioridad. Y el inicio alevoso no ha sido tan determinante. Además, la explicación que ofrece la recurrente sobre el intento*

---

<sup>20</sup> MATEOS BUSTAMANTE, J. La alevosía..., cit. 3, pp. 246-248.

<sup>21</sup> GRACIA MARTIN, L. “Comentarios...”, cit. 16, pp. 122 y ss

*del finado por cortar la agresión arrebatándole el cuchillo y sujetándola aparece avalada por el hematoma en el brazo izquierdo que se observará en la acusada”<sup>22</sup>.*

La “alevosía sobrevenida” en cambio, es definida como *“aquellos supuestos en los que se comienza el delito sin la circunstancia y no se completa, y posteriormente se consuma con su presencia la muerte”*. En este caso, la doctrina entiende que cabe siempre que se produzca una ruptura de la ejecución (ya sea por el transcurso del tiempo o por un cambio en el modo de ejecución).

Por último, en tercer lugar, tenemos el elemento subjetivo. La propia existencia de este elemento provoca discusión dentro de la doctrina.

Quintero Olivares, a pesar de mantener una concepción objetiva, admite la necesidad de este elemento consistente en que *“el sujeto actúe con dolo que abarque, al mismo tiempo la utilización de los citados medios, modos o formas y su funcionalidad para asegurar la ejecución e impedir la defensa del ofendido”<sup>23</sup>.*

Para Camargo Hernández, la alevosía es una circunstancia puramente subjetiva, elemento que consiste en *“la consciencia en el culpable de que obra traicioneramente y sobre seguro; pues de otra manera, bastando para su apreciación la mera concurrencia objetiva, se llegaría al absurdo de tener que apreciar la circunstancia en los delitos culposos”<sup>24</sup>.*

En conclusión, la finalidad que debe de perseguir el autor con el empleo de medios, modos o formas alevosas ha de ser doble. Por un lado, al aseguramiento de la ejecución y por otra, al aseguramiento del autor respecto de la defensa de la víctima. En este caso, tanto el elemento objetivo como el subjetivo deben de proyectarse sobre ambas finalidades<sup>25</sup>.

### 2.2.2 Precio, recompensa o promesa:

Esta circunstancia aparece definida en el artículo 22.3 del Código Penal como *“Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa”*.

---

<sup>22</sup> STS 790/2021, de 18 de octubre

<sup>23</sup> QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios ...*, cit. 12, p. 303

<sup>24</sup> CAMARGO HERNANDEZ, C. *La alevosía...*, cit. 8, p. 39

<sup>25</sup> MATEOS BUSTAMANTE, J. *La alevosía...*, cit. 3, p. 264

Sobre su fundamento y naturaleza la doctrina plantea la cuestión de, ¿Cuál es su naturaleza?

Aunque hay disparidad de opiniones en este ámbito, la doctrina mayoritaria sostiene que la comisión de un delito por precio, recompensa o promesa se sostiene por una motivación económica, por lo que tendría carácter personal o subjetivo<sup>26</sup>.

Según Cuello Calón la razón de esta agravante es *“la bajeza del motivo”*<sup>27</sup> ya que como decía Pacheco *“nada hay tan bajo como el que mata por precio, a no ser el que mata alevosamente y sobre seguro”*.

Por lo que, si lo analizamos podemos concluir que la agravación sería únicamente imputable al que acepta realizar el asesinato estimulado por “que le dan algo”, es este caso por precio<sup>28</sup>.

Los elementos constitutivos de esta agravante son:

1. El presupuesto objetivo: la existencia de precio, recompensa o promesa. El precio es según Antón Oneca *“el valor pecuniario en que se estima algo”*<sup>29</sup>. La recompensa, por su parte, alude a otras nociones similares. Por último, la promesa ha de ser de precio o recompensa. Los 3 conceptos responden a un interés económico.
2. Los sujetos. En esta circunstancia es necesaria la concurrencia de al menos de dos sujetos: por un lado, el autor moral el cual ofrece ese precio, recompensa o promesa y, por otro lado, el ejecutor material el que recibiría las retribuciones y ejecuta el acto.
3. El pactum scaeleris precisa para su perfeccionamiento el acuerdo de dos voluntades que coincidan con las posiciones de los sujetos: proposición y aceptación.  
Pero para que sea válido el acuerdo debe de ser anterior a la comisión del delito, aunque la remuneración puede ser cobrada con posterioridad.
4. La motivación lucrativa del ejecutor material. Aquí se debate si cuando el ejecutor material inicia la actividad delictiva se aplica también la agravante.  
Lo que ha de comprobarse aquí, es el acuerdo previo entre los sujetos implicados para la comisión del delito. Pero lo realmente determinante según el Tribunal *Supremo* *“el precio ha de ser la razón determinante que yace en el fondo de la actuación delictiva como merced impulsadora de la acción”*<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> MARTOS NUÑEZ, J. A. *La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el Sistema Penal Español*, Sevilla, pp. 51-107.

<sup>27</sup> CUELLO CALON, E. *Derecho Penal*, Barcelona, editorial Bosch, S.A., 1975, p. 580

<sup>28</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, p. 190

<sup>29</sup> MARTOS NUÑEZ, J. A. *La circunstancia de precio...*, cit. 25, pp. 51-107.

<sup>30</sup> STS de 26 de febrero de 1979

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, como he mencionado anteriormente esta agravante es únicamente aplicable al ejecutor material, es decir, que el que promete la retribución económica queda fuera de este ámbito. Pero esto no quiere decir que el inductor quede impune, sino que su responsabilidad se fundamenta a título de inductor, de cooperador necesario o de cómplice.

Desde una perspectiva criminológica, el asesinato por precio, recompensa o promesa entraña el efecto criminógeno de generar por un lado una “pareja criminal” o por otro una “organización criminal”<sup>31</sup>.

La pareja criminal estaría formada por el mandante y el mandatario. Como decía Pinatel “*se trata de un verdadero contrato en el que cada una de las partes aporta lo necesario para conseguir el resultado pretendido: uno, la inteligencia, la riqueza, la posición social que garantiza la impunidad; el otro su habilidad y su temperamento de sicario*”<sup>32</sup>.

La organización criminal estaría motivada sobre todo por un móvil económico en la medida en que haya un cooperador que instigue mediante precio, recompensa o promesa.

### 2.2.3 Enseñamiento:

Como las anteriores, esta circunstancia agravante aparece recogida en el artículo 22.5 del Código penal como “*Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito*”.

Pero se observa que la redacción es diferente a la contenida en el artículo 139.3 del mismo, en la que aparece como “*Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*”.

La doctrina mayoritaria cree que el entendimiento de ambas debe de ser idéntico. Sin embargo, Francisco Javier Álvarez García considera que, aunque ambas exigen que el sujeto pasivo tanto del delito principal como del mal añadido sean la misma persona es posible en la circunstancia que redacta el artículo 22 del Código Penal desconectar el mal propio del mal innecesario, lo cual no es posible en el delito de asesinato ya que el incremento del mal

---

<sup>31</sup> MARTOS NUÑEZ, J. A. *La circunstancia de precio...*, cit. 24, pp. 44-55

<sup>32</sup> PINATEL. *Traité de Droit Penal et de Criminologie*, París, 1975, p. 504.

supone, en este caso, el incremento de penalidades de la víctima <sup>33</sup>. Lo que no sería posible, es que el aumento del dolor se produzca una vez ya consumado el delito.

En cuanto a su fundamento, debemos de indagar el por qué agrava. Gracias al derecho comparado y el estudio histórico, podemos sostener que detrás de su regulación se halla la perversidad del autor, *“el ensañamiento puede concurrir con una motivación abyecta, repugnante, pero ésta no es requerida por la ley”* <sup>34</sup>.

A la hora de esclarecer el concepto jurídico de ensañamiento, existen disparidad de criterios. Para precisarlo debemos distinguir entre el fundamento de la agravación y sus elementos esenciales. Los cuales son los males innecesarios causados deliberada e inhumanamente, por el contrario, la frialdad, el arrebato o el placer son elementos accidentales de esta agravante que no lo definen y por tanto tampoco son exigidos por la ley.

Su fundamentación hoy, examinaremos si atendiendo a su contenido material existen razones político-criminales que justifiquen su reconocimiento legislativo. Desde esta perspectiva no se puede ignorar la perversidad, inhumanidad y la crueldad del autor.

En primer lugar, tratar de fundamentar el ensañamiento en la perversidad produce desconcierto actualmente. Autores como Puig Peña toman posición en favor de la tesis que afirma la mayor peligrosidad y perversidad del delincuente: *“el criminal que después de haber causado al ofendido heridas mortales refinada y cruelmente prolonga sus sufrimientos, manifiesta una especial perversidad y aparece como un criminal sumamente peligroso”* <sup>35</sup>.

A raíz de esto podemos observar que estos autores no identifican perversidad y peligrosidad, sino que, lo ven en la conducta de quien actúa así. Pero la perversidad de quien obra con ensañamiento puede ser entendida con independencia de la peligrosidad criminal.

En segundo lugar, según Von Trotta *“la acción de crueldad puede ser una acción intencional. La intención de la persona que actúa cruelmente es infligir dolor y sufrimiento a la víctima”* <sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, p. 194-202

<sup>34</sup> ALONSO ALAMO, M. *El ensañamiento*, Granada (Comares), 2015, pp. 39-61

<sup>35</sup> PUIG PEÑA, F. *Derecho penal. Parte general*. Tomo II, Barcelona (Ediciones Desco), 1959, p. 138

<sup>36</sup> VON TROTTA, M. *On cruelty*, 2011, pp. 5 y ss

En tercer lugar, cuando esa acción cruel recae sobre una persona consideramos a esa acción como inhumana. La inhumanidad está presente cuando no se reconoce al individuo como hombre y se le trata en contra de los valores de la humanidad.

Además, cabe destacar, que este comportamiento puede ser producido sin la concurrencia de un motivo ni que se persiga un determinado fin.

No existe acuerdo acerca de la naturaleza jurídica del ensañamiento, por lo que vamos a tomar de base la propuesta por Mercedes Alonso Álamo<sup>37</sup>.

- Incremento del injusto:

Actuar con ensañamiento aumenta la gravedad del injusto, tanto el desvalor de resultado como de acción. Aquí es necesario matizar que no es siempre necesario que concurra un ataque adicional a la integridad moral para que esté presente esta agravante.

Lo que realmente exige el ensañamiento es el aumento del sufrimiento de la víctima deliberadamente y de manera innecesaria.

- Afectación de la culpabilidad:

La exigencia de que la acción se lleve a cabo de manera inhumana incorpora un elemento perteneciente a la culpabilidad en sentido formal.

Por lo que vamos a hacer una distinción entre culpabilidad en sentido formal y en sentido material.

Culpabilidad en sentido formal, según Jescheck, *“hace referencia a la totalidad de elementos que son requeridos por un concreto sistema penal histórico para la imputación objetiva”*<sup>38</sup>.

En cambio, culpabilidad en sentido material trata de dar respuesta a la pregunta de por qué de la culpabilidad ósea al fundamento de la imputación personal. Aunque no existe vinculación necesaria entre la culpabilidad material por la actitud interna y los elementos basados en actitud interna determinados en la ley.

---

<sup>37</sup> ALONSO ALAMO, M. El ensañamiento..., cit. 29, pp. 81-98

<sup>38</sup> JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general, 5ª edición*. Traducida por Olmedo Cardenete, Granada, 2002, p. 453.

También se ha sostenido que el sujeto que actúa con ensañamiento es considerado como inimputable. Esto en realidad no es así en la práctica ya que esta circunstancia no implica necesariamente una afectación de la imputabilidad del sujeto, puede verse afectada pero bien puede suceder que no.

Los elementos que constituyen esta circunstancia se dividen en elementos descriptivos y el elemento normativo.

En primer lugar, comenzaremos por los elementos descriptivos los cuales se dividen en: elementos descriptivos de naturaleza objetiva y de naturaleza subjetiva.

A. Elemento descriptivo de naturaleza objetiva: aumento del dolor o del sufrimiento de la víctima de manera innecesaria.

El ensañamiento exige que se aumente el dolor o el sufrimiento del sujeto pasivo. Esta exigencia, puede ser tanto física como psíquica y requiere que la víctima está viva y además que sea consciente de ese sufrimiento<sup>39</sup>. También tiene cabida el dolor moral, es decir, aquel que tiene un componente valorativo procedente de la degradación de la víctima.

Otra cuestión debatida es si ese aumento del dolor o del sufrimiento de manera innecesaria debe de concurrir al tiempo de la acción o se puede apreciar si concurre antes y después de la realización del comportamiento típico.

La concepción amplia afirma que basta con que exista una conexión ocasional o más allá del tiempo de la acción. En este sentido, Peñaranda Ramos sostenía que *“lo decisivo no es tanto si el sujeto había ya concebido el dolo de matar sino precisamente que el hecho con ocasión del cual se produce la inflicción de un especial sufrimiento a la víctima constituya un acontecimiento dotado objetivamente del sentido de estar orientado a la producción de la muerte”*<sup>40</sup>.

Por otro lado, existe una postura de quienes exigen que el ensañamiento y la acción deben de concurrir al mismo tiempo.

---

<sup>39</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, p. 194-302

<sup>40</sup> PEÑARANDA RAMOS, E. *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*. P. 222.

Algunos autores que sostienen esta postura son Puente Segura<sup>41</sup> y Muñoz Conde el cual sostenía que *“era preciso que se produjera en cualquier momento de la fase ejecutiva”*<sup>42</sup>.

En cuanto al término “innecesariamente”, Córdoba Roda sostenía que *“la innecesidad se debía establecer ex ante y en sentido relativo. La innecesidad se dará siempre que, al retrotraerse el juzgador al momento de la realización de la conducta, el mal producido sea estimado como superfluo. Si el hecho fuera apreciado en virtud de un examen a posteriori, casi siempre cabría considerar que alguno de los males causados era innecesario”*<sup>43</sup>.

En este sentido, Mercedes Alonso Álamo considera preferible acudir a una perspectiva objetiva y abstracta en una consideración ex lege, es decir, que la innecesidad de los padecimientos depende de que la acción haya sido más dolorosa de lo necesario<sup>44</sup>.

En relación a la omisión, debemos examinar dos cuestiones, por un lado, si cabe ensañamiento por omisión y por otro si cabe asesinato por omisión.

Por lo que se refiere a la cuestión de si cabe ensañamiento por omisión, existe esa posibilidad ya que el aumento del dolor del sujeto pasivo puede proceder de un comportamiento omisivo.

En cambio, por lo que se refiere a si cabe asesinato por omisión, hay disparidad de criterios. Algunos autores como Carbonell Mateu rechazan esta posibilidad. Otros como Gracia Martín se refieren a esta cuestión como ensañamiento activo. Señala que *“no cabe negar tal posibilidad en los casos de omisión con aumento del dolor mediante acciones positivas, en los que una parte del hecho se realiza por acción y otra por omisión, debiendo apreciarse asesinato con ensañamiento”*<sup>45</sup>. También cabría asesinato por omisión con un ensañamiento omisivo, según Álvarez García.

#### B. Elemento descriptivo de naturaleza subjetiva: deliberadamente.

La deliberación se refiere al examen de motivos antes de la toma de decisión. En el ámbito del ensañamiento se requiere que este examen previo se traduzca en el incremento del dolor.

---

<sup>41</sup> PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, p. 529.

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial, 7ª edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 231.

<sup>43</sup> CORDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal*, p. 582

<sup>44</sup> ALONSO ÁLAMO, M. *El ensañamiento...*, cit. 29, p. 119

<sup>45</sup> GRACIA MARTIN, L. *Comentarios al Código Penal. Parte especial, I*, p. 119

Aunque es una cuestión debatida, según una interpretación teleológica únicamente es válido el dolo directo. Además, es problemática en la práctica, ya que el Tribunal Supremo confunde el dolo de matar con la circunstancia del ensañamiento, por ello la Sentencia 1089/2007 de 19 de diciembre se alega que *“cuando el autor conoce que sus acciones previas ya son suficientes para causar la muerte, los actos añadidos, si objetivamente son adecuados para ello y no puede aportarse otra razón probable y verosímil, pueden atribuirse a su deseo de causar un mal mayor a la víctima”*<sup>46</sup>.

En segundo lugar, el elemento normativo hace referencia al término inhumanamente.

La Real Academia Española define Inhumano como “falta de humanidad”<sup>47</sup> y además expone como sinónimos despiadado, brutal o cruel.

La inhumanidad, en este caso, presenta dos caras. Haciendo referencia, por un lado, a la actitud interna del sujeto en contra de los valores de la humanidad y a la acción consistente en tratar a la víctima como si no fuera humano.

#### 2.2.4 Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra:

Tras la reforma del Código Penal recogida en la Ley Orgánica 1/2015, se modifica el artículo 139 donde se introduce esta circunstancia agravante en su apartado cuarto. Se incluyen dos circunstancias distintas:

1. Por un lado, para facilitar la comisión de otro delito
2. Para evitar que se descubra

A pesar de todo, llama la atención que esta nueva circunstancia no esté contenida en el artículo 22 del Código Penal.

Ahora bien, como el legislador no es claro a la hora de determinar el alcance de los términos “para facilitar” y “descubrir”, vamos a conceptualizarlos.

En primer lugar, la Real Academia Española define “facilitar” como *“Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”*<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> STS 1089/2007, 19 de diciembre

<sup>47</sup> Real Academia Española

<sup>48</sup> Real Academia Española

Pero el legislador no especifica que delitos implicarían la aplicación de esta nueva circunstancia, por lo que podría pensarse indebidamente como reo de asesinato a cualquier sujeto que actúe para facilitar la ejecución de otro delito independientemente de la naturaleza de este <sup>49</sup>.

Por otro lado, la RAE define “descubrir” como “*Venir en conocimiento de algo que se ignoraba*”<sup>50</sup>.

En este tipo de asesinato surgen problemas jurídico-prácticos ya que se desconoce el grado de ejecución en el que se debe de encontrar el delito que se va a facilitar o del que se tiene que evitar su descubrimiento <sup>51</sup>.

- o Para facilitar la comisión de otro delito:

Esta cuestión suscita diversos problemas interpretativos por lo que se plantean una serie de preguntas para determinar el ámbito de aplicación de esta circunstancia<sup>52</sup>.

- a) ¿Están incluidos los casos en los que el autor mata para facilitar el delito de un tercero?

La respuesta a esta pregunta es afirmativa ya que el precepto no distingue un caso de otro ni existen razones para restringirlo.

- b) ¿A qué se refiere el tipo con “otro delito”? ¿El tipo requiere que pretenda facilitarse una conducta que reúna todos los elementos de la teoría jurídica del delito o habría que conformarse con la concurrencia de sólo algunos de ellos?

El tipo se refiere con “delito” puede a una conducta penalmente relevante. La respuesta relativa a la segunda de las preguntas se considera que la mejor opción sería conformarse con un delito en el que aparezca la acción típica y antijurídica.

---

<sup>49</sup> MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. “Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015”, Aranzadi, 2015, p. 117.

<sup>50</sup> Real Academia Española

<sup>51</sup> PEREZ GONZALEZ, M. *El asesinato como medio para facilitar otro delito o evitar que se descubra*, Santa Cruz de Tenerife, 2016, pp. 1-35

<sup>52</sup> PANTALEON DIAZ, 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* 29 (2014), pp. 6-9.

- c) ¿En qué punto del iter criminis ha de encontrarse este “otro delito” para que pueda apreciarse la agravante? ¿Puede aplicarse cuando el “otro delito” está ya consumado?

En este caso, el delito ha de haber superado la fase de resolución sin haber sido consumado. No importa que haya comenzado la fase ejecutiva, lo que realmente está claro es que no es posible esta circunstancia en un delito ya consumado.

También existen problemas de fundamentación, por lo que la doctrina intenta justificarse dando respuesta a esta pregunta: ¿Por qué aplicar una pena mayor a quien mata para facilitar la comisión de otro delito?

- a) Agravación basada en una mayor necesidad de pena:

Esta postura se fundamenta en la teoría de la prevención especial, de acuerdo con la cual la pena debe adecuarse a la necesidad de contrarrestar la peligrosidad del autor.

Por lo que los defensores de esta teoría sostienen que, si una persona es capaz de matar a otra para cumplir con unos fines, esa persona es peligrosa y por ende debe de imponerla pena mayor.

- b) Agravación basada en un mayor contenido de injusto:

Los defensores de esta teoría destacan que concurre por un lado un aumento de la antijuricidad que se ve reflejado en la puesta en peligro de otros bienes jurídicos, y por otro una ausencia de justificación derivada de la inexistencia de situaciones de conflicto cercanas a la legítima defensa o el estado de necesidad incompletos.

- c) Agravación basada en una mayor culpabilidad:

En esta teoría existen dos posturas:

1. Las que parten de la presencia de móviles “especialmente reprochables” que suponen un incremento en la culpabilidad del autor que debe reflejarse en la pena
  2. Las que defienden que ciertos motivos revelan una ausencia total de exculpación del autor que justifica la aplicación de la pena máxima
- o Para evitar que se descubra:

De nuevo, nos encontramos con problemas interpretativos, muchas de estas dificultades son coincidentes con el anterior planteamiento de “para la comisión de otro delito” y por ellos reciben la misma respuesta.

Sin embargo, esta cuestión plantea 2 nuevas cuestiones o que necesitan una respuesta distinta.

- a) ¿En qué punto del iter criminis ha de encontrarse este “otro delito” para que pueda apreciarse la agravante?

En relación a esta pregunta, bastaría con que el delito que se pretende ocultar haya alcanzado cualquier punto punible del iter criminis, siempre que la comisión de haya interrumpido.

- b) ¿Qué significa querer “evitar que se descubra un delito”? ¿Incluye la intención de ocultar la autoría o participación de una persona determinada cuando el hecho ya se conoce?

Esta circunstancia no solo debe de ser aplicada a los casos en los que tanto el hecho como la identidad de las personas que hayan intervenido como autores o partícipes es desconocida, sino también a los casos en los se intente dificultar el descubrimiento de uno de estos dos extremos, por ejemplo, destruyendo o inhabilitando pruebas.

Aquí también nos vamos a encontrar con problemas de fundamentación. Estos problemas son iguales a los anteriormente citados en el “asesinato para facilitar la comisión de otro delito” pero en este caso su pertenencia plantea más dificultades.

### **III. ASESINATO HIPERAGRAVADO (PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE ART. 140 CP)**

#### **3.1 Consideraciones generales:**

La reforma de los delitos contra la vida efectuada por la LO 1/2015 se lleva a cabo para establecer formas delictivas agravadas en la parte especial de la legislación penal que amparen la prisión permanente<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> FERNANDEZ GARCIA, G. “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el derecho español contemporáneo” en Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales, nº 16. Bogotá, Colombia: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2019. Pp. 172-173.

Por lo que la nueva redacción del artículo 140 del Código Penal es:

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

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

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

3.<sup>a</sup> Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.

### **3.2 Circunstancias:**

#### *3.2.1 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:*

En primer lugar, debemos de precisar acerca de los límites de edad ya que existe una confusión en el ordenamiento jurídico español<sup>54</sup>.

La mayoría de edad civil se adquiere cumplidos los 18 años, así como la edad mínima para poder votar. La emancipación es posible partir de los 16 años, así como también la edad mínima para trabajar. La escolarización es obligatoria hasta los 16 años.

La edad penal se inicia a los 14 años, además de ser también la edad mínima para otorgar testamento o contraer matrimonio, etc.

La introducción de esta agravante en el Código Penal por la Reforma 1/2015 conllevó a que los tribunales abandonasen su idea de que la muerte de un niño siempre es alevosa<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, pp. 221-222

<sup>55</sup> ALONSO ÁLAMO, M. “¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 25, (2023), pp. 6-12

Esta circunstancia lo que hace es tener en cuenta la vulnerabilidad de la víctima otorgando mayor protección especial a personas vulnerables atendiendo al mayor desvalor del resultado.

Aunque, la concurrencia de esta circunstancia en el hecho no implica un mayor desvalor, únicamente sería así si el actor buscara de manera deliberada estas circunstancias en el sujeto pasivo para asegurar el resultado del delito.

Hay que señalar que la regulación de esta circunstancia incurre en problemas relativos al concurso de leyes y la evitación del *ne bis in idem*.

Esto es debido a que comparte el fundamento del injusto con la alevosía por desvalimiento ya que ambas circunstancias agravantes se aprovechan de una situación de indefensión dada por circunstancias personales del ofendido y con la doctrina del Tribunal Supremo relativa a los “seres constitucionalmente indefensos”<sup>56</sup>.

En este sentido, la STS 585/2022<sup>57</sup>, advierte de la existencia de dos posiciones en el Tribunal acerca de la compatibilidad de la alevosía por desvalimiento sobre el menor de edad y la hipercualificación contenida en el artículo 140.1.1 del Código Penal.

1. La primera posición es la de aquellas sentencias que solo aprecian la alevosía y que, por tanto, rechazan la aplicación de esta hipercualificación.

Esto es debido a que contemplan que *“las condiciones de la víctima ya habrían sido tomadas en consideración para calificar el hecho como asesinato y, de apreciarse de nuevo, se produciría una violación del principio non bis in idem”*.

Sin embargo, aparece una opinión alternativa, contenida en la STS 80/2017<sup>58</sup> en la cual se reconoce la doctrina jurisprudencial de que la muerte de un niño es siempre alevosa y se niega que la nueva regulación de los artículos 138 a 140 del Código Penal vaya a suponer un cambio de interpretación.

Afirmada la alevosía, se propone un tratamiento penal de la cuestión de la compatibilidad de ambas circunstancias, diversificado en función de la capacidad defensiva del menor: *“Cuando a la alevosía se superpongan circunstancias del apartado 1.º del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Pero “La muerte de un ser desvalido que suponga por sí alevosía, habrá de resolverse a través de la*

---

<sup>56</sup> Fernández García, G. “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato..., cit. 51, pp. 178-185

<sup>57</sup> STS 585/2022, de 14 de junio

<sup>58</sup> STS 80/2017, de 10 de febrero

*herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1 del Código Penal con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad”.*

2. La segunda postura jurisprudencial parte también del reconocimiento de la alevosía incluso si se trata de un menor de muy corta edad incapaz de defenderse, pero difiere de la anterior postura en que considera compatible la alevosía con la agravante de ser la víctima menor de dieciséis años.

Esto es debido a que consideran que son dos agravaciones diferentes, con diferente fundamento jurídico, y que la aplicación conjunta no vulnera el principio non bis in idem.

En este sentido, la STS 814/2020<sup>59</sup> sostiene que *“el legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección”*, y añade: *“la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso”*.

Según Mercedes Álamo Alonso<sup>60</sup>, el fundamento de ambas circunstancias es próximo, pero no coincidente, ya que la alevosía se fundamenta en la indefensión de la víctima y la agravante se fundamenta en la indefensión y una vulnerabilidad que se presume iuris et de iure.

Pero su naturaleza jurídica es distinta. La ejecución aleve incrementa el desvalor de acción, en cambio, la muerte de un menor de dieciséis años agrava también por razones de injusto, pero en atención al mayor desvalor de resultado al añadirse al ataque a la vida el ataque al interés a la especial protección que merecen personas en situación de vulnerabilidad.

Por lo que, si se reconocen estas dos circunstancias habrá supuestos en que puedan concurrir ambas, pero únicamente en los casos de compatibilidad.

---

<sup>59</sup> STS 814/2020, de 5 de mayo

<sup>60</sup> ALONSO ÁLAMO, M. “¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? ...”, cit. 53, pp. 10-12

El Voto Particular de la STS 585/2022<sup>61</sup> se opone a mantener la consideración de que la muerte de un niño es siempre alevosa y argumentan en contra de dicha doctrina: *“A nuestro juicio la reforma propiciada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supuso la voluntad decidida del legislador de corregir una línea de interpretación asumida por esta Sala según la cual la causación de la muerte a una persona en condiciones de vulnerabilidad que, por esencia, la inhabilitaban para el ejercicio de cualquier defensa eficaz, integraba, por sí misma, la tipicidad del asesinato por alevosía.*

*De acuerdo con el artículo 22 .1 del Código Penal, concurre la 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 asegurar el resultado sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.*

*Resulta, cuando menos, paradójico así que pueda reprocharse al sujeto activo del delito el empleo de "medios, modos o formas encaminados, directa y especialmente, a asegurar la ejecución, evitando el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido", cuando se afirma, al mismo tiempo, que éste, el ofendido, se encuentra per se inhabilitado para el ejercicio de cualquier defensa eficaz”.*

Algunos ejemplos de jurisprudencia que tratan acerca de esta circunstancia y sus problemas interpretativos son:

En primer lugar, la STS 367/2019 de 18 de julio, en la cual: *“Se condena a Luis Miguel como autor de asesinato penado por los artículos 139.1.1 y 140.1.1 del Código Penal. El actor denuncia la aplicación de la agravante hipercualificada del art. 140.1.1 del Código Penal que conlleva la imposición de la pena de prisión permanente revisable, alegando la infracción del principio non bis in idem, debiendo subsumirse la conducta en el tipo punitivo del art. 139.1.1 que ya contiene la agravante de alevosía (en su doble modalidad sorpresa y desvalimiento) y especial vulnerabilidad de la víctima como elementos típicos, sin que proceda en consecuencia la pena referida.*

*En el caso actual, como resulta del relato fáctico antes transcrito, la sentencia ha estimado que concurre la modalidad de alevosía por desvalimiento al recaer la acción homicida sobre una niña de 17 meses de edad.”<sup>62</sup>*

---

<sup>61</sup> STS 585/2022, de 14 de junio

<sup>62</sup> STS 367/2019, de 18 de julio

En segundo lugar, la STS 520/2018, en la que se expone que: *“Ciertamente el apartado 1. 1 del artículo 140 suscita problemas de deslinde con la alevosía. Pero la solución no pasa inevitablemente por un reformateo del concepto actual de la alevosía o un replanteamiento de sus fronteras o perfiles, ni por el vaciado de contenido en la práctica del art. 140.1.1 del Código Penal.*

*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. De lo contrario carecería de sentido la previsión del homicidio agravado que recoge el vigente art. 138.2 a) CP. El homicidio agravado por razón de las condiciones de la víctima ha de tener su propio campo de acción: aquel en que no exista alevosía.*

*Son imaginables sin excesivo esfuerzo supuestos en que pese a ser la víctima menor de 16 años o vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía. Sería entonces aplicable el homicidio agravado del art. 138.2. a) CP (homicidio sobre un adolescente de 15 años capaz ya de desplegar su propia defensa, o en niños en compañía de personas que las protegen ...).*

*En los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1. 1). No cabrá apreciar además el asesinato agravado del art. 140.1. 1 pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del bis in idem.*

*Pero cuando a la alevosía, basada en otros elementos, se superpongan circunstancias del apartado 1ª del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138 .1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1. 1 (por ser la víctima un menor)<sup>63</sup>”.*

En relación a los elementos objetivos de esta circunstancia, en primer lugar, ya hemos mencionado con anterioridad que lo referente a la edad (“menor de dieciséis años”) es meramente cronológico.

En segundo lugar, por lo que respecta a “la discapacidad”, el artículo 25 del Código Penal *“entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.*

---

<sup>63</sup> STS 520/2018, de 31 de octubre

Aunque realmente que el sujeto pasivo padezca una discapacidad no es lo relevante en este caso sino que sea especialmente vulnerable, según el mismo artículo *“se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”*.

En tercer lugar, en cuanto a la “enfermedad”, según Álvarez García *“enfermedad es un proceso que supone una alteración relevante del equilibrio físico, psíquico o social de un sujeto, con efectos pasajeros, duraderos o permanentes, y que predispone el organismo a un resultado adverso”*<sup>64</sup>.

### 3.2.2 *Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima:*

Lo que contempla esta circunstancia es referente a la comisión de un delito contra la libertad sexual de forma previa a un asesinato.

La primera cuestión a tener en cuenta sobre esta circunstancia es la temporalidad de las acciones delictivas, ya que deben darse inmediatamente una detrás de la otra para la comisión de esta circunstancia.

En este sentido expone la STSJ de 12 de diciembre de 2017 que *“No cabe duda que el precepto puede presentar cierta vaguedad semántica, en el empleo del término "subsiguiente", de entender el mismo como de "seguir inmediatamente a otro", o, por el contrario, dicho término debe atender más que a una connotación puramente temporal, a la esencia de la acción, es decir, a una íntima vinculación en la acción emprendida por el sujeto.*

*Entendemos que el mencionado precepto debe ser interpretado restrictivamente, no permitiendo el término "subsiguiente" una interpretación muy extensiva, de tal manera que solo sería de aplicación en el caso de existir un único proyecto criminal pluriofensivo que abarque la secuencia de un delito contra la libertad sexual y un asesinato, y siempre que el hecho típico constitutivo del asesinato se cometa no de forma coetánea, sino sucesiva a la consumación del delito contra la libertad sexual.*

*En el presente caso eso no es así porque la conducta que causa de la muerte de Begoña comienza ya con el acto mismo de la agresión sexual, y consiste principalmente en la brutalidad de dicha agresión, sin perjuicio de que a continuación se añada una conducta de abandono o indiferencia hacia la vida de la muchacha, lo*

---

<sup>64</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, p. 227

*que da soporte a la apreciación (no discutida por la defensa) de un concurso real entre un delito contra la libertad sexual con dolo directo y un asesinato con dolo eventual., tal como se desprende de del hecho cuarto de los declarados como probados.”*

Además, teniendo en cuenta la temporalidad de las acciones delictiva también debemos de tener en cuenta lo referente a los concursos para poder determinar en qué casos estamos ante dos hechos considerados como acciones separables jurídicamente a través de un concurso real o ante solo un hecho con relevancia penal en el que se integra tanto un delito contra la libertad sexual como un delito de asesinato, dándose un concurso ideal <sup>65</sup>.

En este sentido, expone la STS 418/2020, de 21 de Julio *“El acusado Sabino, abordó a Candida por sorpresa con la intención de mantener relaciones sexuales contra la voluntad de ella, empleando la fuerza y un arma blanca para doblegar la voluntad de la víctima.*

*El acusado no logró finalmente su propósito, aunque sí llegó a despojar, u obligó a la víctima a despojarse, del sujetador y la camiseta que vestía y consiguió bajarle hasta las rodillas las mallas y bragas.*

*Sabino decidió matar a Candida tras constatar que no podía lograr su propósito de mantener relaciones sexuales con ella, dada la fuerte oposición de la víctima, y para evitar que ella le denunciara por haber intentado agredirla sexualmente, logrando así que no se descubriera la comisión de tales hechos.*

*El acusado mató a Candida sin que ella pudiera realmente defenderse, al atacarla por sorpresa con un arma blanca, hallándose la víctima desarmada y desprevenida. Sabino mató a Candida, tras golpearla repetidamente, en cara y cabeza y realizarle varios pinchazos con el arma blanca que portaba en el abdomen y un muslo.*

*En sus intentos por defenderse, Candida sufrió diversos cortes también en manos y antebrazo izquierdo. El acusado asestó asimismo a Candida, varios pinchazos con el arma blanca en la zona del cuello, uno de los cuales le seccionó la tráquea y varios vasos sanguíneos. El acusado sabía que con todo ello ocasionaba a Candida un sufrimiento innecesario para matarla.*

*Cuando mató a Candida, Sabino tenía su capacidad para controlar los impulsos levemente disminuida, como consecuencia del retraso mental ligero que padece y de la ingesta de alcohol y cocaína que había realizado antes de cometer los hechos.”*

---

<sup>65</sup> FERNANDEZ GARCIA, G. “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato..., cit. 51, pp. 185-187

### 3.2.3 *Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal:*

Esta circunstancia agrava el asesinato cometido por quien pertenece a un grupo u organización criminal.

El artículo 570 bis entiende por organización criminal *“la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”*. Además, el artículo 570 ter entiende por grupo criminal *“la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”*.

Este asesinato debe ser necesariamente cometido en el marco de la actividad delictiva del grupo u organización criminal, ya que la agravación de la pena en este caso se debe al aumento del injusto que supone la pertenencia a estos grupos criminales.

En estos casos, también puede producirse un concurso de leyes cuando la circunstancia concurre ante un sujeto activo considerado como “sicario”, es decir, un miembro de una organización criminal que realiza estos actos a cambio de una contraprestación patrimonial o guiados por alguna promesa con resultado favorecedor para la organización o grupo criminal<sup>66</sup>.

### **3.3 El artículo 140.2 del Código Penal:**

Este artículo establece que *“Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo”*.

Aunque en la redacción del mismo no empleen el término “asesinato en serie” realmente está inspirado en ello. Esto es reiterado por el apartado décimo del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 en el cual se menciona como *“asesinatos reiterados o cometidos en serie”*.

---

<sup>66</sup> FERNANDEZ GARCIA, G. “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato..., cit. 51, p. 187

Tras la lectura del precepto suscita varios interrogantes<sup>67</sup>:

1. ¿El asesinato castigado con prisión permanente se cuenta o no dentro del sintagma «muerte de más de dos personas»?
2. ¿Todos los delitos contra la vida han de ser constitutivos de asesinato o basta con que lo sea uno solo y los restantes pueden ser homicidios? Si se estima que basta un solo asesinato, ¿ha de serlo precisamente el último?
3. ¿Todos los delitos han de ser juzgados en un solo proceso y condenados en una misma sentencia o el precepto solo se aplica al asesino ya condenado previamente «por la muerte de más de dos personas», sean estas homicidios o asesinatos? ¿O bien ambas hipótesis son igualmente válidas?
4. En caso de que se tengan en cuenta condenas previas, o de que sean necesarias, y de que no se exija que sean todas por asesinato, ¿el asesinato ha de ser juzgado precisamente en la última sentencia, o cabe también imponer prisión permanente por un delito de homicidio al que ya es «reo de asesinato» en virtud de una condena anterior, siempre que se cumpla el requisito de que haya causado al menos tres (o cuatro) muertes?
5. En el caso de que todos los delitos hayan de juzgarse en un solo proceso, ¿la pena de prisión permanente es única para todos ellos, o se impone para uno solo y los demás asesinatos (u homicidios, en su caso) reciben la pena que a cada uno corresponda?

La doctrina mayoritaria considera que este precepto es aplicado al supuesto en que se juzguen al menos tres asesinatos de manera simultánea, y por tanto la pena de prisión permanente revisable se aplicaría al último de estos y al resto la pena correspondiente según los artículos 139 y 140 del Código Penal.

Un ejemplo de estos problemas interpretativos es el famoso caso “El cuádruple crimen de Pioz” en el cual *“el autor cometió el asesinato de dos víctimas adultas, en un mismo acto criminal y en igualdad sustancial de circunstancias, uno de los crímenes es castigado con 25 años de prisión y el otro con prisión permanente revisable, por el solo hecho de ser este «el último de los cometidos», tal como resulta de los hechos probados; si los dos niños hubieran sido asesinados después de la muerte de sus padres, como su muerte ya conllevaría la prisión permanente no habría habido lugar a la aplicación del artículo 140.2 y el acusado habría recibido dos penas de prisión permanente revisable en lugar de tres”*.

---

<sup>67</sup> DE PAUL VELASCO, J. M. “Los asesinatos reiterados o en serie: El inextricable artículo 140.2 del código penal” en *Revista jurídica de les Illes Balears* 20, (2021), pp. 31-58.

Otro de los ejemplos más recientes de jurisprudencia acerca de esta circunstancia es la STS 969/2022. En esta se analizan los hechos ocurridos tras la participación de varios acusados en un enfrentamiento entre familias en el cual se hizo uso de armas de fuego por lo que se provocaron una serie de asesinatos.

En este caso, se discute acerca de la aplicación del artículo 140.2 del Código Penal, ya que se impuso al recurrente la pena de prisión permanente revisable por el tercero de los asesinatos. Se argumenta que *“Para poder imponer la pena de prisión permanente revisable establecida en el apartado 2 del artículo 140 del Código Penal, primeramente, el autor debería haber sido condenado previamente por más de dos asesinatos, lo que no ocurre en el caso en el recurrente, en primer lugar, porque nunca ha sido condenado por más de dos asesinatos, y, en segundo lugar, porque la condena, esta que se recurre, no es firme y por tanto no se puede considerar condenado.”*

Además, añade que *“hay que tener en cuenta el carácter excepcional de la pena que establece el artículo 140 del Código Penal y ello obliga por razones de proporcionalidad, a reservar su aplicación a casos que tengan también una excepcional gravedad.”*

*La sentencia recurrida fundamenta la decisión de aplicar al recurrente el artículo 140.2 respecto de la muerte de Isidoro, en los mismos fundamentos que la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial, y que son los mismos que se tienen en cuenta para calificar los delitos cometidos por el acusado como asesinato del 139.1 1ª, es decir, se tiene en cuenta la alevosía para aplicar el tipo hiperagravado, lo que en su opinión vulnera claramente el principio ne bis in idem, ya que dicha circunstancia es necesaria para calificarla muerte de una persona como asesinato y no homicidio y también para aplicar la hiperagravación.”*

Se remite a la STS 113/2022 en la cual se contempla que *“sobre la interpretación del artículo 140.2 del Código Penal, no se cuenta aún con doctrina jurisprudencial consolidada, puesto que el Tribunal Supremo no se ha visto llamado a perfilar sus contornos con valor ratio decidendi”*

Por lo que la Sala entiende que las dudas existentes acerca de este precepto deben de aplicarse en el sentido más favorable al reo y que el precepto ha de ser interpretado en el sentido que impida consecuencias concretas que no quepa presumir como queridas por el legislador, por resultar extrañas o directamente contrarias al conjunto, del ordenamiento jurídico-penal.

Además de estos problemas interpretativos podemos deducir que:

- a) Teniendo en cuenta la gravedad de la pena que se pretende interponer, llegamos a la conclusión de que las muertes anteriormente causadas y condenadas por el sujeto activo como reo de asesinato han de ser muertes dolosas.
- b) Las condenas anteriores deben de haber sido en sentencia firme y no haber sido cancelados los antecedentes penales o estar en condiciones de serlo.
- c) Cuando se trate de hechos que se hayan producido con anterioridad a los que se juzgan por asesinato y respecto de los que se plantea la aplicación del artículo 140 del Código Penal, ¿qué régimen sería aplicable?

En este caso se aplicaría lo expuesto por el artículo 76.2 del Código penal, *“La limitación se aplicará, aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”*<sup>68</sup>.

- d) En este sentido Goyena Huerta considera que *“el ámbito de aplicación del art. 140.2 del Código Penal engloba solamente a muertes producidas a través de una pluralidad de acciones (concurso real) y no de una sola acción (concurso ideal), en tanto la exposición de motivos alude a un término que semánticamente implica la consecución de acciones subsiguientes unas a otras: la reiteración de los asesinatos (“asesinatos reiterados o cometidos en serie”)”*<sup>69</sup>.
- e) El Consejo General del Poder Judicial, en su “Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal”, también se mostraba crítico con la vaguedad del precepto, advirtiendo la posibilidad de aplicarse por su tenor literal sobre situaciones en las que sería desproporcionada con vistas a la “excepcional pena que establece”, recomendando establecer unos contornos típicos más taxativos; cuestión que fue desoída por el legislador<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, pp. 234-236

<sup>69</sup> GOYENA HUERTA, J. *Comentarios prácticos al Código penal*, Aranzadi, 2015, p.64

<sup>70</sup> FERNANDEZ GARCIA, G. “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato...”, cit. 51, p. 188

## IV. PROBLEMAS GENERALES RESPECTO DE LA TEORÍA DEL DELITO

### 4.1 Omisión:

Para comenzar es necesario destacar que existen dos formas de comportamiento que pueden ser atribuidas a un sujeto, la acción y la omisión. Esto se ve reflejado en el artículo 10 del Código Penal, el cual expone que “*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”.

Por lo que se diferencian dos tipos de omisión, en primer lugar, la omisión propia y la impropia o comisión por omisión<sup>71</sup>.

Los delitos de comisión por omisión son delitos especiales ya que no pueden ser cometidos por cualquier persona, esta debe reunir una serie de características como encontrarse en posición de garante respecto del bien jurídico lesionado.

En relación con la facultad de cometer un delito de asesinato en comisión por omisión, hay discrepancia de posturas dentro de la doctrina.

Una buena parte de ella, considera que esto solo puede llevarse a cabo en el supuesto de la circunstancia agravante de precio, en el que el garante, por precio, deja de tomar las medidas a las que está obligado para evitar la lesión de la vida.

También, se considera que puede llevarse a cabo en el ámbito de la alevosía por desvalimiento aprovechado de la víctima. Aunque autores como Luis Gracia Martín, se oponen a esta posibilidad ya que se desprende que únicamente es posible mediante el empleo de una conducta activa.

En el caso del ensañamiento, es posible hablar de comisión por omisión según Francisco Javier Álvarez García<sup>72</sup>, ya que en esta circunstancia el sujeto activo puede hacer recaer la acción, simultáneamente, sobre dos objetos. Un ejemplo de esta posibilidad sería en el caso en el que se quisiera producir un dolor en el sujeto ya herido de muerte, y en presencia de este, se hiriera gravemente al hijo de la víctima.

---

<sup>71</sup> RODRIGUEZ GONZALEZ, L. *La comisión por omisión y el dolo eventual*, Valladolid, 2021, pp. 8-10

<sup>72</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, pp. 209-211

La definición la encontramos en el artículo 11 del Código Penal, el cual expone que “*Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

- a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.*

Además, la jurisprudencia del Alto Tribunal ha establecido en la STS 459/2018, de 10 de octubre, los requisitos que deben darse para encontrarnos ante un delito de comisión por omisión.

Estos son:

1. La no evitación del resultado.
2. El resultado no evitado ha de ser típico.
3. Se debe de haber infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por su posición de garante

#### **4.2 Causas de justificación:**

Enrique Cury Urzúa describe las causas de justificación como “situaciones reconocidas por el derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida e incluso exigida y es conscientemente lícita”<sup>73</sup>.

Entre las causas de justificación, tienen especial relevancia:

- *Legítima defensa:*

En el caso de la Legítima defensa, cabría hablar de ella en el delito de homicidio, pero no en el delito que nos interesa, el de asesinato.

Esto es debido a que las circunstancias que justifican la concurrencia de esta figura no son admisibles en el delito de asesinato.

---

<sup>73</sup> CORNEJO AGUIAR, J. *Teoría de la antijuridicidad y las causas de justificación*, Barcelona (Bosch), 2021, p. 148.

Ya que, por ejemplo, defenderse ensañándose con la víctima no sería utilizar un medio “racional” de defensa; o asesinar “en cumplimiento de un deber” (en el caso del policía al delincuente) no sería un uso “proporcional” de las armas.

Además, de que el delito de asesinato conlleva una intención deliberada de quitar la vida a otra persona, en cambio, la legítima defensa se basa en la necesidad inmediata y razonable de protegerse de un peligro inminente.

- *Estado de necesidad:*

Cabría hablar, aunque de manera muy excepcional en la práctica, de esta figura en el delito de homicidio.

Pero, en el caso del delito de asesinato, es una figura prácticamente imposible de producirse en la práctica. Esto es debido a que no se eximiría de responsabilidad penal en este delito, ya que las circunstancias que justifican el Estado de necesidad no son admisibles en este delito.

Por ejemplo, en el caso de un terrorista que amenaza con matar a un gran número de personas si no es asesinada una persona específica; además de no cumplirse el criterio de proporcionalidad, la persona que actúa en estado de necesidad no debe de haber provocado intencionalmente la situación de peligro.

### **4.3 Formas de culpabilidad:**

En este caso vamos a hablar sobre el dolo eventual, que, aunque ha sido una figura discutida, es posible apreciarse en el delito de asesinato.

Quintano entiende que “el carácter cualificante de las circunstancias exige de un dolo específico, lo que imposibilita en absoluto las calificaciones culposas del asesinato y en buena doctrina también las de dolo eventual y de mero resultado”<sup>74</sup>. Más adelante matiza que “el dolo eventual solo quedaría inicialmente excluido cuando se entiende por tal los supuestos tipificados ex lege a modo de delito cualificado, pero no, en cambio, entendimos como probabilidad consentida, en cuyo caso no hay dificultad mayor en admitir su posible adecuación al asesinato”.

---

<sup>74</sup> QUINTANO RIPOLLES, A. *Tratado de la parte especial de Derecho Penal*, Madrid, 1972, p. 245.

Más recientemente, Muñoz Conde, ha defendido la imposibilidad de calificar unos hechos como asesinato si solo concurre dolo eventual<sup>75</sup>.

Este argumento también es considerado por Cobo y Carbonell ya que para ellos “las circunstancias del asesinato son incompatibles con el dolo eventual, ya que requieren, en todo caso, un conocimiento y voluntad plenos por parte del autor”<sup>76</sup>.

En este caso, determinar si realizar una conducta con un conocimiento eventual merece el mismo castigo que cuando ese conocimiento es seguro y existe una voluntad de lesionar un bien jurídico, es una cuestión valorativa y que deberá plantearse no solo en relación con este delito, sino como un problema de parte general.

En primer lugar, analizaremos si la estructura lógica de este delito posibilita la solución de la compatibilidad. Ya que el dolo eventual quedaría excluido si el legislador hubiera introducido en la descripción típica un elemento equivalente a la finalidad.

También sería excluido cuando uno de los elementos que conforman el delito, pertenecientes tanto al injusto como a la culpabilidad, tengan una relación asociativa con el dolo directo que haga necesaria su concurrencia.

A juicio de Mapelli Caffarena, debe rechazarse una solución común para todos los supuestos de asesinato y analizar por separado la problemática que plantea en cada uno de sus elementos<sup>77</sup>.

#### 4.3.1 *En el asesinato con alevosía:*

La alevosía es considerada como una circunstancia objetiva-subjetiva.

Ahora bien, ni el elemento subjetivo del injusto ni el dolo condicionan un grado determinado de intensidad dolosa (directa o eventual) en el asesinato.

Por lo que, en el delito de asesinato donde concurra esta circunstancia podrá combinarse cualquier modalidad de dolo en relación con la muerte, sin embargo, en relación con los

---

<sup>75</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit.40, p. 29.

<sup>76</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. “El dolo eventual en el asesinato” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41 (2) (1988), pp. 431-464.

<sup>77</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. “El dolo eventual...”, cit. 84, pp. 431-464

medios, modos o formas alevosas solo es posible el dolo directo por la concurrencia del elemento subjetivo trascendente.

#### 4.3.2 *En el asesinato por precio:*

El fundamento del precio es de carácter subjetivo ya que se considera que es así también el ánimo de lucro. Esto no quiere decir que estemos ante un elemento de la culpabilidad, sino que estamos ante un elemento subjetivo del injusto.

El ánimo de lucro, en este delito, predetermina por lo general un dolo directo, aunque no se excluyen los supuestos de dolo eventual ya que en el asesinato lo que excluye el dolo directo es el contenido pacto y no ánimo de lucro.

Debemos de distinguir entre<sup>78</sup>:

- Instigador: ni la doctrina ni la jurisprudencia dudan sobre la posibilidad de que concurren en él tanto el dolo directo como el eventual.  
Además, en una sentencia reconoce el Tribunal Supremo que *“el instigador actúa más frecuentemente con dolo eventual, porque no tiene seguridad de la eficacia de su instigación”*<sup>79</sup>
- Instigado: este caso es más complejo que el anterior. Sera castigado con dolo eventual cuando hubo un pacto de causar la muerte, pero el autor en la ejecución posterior, por temor u otra circunstancia produce, lesiones graves sin desear la muerte, aunque esta se representa como posible.

#### 4.3.3 *En el asesinato con ensañamiento:*

El asesinato con ensañamiento contempla una tipicidad objetiva paralela que está unida únicamente por un nexo ocasional, por lo que el comportamiento cruel puede ser anterior, simultáneo o posterior a la acción mortal. Por consiguiente, en esta circunstancia es posible cualquier modalidad de dolo, incluido el eventual.

### 4.4 **Iter criminis:**

En el artículo 141 del Código Penal se castiga *“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”*.

---

<sup>78</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. “El dolo eventual...”, cit. 84, pp. 431-464

<sup>79</sup> STS 24/06/1987

En este sentido, es llamativo que sean castigados los actos preparatorios con la misma pena que la tentativa. Ello solo puede responder a haberse inclinado el legislador por la sola consideración del desvalor de la acción, lo que se opone a un concepto dualista en la constitución del injusto<sup>80</sup>.

Por lo que se refiere a la estructura de los tipos de actos preparatorios, hay que tener en cuenta que deben de contener los elementos del tipo delictivo al que se refieren, y en el caso del asesinato hacer referencia a las circunstancias.

En cuanto a la tentativa, se plantea la cuestión de cuando comienza. Para Cobo del Rosal, se plantean los siguientes supuestos<sup>81</sup>:

1. “Se realiza parcialmente la circunstancia (por ejemplo, se intenta aumentar el dolor del ofendido, pero no se consigue lograr; se sorprende al que está al acecho) y se produce la muerte.
2. Se consuma la circunstancia (por ejemplo, se dispara alevosamente sin dar en el blanco), pero no la muerte y luego se consuma la muerte sin la circunstancia.
3. Se comienza el delito sin la circunstancia y no se completa, y posteriormente se consuma con su presencia la muerte”.

En el primer caso, se impone la hipótesis del concurso ideal entre tentativa y homicidio consumado (artículo 139.1 del Código Penal) que determinará la punición del homicidio doloso.

Pero si, en cambio, hacemos referencia al artículo 139.2 del Código Penal, la pena más grave sería la correspondiente al asesinato.

Por lo que, en todo caso, debemos diferenciar las circunstancias en atención a sus elementos constitutivos.

Así en relación al precio, teniendo en cuenta que este debe de ser casual respecto de la motivación del sujeto, no cabe una realización parcial de esta circunstancia: o se ha actuado por precio o no.

---

<sup>80</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, p. 213.

<sup>81</sup> COBO DEL ROSAL, M. “El delito de asesinato. Consideraciones sobre el delito de asesinato”, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 191-210.

Sin embargo, esta situación es distinta en el caso de la alevosía y el ensañamiento, ya que en estas circunstancias puede existir una realización parcial de sus elementos objetivos.

En el segundo caso, la solución más adecuada parecía la del concurso ideal entre asesinato en tentativa y homicidio doloso consumado, si no ha habido interrupción entre la primera y la segunda parte de la conducta ya que en caso contrario estaríamos ante un concurso real.

En el tercer supuesto, la Jurisprudencia mantiene la idea de que la alevosía ha de comprender la totalidad de la agresión que integra el delito, lo que nos conduce a la conclusión de que debe calificarse la conducta como homicidio doloso consumado. Esta solución sería la correcta mientras no haya cambios cualitativos en la situación, ya que de ser así se calificaría como asesinato consumado.

#### **4.5 Autoría y participación:**

En materia de participación, el criterio de referencia, es el de la identidad del delito para todos los participantes y la graduación de la pena para cada uno de ellos según sus aportaciones delictivas<sup>82</sup>.

Sin embargo, en el tipo que estamos abordando siendo este agravado respecto de otro básico, se plantea el problema de qué sucede cuando la circunstancia calificante le es imputable al autor, pero no al partícipe o también denominado comunicabilidad de las circunstancias<sup>83</sup>.

Ahora bien, partiendo de que el asesinato es un tipo agravado del homicidio y no un delito autónomo, al partícipe se le castigará como cómplice en un homicidio mientras que al autor por el delito de asesinato.

El partícipe responderá por el delito de asesinato cuando lo sea en la misma circunstancia que la conducta del autor material, ya que la participación es accesoria a la autoría.

Esto es debido a que las responsabilidades sobre estas circunstancias deben ser individualizadas entre los diversos autores y partícipes, aplicando las reglas del artículo 65 del Código Penal. Según éste:

1. *“Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.*

---

<sup>82</sup> STS 2130/1992, de 13 de octubre

<sup>83</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, p. 215.

2. *Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.*

En el caso de la coautoría, cada uno de los autores responderá por su propio título de imputación.

Por último, cabe mencionar que de una única inducción pueden producirse varios delitos. En este tipo de casos, el sujeto responderá como inductor de cuantos asesinatos haya producido<sup>84</sup>.

#### **4.6 Concursos:**

La problemática en tema de concursos es muy variada, y se pueden indicar varios supuestos. Estos supuestos son analizados por Álvarez García<sup>85</sup>, y son:

1. De leyes con homicidio que se resolvería, de acuerdo con el principio de especialidad, a favor del asesinato.
2. En el caso de concurrencia del tipo de asesinato con el del homicidio eutanásico, debe entenderse que el privilegio despliega un efecto oclusivo en relación a la cualificación, de manera que el tipo de asesinato quedaría excluido.
3. En el caso del artículo 143.3 del Código Penal, que dice que *“será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte”*, en realidad estaríamos ante un tipo de participación en un suicidio y no de autoría.
4. En cuanto a la concurrencia del artículo 139 apartados 1 y 2 del Código Penal, también estaríamos ante un concurso de leyes que se resolvería por especialidad a favor del artículo 139. 2. La misma solución tiene el supuesto del concurso con el asesinato hiperagravado del artículo 140 del Código Penal, resolviendo el concurso a favor de este último precepto.
5. En cuanto a los supuestos de robo con violencia en los que se haya causado la muerte para facilitar el apoderamiento, el concurso será ideal entre los artículos 242 y 138.1 del Código Penal. En este caso, se excluye el asesinato del artículo 139.1.4 ya que de lo contrario se infringiría el principio *ne bis in idem*.

---

<sup>84</sup> STS 25/05/1998

<sup>85</sup> ÁLVAREZ GARCIA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, pp. 236-238.

6. El concurso entre el delito facilitado u ocultado y el asesinato, en general será real. Aunque existen excepciones en algunos casos en los que puede considerarse como medial.
7. En los casos en los que el sujeto pasivo es considerado como “especialmente vulnerable”, pero no se han utilizado medios alevosos, el concurso de normas se resolverá a favor del delito de homicidio agravado contenido en el artículo 138.2 del Código Penal.
8. Como regla general, si el sujeto activo ha empleado medios alevosos para matar, y aunque la víctima sea considerada como “persona especialmente vulnerable”, no sería posible la aplicación del artículo 140.1.1 del Código Penal debido a la prohibición de ne bis in idem. Por lo que la calificación será la que corresponde con el asesinato básico por alevosía.
9. Si el sujeto ha empleado medios alevosos para causar la muerte a un sujeto pasivo que se integre en la circunstancia recogida en el artículo 140.1.1 del Código Penal, pero dichos medios alevosos no están conectados con la edad o enfermedad de la víctima, más este último dato supone una mayor debilidad del bien jurídico del que aquella es titular, con independencia del ataque alevoso, cabrá la muerte calificada como alevosa con la cualificación de ese mismo artículo.
10. Si el sujeto ha provocado la muerte con la concurrencia de cualquiera de las circunstancias recogidas en el asesinato básico, excepto la alevosía, y el sujeto pasivo es especialmente vulnerable y ello es debido a que el bien jurídico del que es titular presente una mayor debilidad, será calificado como asesinato del artículo 140.1.1.
11. En los supuestos de concurrencia de asesinato con los preceptos sancionadores de tipos cualificados del delito de homicidio, hay que diferenciar:
  - En el caso del artículo 573 bis .1.1 del Código Penal (delitos de terrorismo), estaríamos ante un concurso de leyes que debe de ser resuelto conforme a la especialidad.
  - En el caso de los artículos 485 (“*El que matare al Rey o a la Reina o al Príncipe o a la Princesa de Asturias...*”), 605 (*El que matare al jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España...*) y 607.1.1 (“*Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes...*”), también estaríamos ante un concurso de leyes a resolver conforme a la especialidad.

12. También existe la posibilidad de que un solo acto de participación, de inducción, de lugar a varios asesinatos, en los que respondería el partícipe en concurso real.

## **V. PENALIDAD Y LIBERTAD VIGILADA**

### **5.1 Penalidad:**

La reforma del delito de asesinato se llevó a cabo para introducir la prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento. En este sentido, España destaca por ser el país con la menor tasa de homicidios por cada mil habitantes. Por esto, nos hacemos una pregunta: ¿qué falta hacía, desde el punto de vista de lucha contra la criminalidad, introducir la pena de prisión permanente revisable? La respuesta es ninguna.

Además, los argumentos utilizados son tanto falsos como engañosos, así el preámbulo de la LO 1/2015 afirma que *“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 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”*.

Álvarez García afirma, en este sentido, que el sistema propuesto con la reforma empeora el existente en el último código penal español (el de 1870) que incluía en su catálogo de penas la prisión perpetua<sup>86</sup>.

Esto se veía reflejado en su artículo 29, en el que se preveía: *“Los condenados a las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas y a la de extrañamiento perpetuo serán indultados a los treinta años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto, a juicio del Gobierno”*.

No obstante, el sistema introducido por la reforma 1/2015 es más grave. El código de 1870 partía de la idea de que una pena de 30 años de prisión era un máximo, únicamente en circunstancias extraordinarias debía continuar el cumplimiento.

La nueva normativa introducida por la reforma parte de otra idea. Esta idea se ve reflejada en el artículo 92 del Código Penal, en el que se expone que *“el tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

---

<sup>86</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Tratado de derecho penal español” ..., cit. 13, pp. 238-239

- a) *Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.*
- 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.*

*En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.*

*El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.*

*2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.*

*3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91.*

*El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.*

*Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.*

*4. Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes”.*

Indudablemente estas exigencias dirigidas a delincuentes terroristas, no tienen que ver con la reinserción social, por tanto ¿es exigible la delación cuando la vida del delator y/o de sus familiares, o su desarrollo social se pone en peligro?

En el artículo 92 del Código Penal se establece:

- La presunción de que no ha habido reeducación ni existen condiciones favorables para una reinserción social de ser liberado si el sujeto no se arrepiente activamente.
- O,
- Se incorporan exigencias que exceden de las propias para el cumplimiento de las finalidades de las penas establecidas por el artículo 25.2 de la Constitución Española.

Pues bien, siendo el primer argumento falso ya que el sujeto puede haberse reeducado y querer llevar una vida en libertad respetuoso con el Ordenamiento Jurídico, y, sin embargo, no querer denunciar a sus excompañeros en una organización de la que se ha separado. El segundo de los argumentos excede de las exigencias constitucionales.

Por lo que podemos deducir que el apartado número 2 del artículo 92 del Código Penal, es contrario a la Constitución y al Convenido Europeo de Derechos Humanos.

En los casos en los que el autor trata de suicidarse tras la consecución del crimen, no son actos excepcionales en materia de violencia de género. Por lo que, se ha discutido si cuando esto ocurre y como resultado de su intento de suicidio resulta lesionado gravemente, cabría aplicar la pena natural.

Este planteamiento ha sido asumido por nuestra jurisprudencia que lo articula a través de la atenuante analógica.

Por último, debemos hacer referencia a una sentencia de gran importancia en este ámbito, la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2021, de 6 de octubre acerca de la resolución del recurso de inconstitucionalidad (3866-2015) sobre la pena de prisión permanente revisable.

Uno de los mayores cambios originados por la reforma del Código Penal español ha sido la introducción de la pena de prisión permanente revisable, regulada en la LO 1/2015.

La doctrina acogió esta reforma con numerosas críticas por su supuesta falta de adecuación a la Constitución y a los derechos recogidos en el ámbito europeo.

No obstante, esto no era acorde con el debate social y político que dejaba la sensación de que el endurecimiento de las penas a través de esta incorporación despertaban un apoyo social en los ciudadanos.

Este apoyo conllevó a que uno de los objetivos principales de la ley se centrara en el “compromiso con el dolor de las víctimas y la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantizase resoluciones previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”.

Por todo esto, el 6 de octubre de 2021 el Tribunal Constitucional, emitió una sentencia para solventar el recurso de inconstitucionalidad.

#### *5.1.1 Análisis jurídico:*

En primer lugar, los recurrentes sostenían que la presente ley vulneraba la prohibición de las personas inhumanas o degradantes. Esto era debido a que su duración era desmesurada por producir al penado padecimientos psíquicos y un deterioro de su personalidad.

Contra esto el Abogado del Estado consideraba que los parámetros de revisabilidad establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estaban garantizados ya que durante su ejecución se van a aplicar al penado las normas las normas penitenciarias españolas, basadas en el principio de individualización.

Ante esto, el Tribunal Constitucional sostenía que “la cuestión suscitada en este recurso de inconstitucionalidad no puede ser dirimida a partir de esta doctrina”.

En segundo lugar, el siguiente motivo de inconstitucionalidad que sostenían los recurrentes se fundamentaba en la convicción jurídica de que esta pena sería jurídicamente inadmisibles por el excesivo tiempo de privación de libertad y porque el procedimiento de revisión provocaría incertidumbre en el penado sobre sus posibilidades de alcanzar la libertad.

Pues bien, el Abogado del Estado contradice las alegaciones de los recurrentes y expone que el tratamiento penitenciario y el disfrute de sus beneficios también son aplicados a los penados con esta pena.

El Tribunal Constitucional, valoradas ambas posiciones, sentencia que: “no se puede realizar un juicio de inconstitucionalidad exclusivamente basado en los efectos socializadores que puede generar la prolongación en el tiempo de esta pena. La progresividad del sistema penitenciario y la personalización del tratamiento para el interno favorecen su reeducación y reinserción social”.

En tercer lugar, los recurrentes también cuestionan la proporcionalidad de la pena desde la perspectiva del derecho a la libertad personal comprendido en el artículo 17 de la Constitución Española. Y además solicitan al Tribunal una declaración acerca de la decisión parlamentaria de incorporar esta pena.

A todo esto, el Abogado del Estado defiende que se trata de una pena que está suficientemente determinada ya que tiene previsto un límite mínimo de duración según la gravedad del delito a partir del cual es posible la libertad condicional y además la pena podía extinguirse.

El Tribunal constitucional, en relación con la proporcionalidad de la pena, acude al derecho comparado y sostiene que el riesgo de desproporción en la pena no reside en el cumplimiento penitenciario de los periodos de seguridad previstos por la ley, sino en la posibilidad de que una vez vencidos estos plazos la prisión se prolongue más allá de la subsistencia.

En cuarto lugar, los recurrentes sostienen que la pena infringe el principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución Española y el mandato de resocialización del apartado 2 de ese mismo artículo ya que se trata de una pena que no tiene previsto un límite máximo de duración.

A su vez, el Abogado del Estado rechaza estas reflexiones y sostiene que la prisión permanente es una pena revisable.

El Tribunal reconoce que en la Lo 1/2015 no aparece explícitamente enunciado este régimen de revisión, por lo que habría que aplicarlo después del acto revocatorio y esto generaría un margen de incertidumbre.

En quinto lugar, conforme a todo lo anterior el Tribunal Constitucional sentencia:

- La desestimación de la solicitud de inadmisión de la impugnación
- Declara que el artículo 92.3 y 9.4 del Código Penal no son inconstitucionales, siempre que sean interpretados en el sentido establecido en el fundamento jurídico 9b)
- Desestima el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás

Junto a esta sentencia, se incluía un voto particular formulado conjuntamente por tres magistrados que consideran que el recurso de inconstitucionalidad debería haber sido estimatorio.

## **5.2 Libertad vigilada:**

Comenzamos haciendo una breve referencia al contenido del artículo 140 bis del Código Penal, en el que se expone que:

*“1. A las personas condenadas por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.*

*2. Si la víctima y quien sea autor de los delitos previstos en los tres artículos precedentes tuvieran un hijo o hija en común, la autoridad judicial impondrá, respecto de este, la pena de privación de la patria potestad.*

*La misma pena se impondrá cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren”.*

Por lo que, permite al Tribunal la posibilidad de aplicar la libertad vigilada a los condenados por alguno de los delitos mencionados.

Pero el quid de la cuestión se encuentra en el artículo 106.2 del Código Penal, en el que se expone que *“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.*

*En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.*

*Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.*

*Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente”.*

Por lo que, podemos deducir, que los delitos contra la vida (y, por tanto, el asesinato) es uno de los supuestos en que la libertad vigilada, de acuerdo con el artículo anterior, se acumula a la pena, para su cumplimiento posterior al de ésta.

Pero, en este caso, a diferencia de otros, tal imposición no es obligatoria, ya que hace el legislador se refiere a la libertad vigilada “post penitenciaria”.

En este sentido, una de las críticas que se realizaron acerca de esta medida “post penitenciaria”, tras la reforma de 2010, era que su imposición obligatoria comportaba una presunción iuris et de iure de peligrosidad criminal del delincuente sexual o del terrorista.

En primer lugar, debemos de realizar una aclaración acerca de la naturaleza jurídica de la libertad vigilada, cuestión que suscitó debate debido, en parte, a los altibajos del pre-legislador, con motivo de su incorporación al Código Penal.

Su consideración como pena accesoria tuvo que ver con la idea de que el Código Penal, en base a sentencias del Tribunal Constitucional, cerró las posibilidades de imponer penas y medidas de seguridad conjuntamente.

Susana Huerta afirma que mediante la introducción de esta medida en 2010 para sujetos responsables “se introduce un sistema de doble vía (pena + libertad vigilada)<sup>87</sup> y a la hora de apreciar su posible inconstitucionalidad se acude a aquellas sentencias del Tribunal.

Este modelo dualista no debería contemplar la duplicidad de mecanismos con análogo contenido en el catálogo de las penas y en el de las medidas de seguridad. En este sentido, la profesora Huerta Tocildo propone una solución a esta duplicidad consistente en transferir algunas de las penas privativas de derechos “al sector de las medidas de seguridad de idéntica naturaleza”.

Por lo que, la medida de libertad vigilada podrá imponerse tanto a inimputables como semiimputables además de excepcionalmente a sujetos plenamente responsables.

Aunque, muchos autores consideran que un problema fundamental del recurso a las medidas lo constituye el inconveniente de precisar el juicio de pronóstico inherente a la peligrosidad del criminal.

## VI. CONCLUSIONES

Con la introducción de la Ley Orgánica 1/2015 se produjeron significativas reformas en el Código Penal español. En este caso nos interesan las relativas al delito de asesinato.

Uno de los cambios más relevantes de esta ley fue la inserción de la pena de prisión permanente revisable en nuestro sistema punitivo.

Con la que se añadieron nuevas circunstancias agravantes y se reformaron las ya existentes, con el objetivo de aplicar esta pena a los delitos más graves buscando garantizar que los condenados por estos delitos cumplan penas proporcionales a la gravedad de sus acciones, con la posibilidad de revisar la condena tras un período mínimo de cumplimiento efectivo.

Sin embargo, la implantación de esta pena generó varios debates y ha sido objeto de críticas de diferente índole.

Uno de los problemas es la posible vulneración del principio “non bis in idem” en relación con las circunstancias agravantes recogidas en los artículos 139 y 140 del Código Penal.

---

<sup>87</sup> SANZ MORAN, A. “Una consecuencia jurídica no tan extraña: La libertad vigilada” en PEREZ MANZANO, M. (Coord.) *Estudios en Homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid, 2020, p. 594.

Ya que en ocasiones se produce una duplicidad normativa al ser coincidentes las circunstancias que justifican la aplicación de la pena de prisión permanente revisable y las del delito de asesinato.

Por ejemplo, si un delito de asesinato es cometido con alevosía, esta circunstancia es penada atendiendo al contenido del artículo 139 del Código Penal, pero posteriormente, la misma circunstancia puede ser utilizada para imponer la prisión permanente revisable bajo el artículo 140.

Como consecuencia, puede provocar disparidad de opiniones entre distintos tribunales ocasionando inseguridad jurídica e inconsistencia en la aplicación de la ley.

## VII. BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO ÁLAMO, M. “¿Es la muerte de un niño siempre alevosa?

ALONSO ALAMO, M. El ensañamiento, Granada (Comares), 2015, pp. 39-61

ALTES MARTI, M.A. La alevosía, Valencia, 1982, pp. 120 y ss.

ÁLVAREZ GARCIA, F. J. Tratado de derecho penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas (3a edición aumentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las LO 1 y 2/2019), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp.178-189.

ANTON ONECA, J. Derecho penal, 2ª edición, Akal, 1986, pp. 389 y ss.

CAMARGO HERNANDEZ, C. La alevosía, Bosch, 1953, pp. 57 y ss.

CEREZO MIR, J. Curso de derecho penal español, Tomo II, 6ª edición, Tecnos, 2005, pp. 375-376.

COBO DEL ROSAL, M. “El delito de asesinato. Consideraciones sobre el delito de asesinato”, en Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor, 1989, pp. 191-210.

CORDOBA RODA, J. Comentarios al Código Penal, p. 582

CORNEJO AGUIAR, J. Teoría de la antijuridicidad y las causas de justificación, Barcelona (Bosch), 2021, p. 148.

Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 25, (2023), pp. 6-12

CUELLO CALON, E. Derecho Penal, Barcelona, editorial Bosch, S.A., 1975, p. 580

DE PAUL VELASCO, J. M. “Los asesinatos reiterados o en serie: El inextricable artículo 140.2 del código penal” en Revista jurídica de les Illes Balears 20, (2021), pp. 31-58.

FERNANDEZ GARCIA, G. “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el derecho español contemporáneo” en Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales, nº 16. Bogotá, Colombia: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2019. Pp. 172-173.

GOMEZ RIVERO, C. “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal” en Revista de derecho y proceso penal 4, (2000), pp.35-59

- GONZALEZ SANCHEZ, P. “Concepto y clases de alevosía” en Blog PGS Abogados penalistas
- GOYENA HUERTA, J. Comentarios prácticos al Código penal, Aranzadi, 2015, p.64
- GRACIA MARTIN, L. Comentarios al Código Penal. Parte especial, I, p. 119
- GRACIA MARTIN, L. y DIEZ RIPOLLES, J.L. (Coord.), Comentarios al código penal. Parte especial, Tomo I, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 97 y ss.
- JESCHECK, Tratado de derecho penal. Parte general, 5ª edición. Traducida por Olmedo Cardenete, Granada, 2002, p. 453.
- LOPEZ GARRIDO, D. y GARCIA ARAN, M. El código penal de 1995 y la voluntad del legislador, Madrid, 1996, p.54.
- MAPELLI CAFFARENA, B. “El dolo eventual en el asesinato” en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 41 (2) (1988), pp. 431-464.
- MARTOS NUÑEZ, J. A. La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el Sistema Penal Español, Sevilla, pp. 51-107.
- MATEOS BUSTAMANTE, J. La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia agravante del artículo 22.1 del código penal, Madrid, Reus editorial, 2021, pp. 91-94
- MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte Especial, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 231.
- MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. “Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015”, Aranzadi, 2015, p. 117.
- MUÑOZ CUESTA, J., en ARROYO DE LAS HERAS, A. Y GOYENA HUERTA, J. (coord.). Las circunstancias agravantes en el código penal de 1995, Aranzadi, 1997, p.28.
- ANTALEON DIAZ, 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 29 (2014), pp. 6-9.
- PEÑARANDA RAMOS, E. Compendio de Derecho Penal. Parte especial. P. 222.
- PEREZ GONZALEZ, M. El asesinato como medio para facilitar otro delito o evitar que se descubra, Santa Cruz de Tenerife, 2016, pp. 1-35

- PINATEL. *Traité de Droit Penal et de Criminologie*, París, 1975, p. 504.
- PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, p. 529.
- PUIG PEÑA, F. *Derecho penal. Parte general. Tomo II*, Barcelona (Ediciones Desco), 1959, p. 138
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. “Comentarios al código penal” en *Revista de derecho privado*, Madrid, 1966, pp. 205-206.
- QUINTANO RIPOLLES, A. *Tratado de la parte especial de Derecho Penal*, Madrid, 1972, p. 245.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al código penal, Tomo I*, 7ª edición, Aranzadi, 2016, pp. 304-305.
- RODRIGUEZ GONZALEZ, L. *La comisión por omisión y el dolo eventual*, Valladolid, 2021, pp. 8-10
- SANCHEZ MORA, F. J. *Fundamento y naturaleza de la alevosía: conversión de homicidio en asesinato*. Extremadura, 2010 y pp. 6-8.
- SANZ MORAN A. “La reforma de los delitos contra la vida”, en 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, pp. 821-838
- SANZ MORAN, A. “Una consecuencia jurídica no tan extraña: La libertad vigilada” en PEREZ MANZANO, M. (Coord.) *Estudios en Homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid, 2020, p. 594.
- VON TROTTA, M. *On cruelty*, 2011, pp. 5 y ss