



---

# **Universidad de Valladolid**

**Facultad de Derecho**

**Grado en Derecho**

## **La reforma en los delitos contra la vida tras la LO 1/ 2015.**

Presentado por:

***Jesús López Crespo***

Tutelado por:

***José Mateos Bustamante***

*Valladolid, 23 de septiembre de 2020*

# ÍNDICE

*Página*

<b>ABREVIATURAS</b> .....	4
<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	5
1.1. Consideraciones iniciales y motivación.....	5
1.2. El derecho a la vida.....	6
1.2.1. <i>Algunas sentencias interesantes del TEDH sobre el derecho a la vida</i> .....	7
1.3. Breve recorrido histórico por la protección jurídica de la vida.....	8
1.3.1. <i>El Derecho positivo hasta nuestro primer Código Penal</i> .....	10
<b>2. DEL CÓDIGO PENAL DE 1822 HASTA EL SISTEMA ACTUAL</b> .....	14
2.1. Código penal de 1822.....	14
2.2. Código penal de 1848.....	18
2.2.1. <i>Reforma de 1870</i> .....	20
2.3. Código penal de 1973.....	21
2.4. Código penal de 1995.....	22
<b>3. CUESTIONES PREVIAS A LA REFORMA</b> .....	23
3.1. De la parte general a la especial.....	24
3.1.1. <i>Criterios sistematizadores</i> .....	24
3.2. Bien jurídico protegido.....	25
3.3. Cuestiones sistemáticas en los delitos contra la vida independiente.....	26
<b>4. LA REFORMA EN EL SISTEMA DE DELITOS CONTRA LA VIDA (INDEPENDIENTE) OPERADA POR LA LO 1/2015</b> .....	28
4.1. El delito de homicidio.....	28
4.2. Breve referencia a los elementos del tipo.....	29
4.3. Homicidio culposo.....	31
4.4. Homicidio agravado.....	32

4.4.1. <sup>a</sup> <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>	32
4.4. 2. <sup>a</sup> <i>Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.....</i>	33
4.4.3 <sup>a</sup> 3. <sup>a</sup> <i>Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.....</i>	33
4.4.4. <i>Cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.....</i>	34
4.4.5 <i>Consideraciones finales.....</i>	35
<b>4.5. Asesinato.....</b>	<b>36</b>
<b>4.6. Agravantes en el asesinato.....</b>	<b>37</b>
4.6.1. <i>Alevosía.....</i>	37
4.6.1.1. <i>Sobre la posibilidad de apreciar la alevosía conjuntamente con la circunstancia de 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>	39
4.6.2. <i>Precio, promesa o recompensa.....</i>	40
4.6.3 <i>Ensañamiento.....</i>	40
4.6.4. <i>Para la facilitar la comisión de un delito o para evitar que otro se descubra.....</i>	41
<b>4.7. El problema del dolo en el asesinato.....</b>	<b>42</b>
<b>4.8. Homicidio agravado.....</b>	<b>44</b>
<b>5. LA PENNA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....</b>	<b>45</b>
<b>5.1. Aspectos generales y debate.....</b>	<b>45</b>
<b>5.2. Regulación legal.....</b>	<b>47</b>
5.2.1. <i>Posibilidad de acceder al Tercer Grado penitenciario.....</i>	47
5.2.2. <i>Permisos penitenciarios.....</i>	48
5.2.3. <i>Pena inferior en grado.....</i>	48
5.2.4. <i>Concurso delictivo.....</i>	48
<b>5.3. La medida de libertad vigilada.....</b>	<b>49</b>
<b>6. REFERENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>49</b>
<b>7. CONCLUSIONES.....</b>	<b>53</b>
<b>8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>57</b>

## **LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS**

CC:	Código Civil.
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial.
CE:	Constitución Española.
CP:	Código Penal.
LO:	Ley Orgánica.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**RESUMEN:** la entrada en vigor de la *LO 1/2015*, de 30 de marzo, *de reforma del Código Penal* ha supuesto una radical transformación en el sistema de delitos contra la vida independiente. Se amplía el marco del asesinato, introduciendo nuevas circunstancias cualificadoras. Pero sin duda la aportación más controvertida es la introducción de la pena de prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento. A analizar estos extremos dedicaré mi esfuerzo.

**PALABRAS CLAVE:** Homicidio. Asesinato. Prisión permanente revisable. Circunstancias.

**ABSTRACT:** the entry into force of *LO 1/2015*, of 30 March on the reform of the Penal Code has lead to a radical transformation in the system of crimes against independent life. The framework of murder is expanded, introducing new qualifying circumstances. But without a doubt the most controversial contribution is the introduction of the reviewable permanent prison sentence in our order. To analyze these extremes I will dedicate my effort.

**KEY WORDS:** Manslaughter. Muder. Reviewable permanent prison sentence. Circumstances

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Consideraciones iniciales y motivación.**

Los delitos dolosos contra la vida son, y no podría ser de otra manera, uno de los ejes centrales de la respuesta penal en cualquier Estado de Derecho. Una protección eficaz de la vida de los ciudadanos por parte del Estado es necesaria para el desarrollo y subsistencia de

cualquier civilización, desde el momento en que suscribimos el “pacto social”, cedemos al Estado el monopolio del *ius puniendi*, abandonando la venganza privada.

Nuestra legislación penal tipifica y sanciona los atentados o intromisiones contra la vida. El sistema que teníamos parecía venir funcionando, tal y como se desprenderá de la evolución histórica de la protección jurídica de la vida que repasaré a continuación.

Pero nuestro legislador cambió el sistema significativamente con la entrada en vigor de la *LO 1/2015*, de 30 de marzo, *de reforma del Código Penal*. Siguiendo a ALONSO ÁLAMO, M. “No es aventurado señalar que el nuevo modelo está orientado a acotar una materia a la que conectar la prisión permanente revisable, sin duda la aportación más polémica [...]La decisión de incorporar dicha pena ha contribuido en gran medida a la nueva regulación del asesinato, la cual ha traído consigo también cambios significativos en la regulación del homicidio”<sup>1</sup>

En este sentido también señala QUINTERO OLIVARES, G. que “No hay reforma penal en España que no comporte un incremento de penas, como si los Gobiernos necesitaran protegerse frente a posibles críticas de los sectores más represores de nuestra sociedad [...] Cualquier político que se atreviera a sugerir alternativas a la pena de prisión podría ser vapuleado sin piedad”<sup>2</sup>

Suscribiéndome a estas opiniones doctrinales y hecha esta introducción, pasaré a hacer el referido desarrollo histórico hasta llegar al modelo actual, el cual examinaré (detendiéndome más en sus zonas grises) e indudablemente habrá que analizar también la pena de prisión permanente revisable. Para intentar dar respuestas al por qué de la reforma, buscaré, en último lugar, correlatos en el Derecho comparado para ver si la reforma se sostiene.

## 1.2. El derecho a la vida.

La Constitución Española reconoce y garantiza el derecho a la vida (más exactamente, el derecho a la protección jurídica de la vida) en su **art.15**, el primero de la *Sección 1ª*. Es lógico que ocupe esa posición, puesto que es el presupuesto o premisa indispensable para el ejercicio

---

<sup>1</sup>.ALONSO ÁLAMO, M. “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, Cuadernos de política criminal, núm 117, 2015, p. 5.

<sup>2</sup>. QUINTERO OLIVARES, G. “Estudio Preliminar” en “Comentario a la reforma penal de 2015” (dir. QUINTERO OLIVARES), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2015, p. 36.

de los demás derechos y libertades, el propio Tribunal Constitucional lo ha calificado de “derecho esencial y troncal en cuanto que es el presupuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”. La dicción literal del **art. 15 CE** es “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral” (son dos derechos fundamentales que guardan estrecha conexión, el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral).

El derecho a la vida es un derecho subjetivo de rango fundamental que no sólo otorga a sus titulares protección frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida, sino que impone a esos poderes públicos (y en especial al legislador), el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida frente a ataques o agresiones de terceros (normalmente a través de una sanción penal, ya sabemos que en esencia el Código penal no es sino una Constitución en negativo).

Es un derecho peculiar porque, mientras en los demás derechos los problemas que suelen plantearse están relacionados con su ejercicio, en el derecho a la vida los problemas se plantean en relación a la titularidad del mismo (con el comienzo de la vida) y, en segundo lugar, con la posibilidad de poner fin a la vida de forma legítima ya sea como consecuencia del ejercicio de la libertad personal (de una decisión adoptada libremente por el titular del derecho: eutanasia, huelga de hambre), o bien como consecuencia de una decisión del Estado (pena de muerte). Son cuestiones todas ellas muy polémicas, a las que no resulta fácil dar respuesta desde el punto de vista jurídico, aunque tampoco desde la ciencia ni desde la moral. No es posible mantener una posición absolutamente neutral, aséptica, y resulta muy difícil alcanzar un consenso, aunque se parta de la convicción de que toda vida humana es valiosa, digna de ser vivida.

En último término, se discute acerca del espacio que se reserva en este terreno a la libre elección personal, al ejercicio de la libertad personal, en palabras de Ronald Dworkin<sup>3</sup>.

#### *1.2.1. Algunas sentencias interesantes del TEDH sobre el derecho a la vida.*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, se inscribe en el ámbito del Consejo de Europa, organización internacional paneuropea (hay 47

---

<sup>3</sup>. Dworkin R. “Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom.” New York, Alfred A. Knopf, 1993.

miembros, sólo falta Bielorrusia) creada en 1950 para defender los Estados de Derecho, las libertades, una democratización efectiva. El TEDH es el órgano encargado de hacer cumplir el Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma de 1950. España lo ratificó en 1979, tras las primeras elecciones democráticas en 1978.

Se deduce de su jurisprudencia que este derecho implica de los poderes públicos, en primer lugar, el no causar la muerte (Convenio Europeo: por ejemplo, evitar muertes por un uso excesivo de la fuerza por parte de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad de un Estado). Ésto sería una obligación negativa que implica a los poderes públicos.

Pero ello obliga además a los Estados a establecer un sistema efectivo de protección de la vida ( sancionar penalmente los atentados frente a la vida). También obliga a protegerla frente a cualquier riesgo evidente, inminente. Por tanto, ésto permite al TEDH<sup>4</sup> juzgar no sólo las actuaciones de los Estados suscritos al Convenio de Roma, sino también sus omisiones. Se puede condenar, y de hecho se hace.

**-Osman vs Reino Unido:** un profesor persiguió obsesivamente a un alumno en clase, después por la calle, hasta llegar a matar al padre del alumno. Se planteó si se tomaron las medidas necesarias por parte de la policía y la asistencia social para proteger la vida de este niño ante un riesgo tan concreto. El TEDH sentencia con razón que *“la conducta humana es impredecible y los recursos del Estado limitados. Pero dicho ésto es verdad que cuando hay un riesgo tan inminente, como en este caso, se puede exigir una mayor atención para amortiguar los riesgos”*.<sup>5</sup>

**-Sobre Derecho penitenciario, también en Reino Unido:** un tipo con peligrosos antecedentes psiquiátricos asesina a su compañero de celda. No parece razonable que un sujeto con esas características comparta celda y, menos aún que no se informara a la futura víctima. Se tenían que haber tomado medidas preventivas.

**-Agentes de la inteligencia británica matan a tres integrantes del IRA en Gibraltar**. La condena que se impone a Reino Unido no es por las muertes, sino

---

<sup>4</sup>. Ante él se demanda a Estados por acciones u omisiones contrarias al Convenio de Roma de 1950. Cualquier supuesta víctima puede hacerlo por un procedimiento muy sencillo, aunque se ha ido endureciendo últimamente la admisión a trámite de las demandas.

<sup>5</sup>. *STEDH*, de 28 de octubre de 1998.

<sup>6</sup>. “Los 3 terroristas del IRA acibillados en Gibraltar por los que Thatcher tuvo que decir -yo disparé-”. RUEDA. F., Reportaje en “El Español”, 2018, <https://www.lespanol.com/reportajes/20180306/terroristas->



por una infracción procesal: no se investigó seriamente que esas personas fueran los tres integrantes del IRA a los que buscaba dar caza la inteligencia británica.

**-López- Ostra vs España:**<sup>7</sup> se trata de una mujer de Murcia molesta por los malos olores derivados del humo de una fábrica de reciente construcción junto a la vivienda de esta mujer. El TEDH construye a raíz de este caso una doctrina muy interesante, a la que ya apuntaban casos como el de Heathrow: *“el derecho a la vida privada comprende, entre otros, el derecho a disfrutarla sin molestias dentro del domicilio propio”*.

### 1.3. Breve recorrido histórico por la protección jurídica de la vida.

Podría parecernos que siempre se le dispensa una protección (con mayor o menor intensidad) jurídica al derecho a la vida. Pero ésto no ha sido así, hemos de recordar que nuestra tradición jurídica bebe directamente del Derecho romano, y en este encontramos la institución del *ius vitae et necis*: el pater familias podía disponer de la vida de las personas a su cargo, sin más límites que la moral. Pero ya aquí advertimos el importante papel que juega la moral en los delitos contra la vida: este *ius* o derecho apenas era utilizado por el gran reproche social (moralmente hablando) que conllevaba su uso.

También podríamos extendernos en cuestiones políticas, filosóficas y religiosas en torno a los distintos perfiles que ha adquirido el derecho a la vida a lo largo y ancho del planeta. Pero esto nos haría perdernos. A modo de ejemplo es lógico entender que en China, debido a su régimen político, el derecho a la vida está subordinado al correcto funcionamiento del sistema estatal. En los regímenes totalitarios el individuo no es sino una pieza más del engranaje que compone el Estado y, por ende, esta pieza es prescindible (y debe serlo en atención a sus dogmas) si pone en riesgo o simplemente paraliza la maquinaria estatal.

En nuestra tradición jurídica, sin duda alguna el hito es la aparición del cristianismo y en torno a él, el desarrollo de la patrística y la escolástica. Partiendo del dogma cristiano de que ninguna vida es disponible por el propio individuo, sólo por Dios (ésto concierne más

---

ira-acribillados-gibraltar-thatcher-decir-dispare/289722208\_0.html.

<sup>7</sup>. STEDH de 9 de diciembre de 1994.

al suicidio, y al aborto y la eutanasia), por extensión ningún hombre puede matar a otro.

Aunque ésto hace aguas, hemos de tener en cuenta el contexto histórico (paralelamente al desarrollo de la patrística y la escolástica, Europa es un campo de batalla permanente y las luchas por el ascenso al poder en el seno de la Iglesia Católica no son una excepción).

Podemos concluir que, pasado el oscurantismo propio del medievo con la llegada de la Ilustración y las vertientes humanísticas (Voltaire, Rousseau- el contrato social, va afianzándose la idea actual de que toda vida es valiosa y digna de ser vivida. Por ende, comienzan a articularse mecanismos de protección frente a ataques o intromisiones de terceros en la legislación de los Estados Modernos<sup>8</sup>, si bien es cierto que, en la otra cara de la moneda, la pena de muerte no es suprimida como pena capital (como pena máxima prevista en los ordenamientos, si bien en no pocas ocasiones no como pena única y con gran afluencia de indultos discrecionales).

### *1.3.1. El Derecho positivo hasta nuestro primer Código Penal*

Me referiré muy brevemente a algunas de las leyes que primero dispensaron protección jurídica a la vida hasta llegar al Código Penal de 1822, punto de partida para analizar las transformaciones que ha sufrido el sistema de delitos contra la vida hasta la operada por la *LO 1/2015, de 1 de julio, de reforma del Código Penal*.

Veo esta tarea importante para más tarde dilucidar la trascendencia que han tenido los elementos que de estas leyes referiré en la actual configuración de los distintos sistemas de delitos contra la vida independiente.

#### **- *Ley de las XII Tablas (Lex duodecim tabularum o duodecim tabularum leges):***

Su época aproximada es del siglo V a. C. y su origen dudoso, si bien se aprecia en ella influencia helena, la adaptación es arcaica. Aunque un conjunto disperso y desorganizado, constituye el primer cuerpo normativo de la Antigüedad, con una vigencia de cientos de años.

---

<sup>8</sup>. Lecciones magistrales de D. Juan María Bilbao Ubillos en Derecho Constitucional II, impartidas durante el curso académico 2016/ 2017 en la Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho.

Nos interesa pues nuestra tradición jurídica bebe directamente del Derecho romano y en ella advertimos algunas cosas de interés.

Las *Tablas VIII* y *IX* contenían el Derecho público<sup>9</sup>: lo que eran considerados atentados contra el -Estado- pueblo romano, los *crimina: perduelio* (traición, sedición), pero también aparecen como delitos públicos el *parridicium* y el homicidio. La consecuencia jurídica a imponer era alternativa, o pena de muerte o el exilio.

Aunque se castigue el parricidio, no podemos olvidar el *ius vitae et necis* de que disponía el *pater familias* y que ya describimos *ut supra*. Se comienza a perfilar el papel que jugará la agravante mixta del parentesco en los delitos contra la vida, contenida en nuestro ordenamiento en el **art. 23 CP<sup>10</sup>** dentro de las llamadas generales.

- ***Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis*** (Ley Cornelia sobre apuñaladores y envenenadores)

A mi juicio, es muy trascendental para observar cómo tan primigeniamente surge la primera ley que contempla las primeras circunstancias que tradicionalmente cualifican el homicidio a asesinato.

Surge en el año 81 a. C; por razones meramente pragmáticas (también volveremos a ello con ocasión de la introducción de la pena de prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento). Comienzan a contratarse crímenes a cambio de dinero, más en concreto muertes (asesinatos). La respuesta estatal fue contundente para acabar con este problema - no sabemos si de opinión pública o real, pero sí coyuntural, que mantenía en inseguridad a la ciudadanía.

La ley lo que hace es contemplar como supuestos de hecho diferentes modos de envenenar. Comienza aquí a perfilarse el contenido de la alevosía y la técnica legislativa de los tipos mixtos acumulativamente formados (al hacer referencia a los distintos modos de

---

<sup>9</sup>. Importante resaltar la distinción que ya hace esta ley entre delitos públicos y privados a efectos de actuación de oficio o a instancia de parte. Distinción que pervive casi idéntica hasta nuestros días.

<sup>10</sup>. “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.”

envenenar, se quiere que no se quede nada fuera del círculo punitivo). Nuestro legislador recogerá el testigo dejado por romano para acotar las circunstancias agravantes del delito doloso con resultado muerte, que lo hacen ser calificado como asesinato y no como homicidio.

Queda patente la introducción, ya para siempre, de la agravante genérica (y especial e hipercualificadora en los delitos contra la vida) de *realizar el hecho bajo precio, promesa o recompensa*. A fin de cuentas, lo que insta la promulgación de la ley es la proliferación de los asesinos a sueldo. Ya advertimos la “mayor reprochabilidad” de encargar el hecho a otro (a efectos de participación no sucedería como ahora, el equiparar el autor mediato al inmediato), y, de otra parte la también “mayor reprochabilidad hacia el sujeto activo, que a cambio de una suma de dinero es capaz incluso de arrebatar una vida ajena, se aprecia ya un mayor desvalor de acción.

#### - ***Las Partidas de Alfonso X el sabio:***

Obra de juristas anónimos atribuida popularmente a Alfonso X El Sabio, ya que fueron promulgadas durante su reinado. Contenían todo el Derecho común aplicable en la Corona de Castilla y datan de 1265. Su nombre original, en buena lógica con su afán, era el de “*Libro de las Leyes*”.

En lo que aquí nos interesa, es la séptima partida, dedicada al Derecho material y procesal penal. Entre los delitos, a los que se llama “*yerro*”, encontramos el homicidio, del que señala: “*el homicidio es cosa que hacen los hombres a veces de manera injusta y a veces con derecho*. Ésto conduce a la triple distinción que se hace en su *Título VIII del homicidium*: “*la primera es cuando un hombre mata a otro torticeramente*” (el doloso, el homicidio propiamente punible y delictual, en base a la inspiración de este Código<sup>11</sup>), el que llama accidental “*cuando acaece por ocasión*” (hoy el homicidio imprudente- sin concurrencia de dolo-), y en defensa propia “*cuando lo hace con derecho en defensa propia*” (lo que vendrá a constituirse como una causa excluyente de la culpabilidad, con los requisitos actuales).

---

<sup>11</sup>. Se establece que la finalidad de la pena es retributiva (7, 31, 1) aunque también la prevención especial y general. Llama “*yerro*” a los delitos refiriéndose a errores pero en un sentido más religioso, el dolo ya es un elemento imprescindible para la imputabilidad.

A modo de conclusión podemos decir que la triple distinción que se hace aquí va encaminada hacia la delimitación del homicidio propiamente punible, el doloso. Si bien la palabra *torticeramente* bien podríamos entenderla en un sentido amplio como cierto grado de alevosía, a lo que se está refiriendo es al dolo en sentido estricto.

- ***Novísima Recopilación de las Leyes de España:***

Dentro de las corrientes codificadoras que imperan en Europa, encontramos este cuerpo normativo, que data de 1804. A modo de encuadre histórico diremos que si bien fue promulgada durante el reinado de Carlos IV, se utilizaron como base los proyectos fallidos de Fernando VII (más bien de su valido el Marqués de la Ensenada) y de Carlos III junto con el jurista Manuel de Lardizábal.

La obra se divide en 12 libros, recogiendo sistemáticamente hasta 4044 leyes. En lo que nos atañe, el *Libro XI* el *Libro XII* “*de los delitos y sus penas y de los juicios criminales*” contenían el Derecho penal sustantivo y adjetivo (el procesal).

Encontramos ya el supuesto de hecho del asesinato que más se acerca al actual. Más en concreto, en la *Ley II Título XXI* (del referido *Libro XII*) encontramos la configuración de asesinato que más nos acerca al modelo actual:

*“Todo hombre que matare a otro a traición o alevosía<sup>12</sup>, arrástrenlo por ello, y enfórquenlo; y todo lo de traidor háyalo el Rey; y del alevoso haya la mitad el Rey, y la otra mitad sus herederos (del sujeto pasivo, no del Rey); y si de otra guisa matare sin derecho, enfórquenlo”.*

Me atrevo a hacer tal aseveración pues ya se consolida la alevosía como circunstancia que cualifica el delito doloso con resultado muerte a asesinato, y también podemos ver una cláusula abierta “*si de otra guisa*” (bien peligrosa en aras de la seguridad jurídica, como es sabido, y más en ámbitos punitivos) que pretende captar todos los supuestos en los que no concurre legítima defensa u otro medio de causar la muerte legal en la época (por ejemplo, duelos y justas): “*sin derecho*”.

---

<sup>12</sup>. Muy interesante sería poder dar con el origen de la definición de alevosía a efectos prácticos, aunque es un sendero en el que no puedo perderme. Me limitaré a decir que ya aparecía en los Fueros, aunque no en el mismo sentido que se ha comentado y que quedará perfilada en los términos actuales en el CP de 1850.

Para finalizar, y en consonancia con lo dicho, si bien la consecuencia jurídica que se prevé es la pena de muerte y es una pena distinta en cuanto a su contenido si la ponemos en relación con la pena de prisión permanente revisable recientemente introducida en nuestro ordenamiento, no es menos cierto que en la *Novísima Recopilación* se prevé como pena única ante tales delitos y como pena capital (entendiendo por pena capital la sanción más severa que se reserva el Código).

## 2. DEL CÓDIGO PENAL DE 1822 HASTA EL SISTEMA ACTUAL

Seguiremos nuestro recorrido por la tipificación de los delitos contra la vida, ya moviéndonos en el terreno de nuestros Códigos penales históricos. En cada uno de ellos me referiré al contexto histórico en el que fue promulgado, sus influencias, su aplicabilidad práctica; y, sobre todo, en la evolución (o involución) que sigue el sistema de delitos contra la vida en nuestro ordenamiento a lo largo del tiempo.

### 2.1. Código penal de 1822:

Bebe directamente de los pensamientos ilustrados, y en el ámbito que nos compete, fundamentalmente del Marqués de Beccaria y Bentham. Su mayor aporte fue que ya aparece como un cuerpo penal más o menos sistematizado (Se componía de un *Título Preliminar* y dos partes “*Delitos contra la sociedad*” y “*Delitos contra los particulares*”)<sup>13</sup>. Pero sin duda aún mayor fue la siguiente aportación: el establecimiento del principio de legalidad, la definición (jurídico-penal) de delito, la inserción de la responsabilidad civil derivada de delito y el primer elenco de atenuantes y agravantes.

Si bien tuvo una escasa aplicación práctica, inaugura la codificación penal en España. Se puede asegurar que durante el llamado Trienio Liberal sí que tuvo vigencia (1820-1823) y es muy aventurado determinar en qué otros períodos pudo tenerla, aunque “*Sea como fuere lo cierto es que no tenemos constancia de que llegara a publicarse en la Gaceta de Madrid a diferencia de otras disposiciones*”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup>. Reminiscencia histórica de la tradicional distinción entre delitos públicos y privados.

<sup>14</sup>. LÓPEZ REY, Ó. “El Código penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación”. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 2018, Vol LXXI, fasc. I, p. 351.

Acotando lo que nos interesa, los delitos contra la vida se encuentran en el *Título I* de la parte dedicada a los “*Delitos contra los particulares*”, bajo la rúbrica “*Delitos contra las personas*” El art. 609 del Código tipifica el delito de asesinato. Su dicción literal es la siguiente:

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

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

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

*Tercera: con alevosía ó a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa ó desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño ó perfidia, ó privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas ó de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña ó pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este, ó ya usando cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad ó sin riesgo del agresor, ó para quitar la defensa del acometido.*

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

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

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

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

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

De la lectura de este precepto de larga y farragosa redacción extraigo varias conclusiones:

- El primer párrafo parece que equipara el homicidio puramente doloso con la muerte de otra persona concurriendo las circunstancias que se pasan a enumerar.

- La primera circunstancia es igual a la actual de “*por precio, promesa o recompensa*”. Pero lo más interesante que veo (a buen seguro que lo vieron cientos de juristas antes que yo) es que se ya habla del error en el objeto “*ó hieran a aquella persona, ó a otra en cuyo lugar, se haya tenido a la asesinada*”. Error en el objeto que, como bien sabemos en los delitos contra la vida es intrascendente a efectos de imputación del resultado lesivo (la muerte).
- Las circunstancias segunda y tercera pretenden captar todos los tipos de alevosía (la sorpresiva, la inopinada o súbita y la de desvalimiento). Para ello se vuelve a recurrir a la técnica del tipo mixto acumulativamente formado (indubitativamente con el mismo fin teleológico, que no quede ningún supuesto de homicidio aleve fuera del ámbito punible).

Y, como no podría ser de otra manera, se cierra con la ya referida y peligrosa cláusula abierta: “*ó ya empleando de antemano cualquier otro medio insidioso para sorprender dicha persona y consumir el delito.*”-circunstancia segunda- “*ó ya usando cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad ó sin riesgo del agresor, ó para quitar la defensa del acometido.*”- circunstancia tercera-.

Me parece reseñable destacar lo que se contempla a efectos de autoría en la circunstancia segunda: “*ya poniéndole espías [...] ya buscando auxiliadores para el mismo fin*”.

Comienza a perfilarse la complicidad en los delitos contra la vida, si bien es cierto que no equipara (a efectos de responsabilidad criminal, como hace el actual Código) a los cómplices o cooperadores necesarios con el autor material y directo del hecho punible.

- Sorprende, a mi juicio, que aparezca en cuarto lugar el paradigma del asesinato aleve, el cometido por envenenamiento (buen testimonio de ello podrían dar los emperadores romanos y los reyes de los “Estados” que surgieron después, siempre paranoicos con ese tema). Creo que se debió (igual que la *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis*, y veremos si, igual que con la entrada de la pena de prisión permanente revisable tras la reforma de 2015), a una proliferación de estos casos unido al populismo punitivo).



- La quinta circunstancia alude a incendios, explosivos, al fin y al cabo también formas de alevosía para cometer el hecho. A buen seguro que, unido con el desarrollo de la química y en relación a ello, con el de los artefactos explosivos e incendiarios, se introduce esta circunstancia.

Al fin y al cabo nos lleva a las mismas razones pragmáticas de la circunstancia anterior, aunque si bien es cierto que en esta última tengo otra teoría: también pudiera ser para delimitar la concurrencia de dolo homicida cuando se usan estos artefactos o el fuego con tal fin (el de matar) y diferenciar de las situaciones en que por el uso de estos artefactos, se causa la muerte de alguien pero de manera imprudente, por caso fortuito, o incluso en casos de concurrencia de dolo eventual. Cuestiones todas ellas en las que no puedo (ni debo) extenderme más.

- La sexta circunstancia nos aporta la primera definición auténtica de ensañamiento que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, pasando ya como circunstancia cualificadora del homicidio hasta nuestros días. El mayor desvalor que acción que supone el aumento doloso del sufrimiento de la víctima antes de matarla definitivamente, bien queda ya fosilizado ese concepto hasta la actualidad.

Si bien la diferencia que apreciamos (evidentemente, aparte del tenor literal del precepto) es que se contempla también el ensañamiento con el cadáver *“bien se cometa alguno de ellos con el cadáver después de darle muerte”*. Como era de esperar, ello ha quedado desterrado de nuestro ordenamiento: en consonancia con los principios que inspiran el Derecho penal moderno, la muerte agota el injusto y los actos realizados con cadáveres no entran dentro del sistema de delitos contra la vida<sup>15</sup>.

- En la *sétima* y última circunstancia parece haber hallado la inspiración nuestro legislador en 2015. Pongamos en relación esta circunstancia con la 4ª del art. 139.1 del Código vigente: *“con el fin de cometer cualquier otro delito, ó con el de castigar la resistencia que en la ejecución de este oponga la persona asesinada, ó con el de impedir que estorbe ó embarace la misma ejecución, ó que lo descubra ó detenga al delincuente después de cometido”*

---

<sup>15</sup>. Si acaso estos actos “póstumos” hoy pudieran tener cabida dentro de los “Delitos contra el honor”, los sujetos pasivos serían los herederos o allegados del fallecido “corrompido” pero no hay cabida para encontrar un mayor desvalor de acción (y de modo alguno de resultado) para ampliar el marco del ensañamiento si la persona ya está muerta.

*Art. 139.1 CP: Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes [...] 4ª: Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.*

Dejaremos el análisis de esta circunstancia para después, en el núcleo de este trabajo, la reforma operada por la *LO 1/2015, de reforma del Código Penal*, en el sistema de los delitos contra la vida (independiente). Si bien me parece oportuno decir respecto a la *sétima* del CP de 1822, que queda casi transcrita en el *art. 237* tras la reforma de 2015, dentro del Capítulo dedicado a los delitos contra el patrimonio (muy aventurado es hablar del orden socioeconómico vigente- economía mixta de libre mercado- como bien jurídico protegido, en un robo):

*Art. 237 (Capítulo II “de los robos”): “Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren.”<sup>16</sup>*

- Por último, se alude a la pena de infamia. Era un reproche moral que podía llegar incluso al destierro de familiares del homicida. Expulsado totalmente de nuestro ordenamiento jurídico en aras al principio de personalidad de las penas.
- La consecuencia jurídica es la pena de muerte, me remito a lo expuesto sobre *Las Partidas*.

## **2.2. Código penal de 1848 (y su reforma de 1870):**

Antes hemos de señalar que hasta este *Codex*, se había vuelto a aplicar la legislación penal y arbitraria propia del Antiguo Régimen. Tras algunos proyectos fallidos, se redacta este cuerpo por la Comisión General de Códigos. Tradicionalmente conocido como “*Código Pacheco*”, en atención al que parece que fuera el principal artífice y aportador de ideas al mismo.

---

<sup>16</sup>. Bien nos parece por todo lo expuesto que el legislador de 2015 transcribió preceptos de aquí y de allá, ya veremos algún otro.

Fue promulgado por el Real Decreto de 19 de marzo de 1848, es de reseñar que prescinde del principio de legalidad, caso inédito (y esperemos que único) en la legislación española moderna. “*El Código Penal español de 1848 ha sido el más duradero en el tiempo de la Historia española y la base de los códigos penales españoles hasta el de 1995.*”<sup>17</sup>. En sus preceptos se advierte el tono liberal aunque autoritario en lo penal, propio de los Estados Liberales (o Estados Policia) imperantes en Europa.

Centrándonos en lo que aquí interesa, en el *Título IX* de su primera parte “*delitos contra las personas*” reserva dos tipos de delitos dolosos con resultado muerte, diferenciando en atención al sujeto pasivo. Ésto es así pues separaba el parricidio, “*será castigado por parricidio el que maté a su padre, madreo hijos (legítimos, ilegítimo o adoptivos*<sup>18</sup>) *o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos o cónyuges*” del digamos homicidio propiamente dicho, contenido en el *art.324*.

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

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

*1ª.- Con alevosía.*

*2ª.- Por precio ó promesa remuneratoria*

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

*4ª.- Con premeditación conocida.*

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

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

Por fin podemos decir que apreciamos una mejora increíble en la técnica legislativa para facilitar la tarea del intérprete. Y se puede mantener tal aseveración debido a diversas cuestiones de peso.

- La alevosía queda acotada al señalar su solo nombre. Cualquier supuesto que llegue a manos del intérprete en el que concurren los elementos de la definición de alevosía,

---

<sup>17</sup>.Iñesta Pastor, E. “*El Código Penal español de 1848*”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. p.1

<sup>18</sup>. Importante y atrevida para la época la equiparación de hijos legítimos e ilegítimos en la legislación (penal).

ya entendida ésta en los términos actuales (*art. 22. 1ª CP<sup>19</sup>*) deberá ser castigado como

- Se positiviza definitivamente la circunstancia de actuar a cambio de dinero “*ó promesa remuneratoria*”. El legislador ya incluye la promesa, indudablemente se habrían dado multitud de supuestos en la práctica forense y positivizar es lo más seguro para mermar el posible arbitrio de los Tribunales en su aplicación del Derecho.
- La circunstancia 4ª, a mi modo de ver, pretendía captar supuestos de alevosía aun no muy definidos, en la evolución del concepto de alevosía (*ídem* de lo expuesto sobre la 3ª *ut supra*, pero cada una en su contexto).
- El hito más importante (junto con el expuesto en primer lugar) de este Código es que se da la definición auténtica y definitiva del ensañamiento, en su circunstancia 5ª: “*Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*” (también el sentido actual, recogido hoy en el *art. 22. 5ª CP<sup>20</sup>*).
- Para finalizar, y en cuanto a las penas, cabe destacar que se diferencian en función de; si concurre una de las circunstancias: “*será castigado: 1.- Con la pena de cadena perpetua á la de muerte,*”. Apreciamos penas alternativas y posible margen de arbitrio de los Tribunales en función de la gravedad de los hechos en los homicidios cualificados. Y, “*2.- Con la pena de reclusión temporal en cualquier otro caso*”. Pena única para delitos con resultado muerte en los que no concorra ninguna circunstancia cualificadora.

**2.2.1. Reforma de 1870:** provocada por la Constitución de 1869, se divide el capítulo único reservado a los homicidios en tres: parricidio, asesinato y homicidio. El artículo 418 del *Capítulo II* se introduce ya con la expresión “***Es reo de asesinato*** el que, sin estar comprendido en el artículo anterior, matará á alguna persona, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1ª.- *Con alevosía*

2ª.- *Por precio ó promesa remuneratoria*

---

<sup>19</sup>. “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.”

<sup>20</sup>. “Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.”

3<sup>a</sup>.- *Por medio de inundación, incendio ó veneno.*

4<sup>a</sup>.- *Con premeditación conocida.*

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

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

La lógica es la misma que antes pero es muy importante destacar que **ya se introduce el *nomen iuris* de asesinato** como tal en la legislación para hablar de un homicidio cualificado, en función de la concurrencia de una circunstancia, dentro de una lista tasada. Tanto el propio elenco de cláusulas como el contenido de las mismas parecen ir cerrándose y por fin deja de aparecer la peligrosa cláusula abierta, a mi modo de ver el mayor logro de este Código y del mencionado sistema de delitos contra la vida, en aras de la seguridad jurídica.

A efectos prácticos, hay que señalar por último que se introduce un adjetivo en la pena para el asesinato, *cadena temporal en su grado máximo á muerte”*. También nos interesa a efectos prácticos, pues, como hemos señalado, se parece mucho al actual sistema. Aquí lo que significa, en fase de ejecución penitenciaria, es la no revisabilidad de la condena (y por tanto la imposibilidad de conseguir la libertad, salvo por indulto).

Ahora nos movemos en un contexto de revisabilidad si esta reforma llega a aguantar los períodos mínimos de cumplimiento para alguno de los ya condenados, sobre ambas cuestiones me extenderé cuando sea ocasión.

**2.1.3. Código penal de 1973:** el sistema vigente parecía seguro, pues llevaba más de un siglo aplicándose en la práctica forense y no había habido excesivos problemas de interpretación, la buena y referida técnica legislativa a buen seguro que tuvieron mucho que ver. En buena lógica penal, todo sigue igual y el artículo 406 del *Título VIII del Libro I* recoge:

*“Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

1.<sup>a</sup> *Con alevosía.*

2.<sup>a</sup> *Por precio, recompensa o promesa.*

3.<sup>a</sup> *Por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo.*

4.<sup>a</sup> *Con premeditación conocida.*

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

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

Aparte de advertir que se suprime la introducción “*El que sin estar comprendido en el artículo anterior...*”; aunque el artículo anterior (el 405) sigue regulando el parricidio, lo más interesante (siguiendo poniendo en consonancia este modelo con el actual) es que se suprime la pena de muerte y por tanto, resulta una pena única, como en el sistema actual tras la reforma de 2015 “*El reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo*” / “*Será castigado con la pena de prisión permanente revisable*”. No podemos finalizar sin advertir que las formas de alevosía contenidas en la circunstancia 3ª siguen apareciendo fuera de la general.

**2.1.4. Código penal de 1995:** es el Código vigente en la actualidad (aunque ha sufrido más de treinta reformas, e indubitativamente la más radical es la operada por *LO 1/2015*, de 1 de julio, la que ocupa este trabajo. Aprobado tras casi 20 años de incipiente democracia parlamentaria en España, sólo contó con las abstenciones del PP y tres votos en contra (según los propios Diputados, por error). Cabe señalar que la pena de muerte ya había sido desterrada de nuestro ordenamiento jurídico con la promulgación de la Constitución Española de 1978 (*art. 15 CE*<sup>21</sup>).

La *LO 10/1995*, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, queda dividida en dos libros, el primero dedicado a disposiciones comunes (la conocida como Parte General) y el segundo, bajo la rúbrica “*Delitos y sus penas*”, define los supuestos de hechos punibles, así como las consecuencias jurídicas a aplicar en su caso. El *Título I* lo preside y es el que nos interesa “*Del homicidio y sus formas*”. Más en concreto nos interesan los *arts 138-140* para ponerlos a la luz con la reformada operada en 2015.

*Art. 138: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.”*

---

<sup>21</sup>. [...]Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra..

*Art. 139: “Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

*1.ª Con alevosía.*

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

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

*Art. 140: “Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años.”*

Hemos de señalar que se suprime el parricidio<sup>22</sup> y los delitos contra la vida independiente quedan prácticamente reducidos a este sistema, compuesto por tres artículos.

Se parte del tipo básico, de concurrir una de las circunstancias se pasa a considerar asesinato “*como reo de asesinato*”. Y de concurrir más de una de las circunstancias previstas, se eleva el marco penal sensiblemente.

Sobre ello (de la supresión del asesinato “*strictu sensu*” del art. 406 /1973 al homicidio agravado denominado asesinato en el Cp de 1995) MORALES PRATS, E23. señala de la mano de la doctrina más relevante, que se tradicionalmente se le asignaba al delito de asesinato categoría de *delito autónomo* ( y por ello con sustantividad propia), frente al homicidio.

### **3. CUESTIONES PREVIAS AL OBJETO DE LA REFORMA**

El objeto del presente trabajo es analizar la radical transformación que ha supuesto la entrada en vigor de la ***LO 1/2015, de 1 de julio, de reforma del Código penal***. Para ello veo necesario acotar la materia, si bien pasando de puntillas, por algunos aspectos que nos serán de interés a la hora de analizar la reforma.

---

<sup>22</sup>. Si acaso el sujeto pasivo fuera del entorno familiar, pudiera jugar su papel la ya referida “circunstancia mixta de parentesco”, contenida en el *art. 23 CP*.

<sup>23</sup>. MORALES PRATS, F, en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Pamplona 2011 (p. 53).

### 3.1. De la parte general a la especial:

Históricamente, la parte especial del Derecho penal precede a la parte general (sólo cuando se ha alcanzado una técnica más o menos avanzada sobre los supuestos concretos, comienzan a plantearse cuestiones generales). En este sentido llaman la atención problemas como el de la causalidad entre acción y resultado, ya que surgen en torno a un delito muy concreto y que ocupará casi todo este trabajo, **el homicidio**. Así, se discute sobre la letalidad de la herida (golpe-herida-muerte subsiguiente). De esta forma se originó la Teoría de la Causalidad. A través del delito del homicidio también se construye, en sentido inverso, la legítima defensa como causa excluyente de la antijuridicidad de la conducta típica y dolosa (aquí la muerte se produce frente a una agresión ilegítima de la que es -potencial-víctima el autor material del homicidio no antijurídico)

#### 3.1.1. Criterios sistematizadores.

En esta evolución ocupa un puesto fundamental el desarrollo de la dogmática jurídica desde finales del siglo XIX al presente: surgen teorías jurídicas del delito que permiten la comparación de diversas figuras delictivas del Código Penal. Los códigos modernos, por lo general, adoptan el **criterio del bien jurídico** protegido a la hora de sistematizar la parte especial, de tal forma que los *Títulos* suelen hacer referencia al bien jurídico protegido. En el caso de los *Títulos del Libro II* todas las figuras jurídicas se corresponden con el bien jurídico protegido.

Se discute si este criterio sistematizador es el más correcto: Von Liszt se refería al **criterio del medio o forma de comisión**, distinguiendo entre delitos violentos y , digamos “delitos fraudulentos” estafas, determinados abusos sexuales. Este criterio es rechazado casi unánimemente por la doctrina y los Códigos penales que nos rodean, si bien tiene un interés criminológico: habla de criminalidad violenta en contraposición a la astuta; desde un punto de vista estrictamente jurídico la distinción por la forma de comisión incitaría a confusión al agrupar delitos tan dispares entre sí.

Otro **criterio** es el **del móvil del autor** (sexual, ánimo de lucro,). Con indudable interés criminológico (es el más idóneo para conocer la personalidad del autor), pero desde un punto de vista jurídico, que es lo que aquí nos compete, recibe la misma crítica que el



anterior.

Por todo lo expuesto, el **criterio del bien jurídico** es el más plausible a la hora de decantarnos por uno<sup>24</sup>. Ya que además posibilita la correcta interpretación de los diferentes tipos penales. Y por lo tanto no es solo el criterio sistemático sino que también es el criterio interpretativo ante cuestiones dudosas, véase, p. ej: una conducta imprudente durante el parto por el médico asistente ocasiona la muerte del bebé. ¿Es homicidio, que protege la vida independiente? ¿O es aborto, que protege la vida humana independiente? Tendremos que ver si hay expulsión parcial del seno materno, hay zonas grises.

Luego volveremos a este punto para definir el límite entre los delitos contra la vida humana dependiente y los delitos contra la vida humana independiente, ya que, sólo son éstos últimos objeto del presente trabajo.

No obstante, la sistemática del bien jurídico protegido plantea problemas. El que nos interesa es que **a veces hay diferentes figuras delictivas destinadas a proteger un mismo bien jurídico, y estas figuras constituyen un sistema, sistema de delitos contra la vida** (homicidios, asesinato, inducción al suicidio, auxilio al suicidio), también en los delitos contra el honor (injurias, calumnias), contra la libertad (retenciones ilegales, coacciones), contra la propiedad (hurto, daños, apropiación indebida).

### 3.2. Bien jurídico protegido

Ya nos hemos referido en la introducción al derecho a la vida. Las sanciones penales contempladas para los delitos contra la vida no son otra cosa que la otra cara de la moneda del **art. 15 CE** “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral*”. El Código Penal se concibe con acierto como una “Constitución en negativo”, ya que se ocupa de proporcionarnos la respuesta punitiva estatal ante ataques o intromisiones ilegítimas a los derechos y libertades que en la nuestra *Carta Magna* se propugnan.

Siguiendo el referido criterio del bien jurídico protegido, éste no es otro que la vida misma entendida como un valor ideal. En palabras de MORALES PRATS, F.<sup>25</sup>, El Derecho

---

<sup>24</sup>. Lecciones magistrales de Derecho penal, impartidas por Alonso Álamo, M. durante el curso académico 2017/ 2018, en la Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho.

<sup>25</sup>. MORALES PRATS, F. “El homicidio y sus formas”, *cit.* p. 41.

Penal construye una concepción normativa de este bien jurídico, lo que posibilita superar las concepciones estrictamente físico-biológicas (las defendidas por la escolástica y la patrística, en desarrollo de los dogmas cristianos). Esta concepción normativa justifica desde la despenalización del aborto en algunos supuestos hasta la justificación de la muerte en legítima defensa o en cumplimiento de un deber.

### 3.3. Cuestiones sistemáticas en los delitos contra la vida independiente

El Código Penal ordena su contenido atendiendo primero a bienes jurídicos fundamentales de los que es titular la persona. Así, el *Título I del Libro II "De los delitos"*, lleva la rúbrica "*Del homicidio y sus formas*". Se contienen en dicho *Título* diferentes figuras que lo que tienen en común es que, el supuesto de hecho de todas ellas es un atentado contra la vida humana independiente. Por tanto, se aíslan los delitos que atentan contra la vida humana intrauterina (*Título II: aborto*).

Conviene hacer unas consideraciones generales de los delitos que atentan contra la vida humana dependiente e independiente. El legislador separa allí donde la biología no lo hace, ya que la vida no es si no un continuo biológico desde la fecundación del embrión hasta la muerte.

Desde un punto de vista material y objetivo, para saber hasta dónde llegan el homicidio y el aborto distinguimos cuatro momentos, éste enlaza con **el objeto material de los delitos contra la vida:**

1.-Límite mínimo del aborto: se discute si el comienzo de la vida hay que situarlo en la fecundación del óvulo o en la implantación de éste en el útero. Teniendo en cuenta que éste último sucede sobre 13 días después y que, en esos 14 días es dudoso que el óvulo fecundado llegue a implantarse, este período debe quedar fuera incluso del ámbito del aborto. La tesis dominante, de acuerdo con la investigación biomédica, es que el límite mínimo de la vida protegible penalmente es la implantación del óvulo en el útero.

2=3- Límite máximo del aborto = Límite mínimo del homicidio: estamos ante el momento más controvertido porque en el momento del nacimiento se suceden unas fases

desde que comienzan las contracciones hasta que se produce el parto (una expulsión parcial no es lo mismo que una expulsión definitiva), con el corte del cordón umbilical se produce el cese de respiración placentaria.

Se ha discutido mucho si para el homicidio es precisa la expulsión plena o basta con el comienzo, hay que separar el continuo biológico:

- En el CC se requiere un entero desprendimiento del seno materno, claro está a efectos civiles (que no son otros que los de la adquisición de la personalidad civil).<sup>26</sup>
- A efectos penales, que son los que nos conciernen, no se requiere ese plazo de 24 horas, hoy la tesis mayoritaria es que hay homicidio cuando se mata al feto aún sin expulsión plena. En este sentido, Según STS, de 29 de noviembre de 2001, *“con el comienzo del parto se pone fin al estadio fetal. Este comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, de manera que a partir de dicho momento se pone en peligro no la vida de un feto sino de una persona”*

Un argumento no muy contundente a favor de esta tesis es que la nueva vida humana llega a visualizarse. Pero, sin duda, el argumento mas importante es la plena protección del bien jurídico. Si partimos de los delitos contra la vida humana, y por ello de la regulación del aborto y del homicidio, entonces hemos de convenir que se protege mejor la vida durante el parto y aplicamos los tipos del *Título I “Del homicidio y sus formas*, en particular las conductas imprudentes, que encuentran mejor cabida en el homicidio.

3.-Límite máximo del homicidio: la persona ha de estar viva, pero ésto nos enfrenta a un problema suscitado sobre todo con el incipiente progreso tecnológico en el transplante de órganos. La necesidad de mantener con medios mecánicos la actividad circulatoria y respiratoria de víctimas de accidentes de tráfico a fin de extraer los órganos en condiciones óptimas: lo que se requiere es la muerte cerebral por encefalograma plano.

---

<sup>26</sup>. Art. 29 CC *“El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”*. Art. 30 CC *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.”*

En la década de los 70 comienza a surgir una legislación novedosa que rompió con lo que tradicionalmente se conocía como “muerte” Se matiza que en el caso referido *ut supra* no habría homicidio aún pudiéndose llegar a cumplir el tipo, llega un concepto moderno de muerte, pero no por ello menos garantista. En este sentido, el **art. 3** del **RD 1723/ 2012**, de 28 de septiembre, contempla tanto la muerte por parada cardiorrespiratoria como la muerte encefálica, proporcionando una definición del diagnóstico de muerte: “proceso por el que se confirma el cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o de las funciones encefálicas”.

## **4. LA REFORMA EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA (INDEPENDIENTE) TRAS LA LO 1/2015, DE 1 DE JULIO**

Introduciré el contenido de la legislación actual a efectos tanto descriptivos como valorativos, y en un capítulo independiente analizaré tanto la pena de prisión permanente revisable, , antes de exponer mis conclusiones definitivas tras analizar la materia.

### **4.1. El delito de homicidio. Homicidio agravado.**

Contenido en **art. 138 CP**, básicamente desde la reforma de 2015 nos encontramos con que se distingue entre un tipo básico y unos agravados. El **art. 138.1** emplea la fórmula lapidaria clásica: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”.

Pero se añade un segundo párrafo en 2015, **art. 138. 2**: “los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: -Cuando concorra en su comisión alguna de las circunstancias del **art. 140** -técnica de remisión que también se aplica al asesinato-. 1. Cuando la víctima sea menor de 16 años o una persona especialmente vulnerable por edad, enfermedad o discapacidad. 2.- Cuando el hecho sea subsiguiente a la comisión de un delito contra la libertad sexual que el autor hubiere cometido contra la víctima. 3.- Que el delito se hubiere cometido por quien perteneciere a un grupo o sociedad criminal.

Y; **138.2**: “Cuando, los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado contenido en el art 550. Es otra mal llamada circunstancia, que supone la pena superior en grado cuando lo

que se contempla es un concurso ideal de delitos. Ya tendremos ocasión de detenernos y de proporcionar las citas de autoridad pertinentes.

## 4.2. Breve referencia a los elementos del tipo.

Antes de entrar a valorar en profundidad las circunstancias que agravan el homicidio y el asesinato, haré un somero repaso a los elementos objetivos y subjetivos del tipo, simplemente a modo de contextualización.

Basándonos en el *Art. 138.1*, el sujeto activo puede serlo cualquiera (en principio es un delito común, sin un ámbito de autoría determinado. La acción consiste en *matar*, que es un verbo resultativo (hace referencia a la acción y su resultado: la muerte). No se especifica la forma de comisión, se admite cualquiera (delito de medios indeterminado), lo que significa que el bien jurídico se protege frente a cualquier ataque que conduzca causalmente a la muerte, que es el resultado típico.

Ésta (la muerte) es necesaria para que el delito se encuentre consumado. Como sucede en todos los delitos de resultado cabe la tentativa tanto acabada (el sujeto ha realizado todos los actos ejecutorios que llevarían al resultado pero por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se produce), e inacabada (sólo se han realizado parte de los actos ejecutorios y el resultado no se produce por causas externas a la voluntad del sujeto activo)

De nuevo hemos de señalar que, como sucede en todos los delitos de resultado, debe mediar un nexo acción- resultado, extremo que debe estar comprobado (teoría de la imputación objetiva). Habrá causalidad si de no haberse producido la acción el resultado no se hubiera sobrevenido; no es suficiente haber realizado una acción que hubiere llevado a la muerte, es preciso que sea apropiada para causar la muerte.

En cursos causales irregulares (hablamos de acciones no peligrosas, en sí mismas consideradas, pero que provocan la muerte), no habría homicidio. Habría que examinar muy cuidadosamente del caso concreto, si la acción en sí misma es apropiada, idónea para provocar el resultado de muerte. Al tipo del homicidio sólo pertenecen actos peligrosos que comprendan el ámbito de aplicación de la norma, esto es, sólo aquellos que sean en sí mismos

peligrosos para la vida.

#### 4.2.1. Problemas interpretativos

1. Si en el matar encuentra cabida la comisión por omisión (la inejecución de una acción que el ordenamiento espera del sujeto y que causa la muerte). Pero este homicidio no está regulado específicamente, esta comprendido en esa fórmula tan escueta con la que hay que completarlo (**Art. 11 CP27**) – la cláusula general de la comisión por omisión. Es tarea del intérprete: que el sujeto esté en posición de garantía en virtud de la ley, por aceptación previa o injerencia. Se requiere omisión causal, la cual es difícil de establecer ya que el sujeto no hace nada (causalidad hipotética: de haberse realizado la acción, el resultado lesivo no habría sobrevenido). Esa omisión sí debe equivaler a la acción.
2. La fórmula del **art. 138** señala “*como reo de homicidio*”. Hemos de estar prevenidos ante esta fórmula, que es de Derecho penal de autor, no es más que un recurso estilístico del legislador que no añade en verdad nada. En Derecho penal moderno no se incriminan modos de ser sino hechos (el matar). Ese giro no es más que un recurso superfluo, ya que abre una discusión. El CP de 1973 usaba la expresión “*homicida*”, sustituida por ésta más neutra (“*como reo de homicidio*”) pero que sigue empañando el problema y el referido debate.
3. Son asimismo punibles la conspiración, proposición y provocación al homicidio (**art. 141 CP**). Debe señalarse que todo intento de matar a un individuo que previamente haya fallecido es atípico o constituirá, a lo sumo, una tentativa no idónea de homicidio si, desde casi todos los puntos de vista posibles, la supuesta víctima parecía estar con vida al inicio de la lesión o ataque.
4. Pluralidad de resultados: en la actualidad, la jurisprudencia entiende que cuando una sola conducta dolosa es susceptible de producir diversos resultados de muerte (situaciones que tradicionalmente eran consideradas como un caso de “concurso

---

<sup>27</sup>. “Los delitos o faltas 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.”

ideal homogéneo”), se produce un concurso real entre los diversos homicidios (consumados o en grado de tentativa). Después de muchas discusiones y resoluciones contradictorias, el TS se ha decantado por esta solución, incluso para el caso del dolo eventual, por Acuerdo de Sala de 20 de enero de 2015.

En cambio, si una sola conducta imprudente produce la muerte de diversas personas, existe acuerdo en que procederá la aplicación de las reglas del concurso ideal de delitos (**Art. 77.2 CP**).

Esto es lo que supone la reformada operada por la *LO 1/2015, de reforma del Código Penal*. Y se puede sostener tan rotunda afirmación en atención a numerosas evidencias. La primera y que ya supone una ruptura de modelo es que tradicionalmente sólo se distinguía entre homicidio y asesinato. Y ahora el asesinato puede ser agravado e hiperagravado.

### 3.3. Homicidio culposo

**Art. 142.1 CP:** el delito de homicidio por imprudencia grave será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión.

**Art. 142.2 CP:** el delito de homicidio por imprudencia menos grave será castigado con pena de multa de tres a dieciocho meses

Hay que señalar que la imprudencia grave es perseguible de oficio, la menos grave a instancia de parte (ésto es, exige denuncia previa de cualquier sujeto material o moralmente perjudicado).

En razón de los medios de comisión, se establecen algunas modalidades específicas en el tráfico rodado o en el uso de armas con penas suplementarias de privación de derechos relacionados con el sector de actividad en el que se ha cometido la imprudencia.

Con la introducción del delito de homicidio por imprudencia menos grave se ha derogado la falta correspondiente, que estaba castigada con una exigua multa y cuyo principal cometido era dar cauce a reclamaciones de responsabilidad civil. Este nuevo delito, dado el cambio de nomenclatura y el notable aumento de penas, exige un grado de negligencia

sensiblemente mayor al de la derogada falta. La nueva figura se ubicaría en una franja a ambos lados de la antigua frontera entre imprudencia grave y leve. Pero no es descartable que, dadas las dificultades de delimitación y las necesidades prácticas (singularmente en materia viaria), acaben produciendo un simple cambio de etiquetas, de manera que la imprudencia menos grave venga a ocupar el lugar de la vieja falta de homicidio por imprudencia leve.

En caso de imprudencia grave se prevé una inhabilitación profesional adicional si el homicidio es producto de una imprudencia profesional (**Art. 142. I. IV CP**). Para evitar que este subtipo agravado se aplique sistemáticamente a toda imprudencia grave cometida en el desempeño de una profesión, la jurisprudencia ha tratado de distinguir la “culpa del profesional” de la “culpa propiamente profesional). Así, cuando en el ejercicio de una profesión se incurra en una infracción del deber de cuidado común (culpa del profesional), se responderá por el tipo básico del homicidio imprudente. En cambio, cuando el resultado es producto de la impericia o falta de conocimientos básicos, o bien de la infracción de las reglas específicas de la actividad, se incurrirá en culpa propiamente profesional y se aplicará el subtipo agravado por imprudencia (grave) profesional.

#### **4.4. Homicidio agravado**

Conlleva la pena superior en grado (de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses de prisión). Queda casi equiparado al tipo básico del asesinato, por las circunstancias agravantes del **Art. 140. 1 CP**, o que el hecho sea constitutivo también de un delito de atentado del **Art. 570 CP**.

***4.4.1ª. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.***

En el caso de la vulnerabilidad nos encontramos en supuestos próximos al abuso de superioridad del **Art. 22. 2 CP**. En el caso de la edad parece que la cláusula es de aplicación con la mera constatación del dato biológico, aunque no se presente situación de inferioridad alguna frente al atacante. En esta última modalidad debe tenerse en cuenta que a menudo se verá desplazada por aplicación de la doctrina jurisprudencial de los seres indefensos por el asesinato por alevosía. Remitiremos su análisis conjuntamente con el de la alevosía.

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



Consumado o en grado de tentativa (*Título VIII del Libro II*). Ambos delitos se presentarán en un concurso real. El término “*subsiguiente*” impide que el tipo agravado sea aplicado cuando la ejecución del homicidio coincida con la del delito contra la libertad sexual. Dado el tenor literal del precepto, parece que tampoco puede ser de aplicación cuando el delito antecedente sea contra la indemnidad sexual, pero en muchos de estos casos concurrirá la circunstancia de minoría de edad o de vulnerabilidad de la víctima.

No se equivocan ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Y VENTURA PÜSCHEL, A.<sup>28</sup> al señalar que la dicción literal, y más en concreto el referido término “*subsiguiente*” (y no con ocasión, con motivo de, u homicidio que acompaña a un delito contra la libertad sexual, como veremos al analizar el Derecho comparado que contemplan otros sistemas), plantea problemas pues habría que esperar a la finalización de los actos ejecutivos del delito sexual (independientemente de si se ha consumado o no) para apreciar esta agravante. “Lo que no es más que un dislate que terminara provocando en los tribunales [...] una alteración de la real sucesión de los hechos en su consideración como -probados-, o una interpretación del término -subsiguiente- que romperá todas las fronteras de la interpretación.

**4.4.3ª Quien pertenciere a un grupo u organización criminal:** nos conduce a la definición del **Art. 570 bis** y **ter**, que llega al extremo de considerar “*grupo criminal*” a una simple agrupación de dos o más personas con el fin de cometer delitos. Aunque no es necesario que la comisión de homicidios sea el objeto específico del grupo u organización, el atentado contra la vida debe producirse con motivo u ocasión de sus actividades delictivas. El delito de pertenencia a grupo u organización criminal se presentará en concurso real con el homicidio agravado.

En esta línea ya tuvo ocasión de pronunciarse el mismísimo CGPJ en su Informe al anteproyecto de 2012, señalando que se produciría el referido concurso de normas con los arts. 570 *bis* o *ter* CP29 “Pues precisamente la agravación de la pena en el delito de asesinato obedece

---

<sup>28</sup>. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Y VENTURA PÜSCHEL, A. “*Delitos contra la vida independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)* en “*Comentario a la reforma penal de 2015*” (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Pamplona, 2011. pp. 323 y 324.

<sup>29</sup>. Art. 570 *bis* “*1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años*

al aumento del injusto que supone la pertenencia a organización, por lo que no podrá castigarse este comportamiento de forma autónoma por la vía de los arts. 570 *bis* o *ter* en concurso de delitos con el subtipo agravado específico, ya que ello vulneraría el principio *non bis in idem*” Concluye señalando su parecer, que los hechos conducirían a la pena de prisión permanente revisable por aplicación del art. 140. 1. 3<sup>a</sup> “*entendiéndose absorbido el delito autónomo de pertenencia o dirección de grupo u organización (criminal)*”.

**4.4.4. Cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 55030**” Entendido el atentado como una agresión o acto de violencia contra la autoridad o un funcionario público: cuando se hallen en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será de aplicación exclusiva el **Art. 138. 2. b)**, que constituye un tipo complejo que integra homicidio y atentado. Puesto que la remisión se limita al **Art. 550**, se excluyen los supuestos de atentado impropio del **Art. 55431** (no pueden ser considerados funcionarios públicos: seguridad privada, personas que acudan al auxilio de la autoridad o funcionario atacado). En estos casos se apreciará un concurso ideal entre el tipo básico del

---

*en los demás casos. A los efectos de este Código se 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. 2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización: a) esté formada por un elevado número de personas. b) disponga de armas o instrumentos peligrosos. c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado. 3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.”.El art. 570 *ter* sanciona penalmente la pertenencia a estos grupos.*

<sup>30</sup>Art. 550: “1. Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas. 2. Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos. 3. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

<sup>31</sup>. Art 554 “Los hechos descritos en los artículos 550 y 551 serán también castigados con las penas expresadas en ellos cuando se cometieren contra un miembro de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado. 2. Las mismas penas se impondrán a quienes acometan, empleen violencia o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios. 3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente: a) A los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones. b) Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

homicidio y la correspondiente modalidad de atentado. También se presentará un concurso ideal con el delito de atentado si la causación dolosa de la muerte constituye una modalidad más grave de atentado contra la vida: homicidios terroristas, asesinato, o, incluso cuando el hecho ya sea un homicidio cualificado por la concurrencia de otra circunstancia, por ejemplo: el homicidio de un policía a manos de un miembro de un grupo criminal.

Hay dudas interpretativas ya que en la regulación del atentado, además del tipo básico hay tipos agravados. ¿No se puede apreciar el homicidio agravado si los hechos constituyen un atentado del art. 551 y no del **Art. 550**? Esto vulneraría el espíritu de la ley.

En buena lógica, señala en primer lugar MUÑOZ CONDE, F. la paradoja de que esta cualificación no se prevea para el asesinato. Si su *ratios legis* es a fin de cuentas dar mayor protección a funcionarios y autoridades en el ejercicio de sus funciones (y por ende, al ejercicio de la función pública), “Para ello hubiera sido suficiente con las reglas del concurso ideal entre homicidio y atentado [...] Sin embargo, con la aplicación de la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico se derogan las reglas concursales, sin ninguna razón que lo avale, salvo conseguir un mayor rigor punitivo, que no siempre está justificado”

Afortunadamente, la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

#### ***4.4.5. Consideraciones finales***

Los homicidios cualificados son una novedad de la reforma de 2015, antes sólo se distinguía entre homicidio y asesinato. Se introduce esta categoría intermedia.

El fundamento de la agravante por ser el homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual es el mayor desvalor de resultado (el mayor desvalor es la suma de ataque a dos bienes jurídicos distintos).

¿Podrían tenerse en cuenta las agravantes generales contenidas en el **Art. 22 CP**? En principio son de aplicación todas las no previstas: ejecutar el hecho con alevosía, ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la

impunidad del delincuente; ejecutar el hecho mediante recompensa, precio o promesa; motivos de discriminación, enfermedad o discapacidad de la víctima, ensañamiento, abuso de confianza, prevalecerse del carácter público que tenga el culpable y, ser reincidente (mismo *Título* y misma naturaleza del delito, no se computarán a tales efectos antecedentes penales cancelados o que debieran serlo).

¿Y Atenuantes? Del **Art. 21 CP**: obrar por estímulos tan poderosos como arrebató, obcecación u otros estados pasionales. Es tan singular que el CP no regula el estado pasional pero, por la vía del **Art. 21**, hay numerosos casos en que el autor realiza el hecho por un impulso y se aprecia. A veces también cabe apreciar una eximente incompleta por miedo insuperable (**Art. 20 CP**): dado que el miedo es graduable y la afectación psicológica del autor también, puede ser distinto caso por caso. Incluso también a veces cabe la legítima defensa incompleta (cuando no falta un requisito esencial se reduce la pena especialmente).

La circunstancia mixta del **Art. 23 CP**, el parentesco, normalmente se acepta que agrava en delitos contra la vida. El CP actual no contempla el parricidio pero sí que cabe que el juez aprecie la agravante de parentesco. También se puede apreciar como atenuante, por particulares motivaciones: *pietatis causa* (no auxilio ejecutivo al suicidio) o debilidad psicológica de la víctima.

#### 4.5. Asesinato

También sufre una importante transformación con la reforma de 2015. Hasta entonces era la muerte de otro concurriendo la alevosía, la ejecución por precio, promesa o recompensa o; ensañamiento. En 2015 este elenco de agravantes se amplía y se añade una 4ª: que la muerte se haga para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra uno anterior.

El **Art. 139.1. CP** contiene el tipo básico, pero los hay agravados e incluso hiperagravados. Si concurre más de una de las circunstancias del **Art. 139. 1**, se impone la pena en su mitad superior. La pena prevista para el asesinato ya era muy grave de por sí y se eleva en 2015 de 15 a 20 años y; si concurren dos o más circunstancias agravantes del **Art. 140. 1** o cuando el reo de asesinato sea condenado por la muerte de dos o más personas, se

impondrá la pena de prisión permanente revisable.

Queda patente que estamos ante un cuadro normativo complejo: partimos del tipo básico- agravación (2 o más circunstancias)- hiperagravación (prisión permanente revisable; circunstancias del **Art. 140** y muerte de más de dos personas, no queda muy claro si en la misma sentencia so por reincidencia)

El asesinato es un homicidio agravado, un tipo cualificado de homicidio, una figura delictiva que lleva aparejada una pena más severa al concurrir específicas circunstancias que el legislador selecciona atendiendo a razones diversas. El cuadro preexistente se ha complicado con la aparición intermedia del homicidio agravado, pero a fin de cuentas el asesinato (incluso el anterior a la reforma de 2015) ya era un homicidio agravado. Para entender que el asesinato es un delito separado habría que entender que hay un injusto distinto.

## **4.6. Agravantes en el asesinato.**

### **4.6.1. Alevosía:**

Se puede acudir a la definición del **Art. 22.1** *“cuando al cometer el delito el culpable emplea en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o indirectamente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”*.

En esta definición hay varios elementos. Desde un punto de vista objetivo es necesario que la forma de comisión asegure una ejecución sin riesgos para el autor procedentes de la defensa que pudiera ejercer la víctima. Desde un punto de vista finalístico, que tiendan a asegurar la ejecución.

Fundamento de agravar de la alevosía: no porque incremente el desvalor de resultado, el ataque al bien jurídico es el mismo; agrava especialmente el desvalor de acción: medios que tienden a asegurar una ejecución sin riesgos

De acuerdo con esto, no hay inconveniente en aceptar la alevosía proditoria: acechar

a la víctima sorprendiéndola en absoluta indefensión. Tampoco con aceptar una alevosía sorpresiva: cuando el sujeto se aprovecha de la indefensión de la víctima. El sujeto, por ejemplo, se encuentra a la víctima dormida y aprovecha la ocasión (son casos de casuística súbita, inopinada, de la muerte: no se ha previsto la situación pero se aprovecha.

Otra que se viene considerando alevosía pero es más problemática: la víctima se halla en situación de especial vulnerabilidad, lo que puede concurrir con circunstancias de alevosía que el TS califica de sobrevenida (muy cuestionada). El TS basaba la alevosía en los incapaces de defenderse por la especial indefensión de la víctima: Hoy no puede ya pues dejaríamos inaplicable el **Art. 140. 1 CP**.

Según ALONSO ÁLAMO, M. Esto viene a dar la razón a la doctrina, que criticaba apreciar la apreciación extensiva que de la alevosía los tribunales venían haciendo por la que todo el asesinato de un recién nacido es aleve, si ésta tiende a asegurar la ejecución, mal la asegura si se trata de matar a un recién nacido. No es extraño que la jurisprudencia, con la finalidad de imponer la pena más grave por un hecho muy reprobable haga una interpretación demasiado extensiva que ralla la prohibida analogía.

Pero por otra parte podrían seguir apreciándose supuestos de alevosía con atención a la indefensión por razón a lo que la jurisprudencia llama alevosía sobrevenida: en un forcejeo, una parte está debilitada, el otro coge un cuchillo y mata.

Sobre este extremo más complejo de la alevosía, que sería el de cambio de circunstancias a lo largo de un hecho, siguiendo a MUÑOZ CONDE, F. “Hay que tener en cuenta que la alevosía es una circunstancia de tendencia: se da cuando el medio empleado para matar tenía la finalidad de evitar la defensa por parte del ofendido [...] Lo más justo en estos casos es apreciar un solo delito de homicidio o asesinato, aplicando el concurso de delitos solamente cuando la situación originaria haya cambiado sustancialmente”

*3.6.1.2. Sobre la posibilidad de apreciar la alevosía conjuntamente con la circunstancia de 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 la agravante de menor de dieciséis años habrá casos en los que se plantee la

posibilidad de apreciarla conjuntamente con alevosía: si esto se plantea así, debería limitarse a aquellos casos en que la víctima pudiera defenderse, ya que la alevosía implica predisponer los medios para evitar la defensa. La consecuencia es que la pena a imponer se dispara. ¿Se viola el principio *non bis in idem*?

La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. En el caso de la muerte de un bebé de 17 meses, sentencia en casación el Tribunal Supremo sobre posible infracción de ley al violar el *bis in idem* el TSJ (motivo esgrimido por la defensa):

*“Mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía. De este modo la situación de desvalimiento, integraría la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía y en todo caso, como parece apuntar la sentencia recurrida, cabría escindir las diversas modalidades de la alevosía, para entender que en todo caso la sorpresiva siempre podría cualificar el asesinato y la menor edad lo hipercualificaría.”<sup>32</sup>*

El fundamento de la de menor de edad no es porque su vida tenga más valor sino porque por las circunstancias -ex lege- merece una especial protección; además de un incremento del desvalor de acción (fundamento único de la alevosía).

### **3.6.2. Precio, recompensa o promesa**

Parece que alude a la especial motivación del autor de obtener una contraprestación evaluable económicamente. Si el sujeto mata y cobra pero no contaba con ello (con cobrar), no concurriría este elemento y por lo tanto no habría asesinato.

---

<sup>32</sup>. STS 367/2019, de 18 de junio.

La circunstancia gira en torno a al proceso de motivación del autor. Si entendemos que los motivos del autor nos informan de su actitud frente al hecho, hay mayor culpabilidad, entendida ésta como reprobabilidad.

Hay que atender a estos motivos subjetivos si una ley los contempla, y es muy importante tener esto en cuenta para lo que a fin de cuentas trata de responder este trabajo en torno a la controversia surgida tras la reforma de 2015 y la introducción de la prisión permanente revisable.

Tal como está regulado este supuesto, no hay mayor desvalor del injusto, ni de resultado, ni de acción. El fundamento es polémico: la mayor culpabilidad o reprochabilidad. Ponemos una sombra a la posibilidad de entender por este motivo que el asesinato es un delito independiente respecto del homicidio. ¿Se gradúan acaso el asesinato por la culpabilidad y el homicidio en lo injusto? Si aceptáramos esto, una circunstancia arrastraría a las demás.

### 3.6.3. Ensañamiento

*“Aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima”*. Está también prevista en el **Art. 22 CP** con una fórmula no del todo coincidente: *“aumentar voluntaria y deliberadamente con procedimientos innecesarios para la ejecución del delito”* Poniendo ambas en relación podemos concluir que el ensañamiento presenta dos planos clave diferenciados:

- Desde un punto de vista objetivo, requiere que la acción de dar muerte se lleve a cabo haciendo sufrir a la víctima, aumentando su dolor de forma innecesaria por males de humor, propósitos que son superfluos, innecesarios, para la consecución del delito.
- Desde un punto de vista subjetivo se requiere que sea deliberadamente. Esta idea evoluciona la ponderación de pros y contras; optar por aumentar el dolor.

Un último elemento es la perspectiva característica del ensañamiento, que evoca la actitud interna del autor ante el hecho, la característica *“inhumanamente”*. No basta que se aumente el dolor de forma deliberada, si no también *inhumanamente*. Aparece en **Art. 135** y en el **22**. Informa sobre la posición valorativa del sujeto ante el hecho: un sujeto que es



desconsiderado, para quien los valores de humanidad aparecen totalmente desconocidos. Desde esta perspectiva parece que el ensañamiento nos informa de mayor culpabilidad.

La naturaleza jurídica es compleja: parece que no tiene en cuenta sólo la mayor culpabilidad sino además el aspecto exterior objetivo hace referencia a una forma de de ejecución. El ensañamiento por una parte incrementa el injusto (aumentar el sufrimiento durante la ejecución) y agrava también la mayor culpabilidad (inhumanamente, atentar cruelmente contra la vida).

En todo caso es preciso que el ensañamiento concorra al tiempo del hecho, el CP no contempla la saña con el cadáver (lo que incluiría el descuartizamiento, aunque no se haga con esta finalidad). Si son personas insensibles en estado vegetativo (incapaces de sentir dolor), tampoco.

#### **3.6.4. Para la facilitar la comisión de un delito o evitar que se descubra otro**

Este apartado fue introducido en 2015 por la LO 1 de 30 de mayo. En rigor contempla dos supuestos: *facilitar la comisión de otro delito* y *evitar que se descubra otro anterior*. A veces se afirma que estas características carecen de precedente en nuestra Historia legislativa, pero sí estaban en el CP de 1822 y en el “disidente” de Primo de Rivera de 1928. Sí que es cierto que en el de 1848 y los que siguen su tradición, hasta el presente, no las contemplaban. Se puede considerar que la introducción es por influencia alemana.

Lo peculiar del **Art. 139. 4 CP** es que parece gravitar esta “circunstancia” alrededor de un elemento finalista, agrava el fin del autor. Es muy criticable agravar atendiendo a una finalidad extratípica, el sujeto no realiza la acción para obtener una ventaja del mismo delito; es una circunstancia de la naturaleza subjetiva en la que el legislador no ha dudado en convertir en asesinato *ex lege* el homicidio.

En esta línea, La regulación además es problemática, puede presentar problemas con la agravante especial del **Art. 140.2 CP**: “*subsiguiente a un delito contra la libertad sexual*” (por ejemplo, autor que viola y después, para no ser descubierto, mata). Este suceso nada infrecuente cumple a la vez los dos supuestos. ¿Este hecho se puede tener en cuenta dos

veces? *Non bis in idem*. Ello llevaría a prisión permanente revisable: asesinato agravado de lo que en rigor un fenómeno de pluralidad delictiva a resolver por un concurso de delitos. La pregunta que inevitablemente sobrevuela nuestras mentes es, ¿Es la finalidad del autor la que determina la imposición de una condena de prisión permanente revisable?

– -En la línea de ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Y VENTURA PÜSCHEL, A33. “¿Qué se busca con la introducción de semejante circunstancia que no esté ya comprendido con la aplicación de las reglas del concurso de delitos? Sin duda, una vez más, el aplauso de ciertos sectores sociales- e indubitadamente de los familiares de las víctimas- ante crímenes que provocan un gran rechazo social”. Esto vuelve a demostrar lo improvisado y deficiente de la reforma.

#### **4.7.El problema del dolo en el asesinato.**

No hay ninguna duda de que caben tanto el dolo directo como el dolo mediato.

¿Es posible apreciar el dolo eventual en el asesinato? La gran mayoría de la doctrina entiende que no es posible ya que las circunstancias del asesinato exigen dolo directo. Aunque algunos autores defienden que el autor puede actuar con dolo directo respecto a la circunstancia constitutiva del asesinato, y en cambio con dolo eventual frente al propio resultado de matar.

En este sentido, MUÑOZ CONDE, F.<sup>34</sup> nos advierte de la complejidad cuando el resultado letal aparece aleatoriamente, aunque el autor haya aceptado los riesgos y se los haya representado mentalmente como probables, siguiendo con la ejecución del hechos (señala a este respecto como ejemplos el incendio de una casa habitada o el descarrilamiento de un tren con viajeros). “Las posibles muertes que en casos de este tipo se pueden producir pueden ser imputables, sin duda alguna, a imprudencia, e incluso a dolo eventual. La cuestión es la de si deben calificarse, en caso de que se considere que sólo hubo dolo eventual, de asesinato o como simple homicidio en concurso con los respectivos delitos de incendio, estragos, etc.”

---

<sup>33</sup>. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Y VENTURA PÜSCHEL, A. “*Delitos contra la vida independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)*” (cit.) p. 323.

<sup>34</sup>. MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho penal: parte especial*” (2019) p. 54.

Ya señalaba MAPELLI CAFFARENA, B.<sup>35</sup> que ésto es un problema de parte general y no específico del delito de asesinato (la cuestión valorativa de si realizar una conducta con conocimiento eventual de los posibles riesgos merece la misma sanción penal que el realizarla bajo un conocimiento seguro y con la voluntad de lesionar un bien jurídico concreto. Concluye que “Aunque recogidos en un mismo precepto, no sería incongruente hablar en plural de los delitos de asesinato y renunciar a otros elementos comunes que no sean el propio resultado de lesión contra la vida. Por esta razón, debe rechazarse una solución común y analizar, por separado”

Un análisis por separado de cada circunstancia es lo que propone y a esta opción me adhiero, cuestión que dejo enunciada y en la que no puedo detenerme más pues no ser el objeto central del presente trabajo.

Sintetizando, acaso el asesinato como delito más grave desde el punto de vista de la *ratio legis*, debería estar reservado para el dolo directo y acaso el de segundo grado. En mi opinión en el asesinato no cabría el dolo eventual, que encajaría en supuestos de homicidio.

Otra cuestión de problema interpretativo es si cabe el asesinato en comisión por comisión.

-Conceptualmente, parece que el ensañamiento sí podría tener cabida como circunstancia calificadora (por ejemplo: no suministrar un fármaco para que “*augmentar deliberada e inhumanamente*” el sufrimiento del sujeto pasivo).

-También la recompensa (por ejemplo, se ofrece una suma de dinero por dejar morir al sujeto pasivo, ocupando siempre una posición de garantía respecto a él)

- Más difícil sería que se diese en la alevosía, ya que parece que requiere de un comportamiento activo., tal y como se refleja en

#### **4.8. Asesinato agravado**

Si en el asesinato concurren más de una de las circunstancias del **Art. 139. 2 CP**,

---

<sup>35</sup>. MAPELLI CAFFARENA, B. “El dolo eventual en el asesinato”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988 pp. 440 y 441.

sobre el marco penal que resulta de 20 a 25 años, jugarán ulteriormente las circunstancias agravantes del **Art. 22 CP**, si concurrieren otras de las que estuvieran previstas, habrá que acudir al **Art. 66 CP** para su aplicación.

Por otra parte, hay tipos hiperagravados, el **Art. 140. 1** enumera las circunstancias agravantes que determinan la imposición de la pena de prisión permanente revisable (las mismas que para el homicidio).

**Art 140.2:** *“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.”*

La fórmula lingüística es confusa: *“que hubiera sido condenado”*, ¿se pretende captar aquí la multireincidencia?, ¿se requiere, pues, un fenómeno de muertes producidas a lo largo del tiempo?, ¿O encuentra cabida el que de una vez mata a varios- concurso ideal-, o cuando mata a varias personas en un lapso corto y se enjuician los hechos conjuntamente? ¿En la propia sentencia, en anteriores? *“por la muerte”* ¿Basta un homicidio, incluso un homicidio culposo? Aparece sin responder.

La jurisprudencia tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en la Sentencia por el crimen de Píoz, en la que por cierto elevó de una a tres las penas de prisión permanente revisables, en atención a no apreciar el concurso del *bis in idem* de la agravante de menor de edad junto con la alevosía, sirva ya el referido ejemplo.

Pero para lo que ahora importa, en su séptimo motivo de casación, la defensa venía alegando que “El art. 140. 2. CP. constituye un tipo específico que subsume la penalidad de los tres delitos cometidos previamente, para no vulnerar el principio non bis in ídem. La opción contraria implicaría que un hecho sea castigado con su pena correspondiente -25 años- y al mismo tiempo sea valorado para el castigo del cuarto hecho”.

La Sala, a mi juicio, lo ventila con buen criterio diciendo que <sup>36</sup>“ Carecería de sentido que la muerte de tres o más personas fuera castigada con la misma pena que la muerte de una persona susceptible de ser calificada conforme al art. 140. del CP. Y que ese desenlace fuera el resultado de

---

<sup>36</sup>. STS 814/2020, de de mayo.

una extravagante regla de consunción aplicada en gravísimos delitos contra la vida”.

## 5. LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Es la primera pena que se menciona en el **Art. 33 CP**, al establecer las graves. Rememora la vieja cadena perpetua, que en España habría tenido presencia desde los CP de 1822, 1848 (y antes, aunque no en sentido propio: galeras). Se elimina desde 1928 hasta que en 2015 la reforma del CP por la *LO 1/2015* recupera una (cierta) forma de reclusión permanente.

Antes no la había, ni en sentido estricto, ni penas de carácter indefinido, había posibilidad de penas severas por delitos graves o por múltiples delitos, que llegan hasta los 40 años a través del concurso de delitos (ahora hay prisión permanente revisable por un único delito, antes el asesinato agravado sólo llegaba hasta la pena de 25 años de prisión; teniendo en cuenta que todos estos límites son máximos, no nominales).

La reforma es en profundidad, y una de las novedades más destacadas es la introducción de la pena de prisión permanente revisable. Dada la trascendencia de esta pena, tiene carácter excepcional (delitos de carácter más grave, algunos de carácter simbólico).

Tipos penales donde realmente va a tener aplicación: ciertos asesinatos especialmente cualificados (**Art. 140. 1 CP**), **Art. 485**: homicidio del Rey o de otros miembros de la Casa Real; **Art. 573 bis**: delitos de terrorismo que causen la muerte.

### 5.1. Aspectos generales y debate:

La mayor parte de la doctrina insiste en que tal pena no puede admitirse en nuestro ordenamiento. Unos por ser contraria a los valores constitucionales, no sólo por la

orientación de las penas a la resocialización y reeducación (*Art. 25 CE*), otros dicen que no es necesaria por las cifras. A fin de cuentas sería de necios negar que esta pena es fruto del populismo punitivo: se usa esta pretendida rigurosidad como arma electoral por la repercusión mediática de algunos casos.

La doctrina mayoritaria sostiene esta tesis. Mencionaremos aquí a ALONSO ÁLAMO, M.<sup>37</sup> “Constituye un fraude de etiquetas llamar prisión permanente revisable a una privación de libertad que, con alta probabilidad, puede ser perpetua [...] La dilatada duración de la prisión -como mínimo veinticinco años- y la inseguridad de la posible suspensión cierran al penado, como se ha repetido por muchos, el horizonte de la libertad. El reo queda abandonado a la suerte de obtener un pronóstico favorable de reinserción social, dentro de un entorno de incertidumbre.

Es, a mi juicio, esa incertidumbre la que lleva a plantearme hasta que punto no se trata de una pena que consiste en tratos inhumanos y degradantes, prohibidas en el art. 25 CE. La “potencialidad” en el tiempo de cumplimiento de una previsión es también contraria, según mi parecer, a lo recogido en el art. 25 CE.

Otro punto de vista la ve adecuada, aunque de forma más restringida (reservándose a delitos de extrema gravedad). Es válida desde una perspectiva de política criminal y está avalada por el Derecho comparado, aunque con distinta regulación, existe esa cadena perpetua revisable; y además también cuenta con el aval de reglas internacionales: del Consejo de Europa (fundado por el Convenio de Roma de 1950 y que cuenta con los 47 de los 48 Estados ubicados en el ámbito geográfico europeo, todos excepto Bielorrusia), las reglas penitenciarias y; por último, el Comité para la prevención de la tortura ha entendido que no hay un óbice fundamental para la presencia en los ordenamientos nacionales de una prisión indefinida pero revisable, se admite como medida extrema el acudir a ella.

En esta línea se postula TAMARIT SUMALLA, J. M.<sup>38</sup>; “No hay un referente

---

<sup>37</sup>.ALONSO ÁLAMO, M. “Prisión permanente revisable: doble fraude de etiquetas” en *“Gaceta cultural”*, Ateneo de Valladolid, 2018 p. 80.

<sup>38</sup>. TAMARIT SUMALLA, J. M. “La prisión permanente revisable(*cit.*) p. 95

normativo en el ámbito internacional desde el que pueda afirmarse que la introducción en la ley penal de la pena de prisión permanente revisable, si va acompañada de mecanismos razonables de revisión que garanticen el derecho del recluso de acceder a la libertad condicional, resulta contraria a los principios de humanidad de las penas e al derecho a la reinserción social”

Hay un recurso de inconstitucionalidad planteado y será el TC el que deba pronunciarse. De todos modos, los partidos políticos que presentaron dicho recurso son los que forman la mayoría parlamentaria, aunque estemos en una coyuntura difícil, podrían plantearse sacar una mayoría absoluta de votos en la Cámara Baja para derogar dicha reforma, o la pena que la fundamenta.

**5.2. Regulación legal:** es lógico que haya tenido que ser amplia. Figura entre las penas privativas de libertad, en la escala que plantea el *Art. 35 CP*, como la de mayor gravedad. También está prevista en algunos tipos penales de la parte especial del Código, en los casos más graves (para ser más concretos, determinados supuestos dentro de los delitos más graves).

Lo interesante es que está prevista como pena única (históricamente era alternativa a la pena de muerte). Ahora el Tribunal no tiene opción (populismo electoral), no hay posibilidad de arbitrio judicial una vez es condenado un sujeto por ese tipo delictivo.

Dado su carácter revisable (aunque sea una pena potencialmente indefinida), la regulación legal tiene que contener las condiciones, supuestos y plazos en que se perfile ese carácter revisable. Pero no sólo a través de la revisión como suspensión mínima, va a afectar a múltiples campos como si se tratara de una pena diferente de prisión: posibilidad de obtener el tercer grado penitenciario, permisos, determinar qué pena es la inferior en grado, y todo lo que tiene que ver con los concursos delictivos y sus consecuencias. Es más que probable que el recurso de inconstitucionalidad se resuelva en los términos de los plazos (no sólo que sea revisable para que no sea definitiva, sino estos aspectos temporales de excarcelación limitada- muy parcial- durante la ejecución de la pena, que podríamos pensar que no, pero existe)<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup>. Lecciones magistrales impartidas por Mata y Martín, R. M. durante el curso académico 2017/2018 en “*Derecho penitenciario*” en la Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho.

- **5.2.3. Posibilidad de acceder al tercer grado penitenciario:** desde un punto de vista administrativo-penitenciario se puede obtener esa clasificación inicial, pero aquí no es así. Juega el **Art. 36. 1 CP:** *“la competencia será del Tribunal juzgador, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio físcal e Instituciones Penitenciarias y no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de 20 años de prisión efectiva en delitos de terrorismo y, para el resto, 15 años de prisión efectiva).*
  
- **5.2.4. Permisos penitenciarios:** los hay ordinarios, son medidas que quieren ir anticipando la salida definitiva en libertad, que el sujeto tome contacto provisional con el medio libre (una presunción rebatible, por otra parte) y los hay también extraordinarios: tienen que ver con algún suceso particular que afecte a la vida de las personas (muerte, boda de un familiar muy cercano). En general se dan en Segundo y Tercer grado y extinguida la cuarta parte de la condena. Aquí de nuevo es diferente y entra en juego el **Art. 36. 1 CP** *“mínimo 12 años de cumplimiento efectivo para delitos de terrorismo y 8 para el resto de supuestos”.*
  
- **5.2.5. Pena inferior en grado:** la ley la prevé con carácter general para una serie de supuestos (supuestos de tentativa- en los que no se ha consumado el delito, algunos de los casos de error, codelincuencia- sólo para aquellos que intervienen en grado de complicidad, no coautor o inductor). Como la pena en cuestión es indefinida, no sabemos cuál es la pena inferior en grado, como decretarlo según las reglas y el legislador se vé de nuevo obligado a señalarlo, en el **Art. 70. 4 CP:** *“de 20 a 30 a 30 años”*, convirtiéndose en una pena temporal.
  
- **5.2.6. Concurso delictivo: Art. 78 bis.** Si alguno de ellos (al menos uno) está castigado con pena de prisión permanente revisable, se introducen unas variables generales para lo que tiene que ver con la prisión permanente revisable:

\*1 prisión permanente revisable y la suma del resto es más de 5 años: 18 años para acceder al Tercer Grado.

\*1 prisión permanente revisable y la suma del resto es más 15 años: 20 años para el



acceso a Tercer Grado.

\*2 o más prisiones permanentes revisables: 25 años para el acceso al Tercer Grado

Incluso en los países en que existe cadena perpetua en sentido estricto se pueden imponer varias (razones: indulto para una, que una reforma del CP suponga la aplicación de la ley penal más favorable para el reo en uno de los delitos castigados con cadena perpetua).

Tiene que ver también con los plazos de posible suspensión de la ejecución del resto de las penas, es decir, lo que siempre se ha llamado libertad condicional. Hay un mínimo de 25 con 1 prisión permanente revisable y otros delitos y con más de una condena de prisión permanente revisable, mínimo de 30 años. Incluso hay una previsión específica para casos de terrorismo, el **Art. 78 bis III.40**

### 5.3. LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA

Habrà que acudir a una previsión más de 2015, el **Art. 140 bis** “a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título, además de la correspondiente pena, libertad vigilada”. La regulación es dudosa, parece claro que sí vendría en aplicación frente al asesinato y el homicidio, no así frente al homicidio culposo. Las medidas de seguridad se imponen en atención a la peligrosidad y la regulación tradicional las reservaba a inimputables o seminimputables. Lo característico de la nueva regulación es que se abre la posibilidad de imponer una medida de seguridad a sujetos imputables, siempre que hayan cometido un delito muy grave, de los llamados “nucleares” del Derecho penal (asesinato, homicidio doloso, delitos sexuales y relacionados con el terrorismo).

---

40. “3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) (\*) del apartado primero.”

## 6. REFERENCIAS EN DERECHO COMPARADO.

Dedicaremos un breve epígrafe para revisar someramente la legislación de los Estados “democráticamente asimilables” al nuestro, y dentro siempre de la tradición jurídica continental (a la que pertenecemos, en contraposición a la anglosajona/ Common Law), en los que se contiene la pena de reclusión permanente. Todo ello con el fin de buscar paralelismos y contraposiciones en el sistema de delitos contra la vida y, más en concreto, a los supuestos que dan lugar a la imposición de la pena de reclusión permanente e indefinida (sea cual sea el eufemismo- o no- que haya utilizado el legislador de cada país para referirse a esta pena.

Comenzaremos por el **Código alemán**, en el que parece haber hallado inspiración nuestro legislador en buena medida, ya que la circunstancia del *art. 139. 1. 4ª* “*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*” se contempla en el *211. 2 StGB41* (o bien pudiera haberla rescatado de los Códigos de 1822 o 1928, aunque no parece el caso).

La legislación penal alemana diferencia entre homicidio y asesinato en función de la concurrencia de circunstancias que enumera: matar por placer, para satisfacer un impulso sexual, por codicia u otros móviles perversos, con alevosía o crueldad, con medios de peligro común o para posibilitar u ocultar otro delito. Con concurrir una de estas circunstancias, se establece la pena de prisión perpetua.

Siguiendo a ÁLVAREZ GARCIA, F. J y VENTURA PÜSCHEL, A.<sup>42</sup>, el sistema alemán data de los tiempos del nacionalsocialismo y por tanto, es anacrónico. El Ministro de Justicia alemán, Heiko Maas, ya en 2014 urgía un debate parlamentario para reformar los delitos de asesinato y homicidio ya que, como se ha señalado, su tipificación se entronca en “la base del Derecho penal de autor propio del nazismo”.

Seguiremos con el **Código francés** en atención a lo expuesto por ALONSO ÁLAMO, M.<sup>43</sup>. El sistema de delitos contra la vida contiene tipos de homicidio, homicidios

---

<sup>41</sup>. Código penal alemán.

<sup>42</sup>. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VENTURA PÜSCHEL, A. “Delitos contra la vida independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)” (*cit.*) p. 317

<sup>43</sup>. ALONSO ÁLAMO, M. “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015” (*cit.*) 2015, pp.

agravados, asesinato, envenenamientos y envenenamientos agravados. El homicidio es la causación dolosa de la muerte de otro y se castiga con pena de treinta años de prisión. (art. 221-1).

Nos interesan los supuestos en que se castiga con prisión perpetua: el homicidio que precede, acompaña o sigue a otro crimen. También el que busca preparar o facilitar un delito, sea para favorecer la huida o asegurar la impunidad del autor o cómplice/s. (art. 221-2). A mi modo de ver se parece también a nuestros actuales *art. 139. 1. 2ª y 4ª*. Asimismo el cometido con premeditación y acecho, bajo el *nomen iuris* de asesinato, conlleva prisión perpetua.

El art 221-4 establece un elenco de circunstancias que hacen al homicidio merecedor de la pena de prisión perpetua. Por los paralelismos con nuestro sistema actual nos interesan: 1º Sobre un menor de quince años; 2º Sobre una persona cuya particular vulnerabilidad, debida a su edad, a una enfermedad, a una invalidez, a una deficiencia psíquica o física o a un estado de embarazo, es patente o conocida por el autor;

4º Sobre un magistrado, un jurado, un abogado, un funcionario de la policía nacional, de aduanas, de la administración penitenciaria o cualquier otra persona depositaria de la autoridad pública, un bombero profesional o voluntario, un guardia jurado de inmuebles o de grupos de inmuebles o un agente que realiza por cuenta de un propietario funciones de guardia o de vigilancia de inmuebles residenciales, en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, cuando la cualidad de la víctima es patente o conocida por el autor; 4º bis: Sobre un docente o cualquiera de las personas que trabajan en los establecimientos de enseñanza escolar, sobre un agente de una empresa de la red de transporte público de viajeros o cualquier persona encargada de una función de servicio público, así como sobre un profesional de la sanidad, en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, cuando la cualidad de la víctima es patente o conocida por el autor.

5º: Sobre un testigo, una víctima o una parte civil, sea para impedirles denunciar los hechos, formular queja o deponer en justicia, sea por razón de su denuncia, queja o declaración.

Para terminar , hay que señalar que se sigue contemplando el delito de

envenenamiento independientemente. “Si concurre alguna de las circunstancias de los artículos 221-1, 221-3 y 221-4, la pena será de prisión perpetua. Es de destacar que el delito de envenenamiento, arraigado en la tradición francesa, se cumple con el mero uso del medio criminal”<sup>44</sup> (en este último supuesto estamos ante un delito de medios y no de resultado)

He separado el artículo 221-4 pues, a mi modo de ver, guarda estrecha relación con el introducido *art. 138. 2. b) “Cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 del Código Penal”*. Aquí se amplía el elenco de potenciales sujetos pasivos. Luego volveré a ello pero cabe señalar que, en nuestro actual sistema esta agravante sólo opera frente al homicidio y no frente al asesinato.

Para ir finalizando, veamos el **Código italiano**. Contiene homicidios que llevan aparejada la pena de reclusión permanente (llamada *ergastolo* en Italia), pero no distingue entre homicidio y asesinato. Las circunstancias que hacen al homicidio merecedor de tal pena se contienen en el art. 576.

Por su conexión con nuestro modelo, nos interesan: 1) con el concurso de alguna de las circunstancias previstas en el número 2 del artículo 61- haber cometido el delito para ejecutar u ocultar otro, o bien para conseguir o asegurar para sí o para otro el producto o el provecho o el precio o bien la impunidad de otro delito; 5) con ocasión de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 609 bis, quater y octies (delitos contra la integridad e indemnidad sexual) y; 5 bis) contra un funcionario o agente de policía judicial, o de seguridad pública, en cumplimiento o a causa del cumplimiento de la función o del servicio.

Nos recuerdan de nuevo las circunstancias mencionadas a las de los actuales *art. 139. 1 2ª y 4ª* y al *art. 139. 2.* de nuestro CP.

Por último, prestaremos atención al **Código portugués**. Tampoco distingue entre homicidio y asesinato, cualifica homicidios en atención a determinadas circunstancias. De nuevo, reproduciremos las que nos interesan, por su proximidad, a las contenidas tras la reforma de nuestra ley penal en 2015. Están contenidas en el artículo 132 del Código penal

---

<sup>44</sup>. ALONSO ÁLAMO, M. “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”. (*cit.*), p. 14.

portugués.

Se refieren a que el autor c) realice el hecho contra persona particularmente indefensa por razón de edad, discapacidad, enfermedad o embarazo; g) tenga a la vista preparar, facilitar, ejecutar o encubrir otro delito, facilitar la fuga o asegurar la impunidad del autor de un delito; l) realice el hecho contra miembro de órgano de soberanía, del consejo de Estado, representante de la República, magistrado, miembro de órgano de gobierno de las regiones autónomas, Defensor del Pueblo, gobernador civil, miembro de órganos de gobierno locales o de servicios u organismos que ejerzan autoridad pública, comandante de la fuerza pública, jurado, testigo, abogado, todos los que ejerzan funciones en el ámbito de procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, agentes de fuerzas o servicios de seguridad, funcionario público, civil, o militar, agente de fuerza pública o ciudadano encargado de servicio público, docente, examinador o miembro de comunidad escolar, o ministro de culto religioso, juez o árbitro deportivo bajo jurisdicción de federaciones deportivas, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

Aunque sin cadena perpetua en Portugal, las circunstancias mencionadas nos recuerdan a las que hoy se contienen en los *art. 140. 1. 1<sup>a</sup>*, 139. 1. 4<sup>a</sup> y 138. 2. b), respectivamente.

En cuanto a la revisabilidad de la condena, hay que señalar que en los países mencionados la media es cada 15 años.

A modo de conclusión, y siguiendo a TAMARIT SUMALLA, J. M; nuestro régimen legal actual no dista mucho de los referidos. En el código alemán la prisión perpetua sólo aparece prevista como pena única para los delitos de asesinato, siendo alternativa en los referidos homicidios cualificados de su artículo 212. “Sin embargo, en un sentido más punitivo el francés establece la reclusión a perpetuidad como pena única en [...] asesinato agravado en sus distintas modalidades (artículo 221, 2, 3 y 4)[...] También exhibe dureza punitiva el italiano, al prever el *ergastolo* como pena única para el delito de homicidio agravado (artículo 576)”<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup>. TAMARIT SUMALLA, J. M. (dir. QUINTERO OLIVARES) “Comentario a la reforma penal de 2015”(cit) p. 78.

## 7. CONCLUSIONES.

Por todo lo expuesto, la reforma no está justificada en los intereses del Derecho penal. Ni en el fondo ni en las formas. El legislativo de 2015 aprovecha para cerrar una línea de tendencia dura en torno a los casos escabrosos a los que tanto bombo gustan dar en los medios de comunicación.

Y no podemos desmerecer al “cuarto poder”. En sus tabloides se forja exclusivamente la opinión pública de buena parte de los españoles. El tiempo en los telediarios es limitado y no sería muy aventurado decir que, la mitad lo ocupan sucesos y desgracias que acontecen a lo largo y ancho del mundo, bien fruto de la conducta humana o de fenómenos naturales. Pero no hay un problema de cifras ni Y la otra mitad la ocupaban los escándalos de corrupción en torno al partido en el Gobierno en ese momento.

Mientras se refuerza la atención en el principal problema de este país, esto son, las noticias de sucesos y a criterio del “cuarto poder” (el caso de La Manada ha estado abriendo telediarios durante varios meses), se distrae del otro y que atañe a fuerzas políticas, en mayor medida del partido en el Gobierno por entonces.

Se “matan dos pájaros de un tiro” introduciendo la reforma, y con ello el debate que a buen seguro se sabía que traería. Se lanza el mensaje a la sociedad, lega en Derecho en su mayor parte de que se refuerza la respuesta penal y la petición (lógica y normal desde su posición contaminada emocionalmente) de las víctimas y su entorno de que los culpables de crímenes tan atroces “no deberían salir nunca de prisión”. Y se ocupa espacio en los telediarios, a restar de Gúrtel, Lezo, Púnica,.. en este caso político.

Quizá esto es lo que ha provocado los referidos defectos de técnica legislativa y no tanto las prisas por sacar adelante la reforma que contuviera la pena de cadena perpetua. Sólo así se explican, a mi juicio, las redundancias en las circunstancias y la introducción de la mal llamada “cuarta circunstancia”.

Llámesese delito autónomo, independiente, homicidio agravado, da lo mismo. Por todo lo señalado y perfilado desde épocas arcaicas y unido al desarrollo de los valores de la colectividad, los delitos contra la vida han merecido mayor reprobabilidad humanística si se cometen bajo ciertas circunstancias. La pena a imponer, quizás en ciertos casos era la de

cadena perpetua, vista la reincidencia pero no era el momento ni el lugar, era empezar la casa por el tejado.

Se pasa la pelota al intérprete, complicándole la tarea. La interpretación extensiva que de la alevosía se venía haciendo, según las reglas de la sana crítica, en la línea con la evolución conceptual de esta que he venido refiriendo a lo largo del trabajo parece que tiene que terminarse, con la ruptura del modelo. De lo contrario nos encontraríamos con cadenas perpetuas en todo caso en que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, por ejemplo.

Es muy reseñable para finalizar destacar algo. En otros ámbitos del Derecho, como el educativo, se han contemplado verdaderas gestas populo-electoralistas. Pero en el Derecho penal, habría que ver ahora, pese al recurso de inconstitucionalidad planteado, quien es el que se atreve, aun contando con la mayoría parlamentaria suficiente a eliminar esta reforma, sus aspectos más debatidos, o la pena de reclusión permanente.

Una vez asumida una mayor severidad penal, y en el contexto que nos movemos, en una reorientación al bipartidismo tradicional, es materia sensible. Si la sociedad la asume como buena, hasta el partido más progresista lo hará, por meros cálculos electorales.

Si la opinión pública (decidimos) que la formen sólo los tabloides, así será. Si los estos siguen dando tanta relevancia a los casos escabroso, allí estarán los delitos contra la vida. Me surge la pregunta de ¿Cuántos delitos dolosos a los que habrían dado bombo habrán sucedido desde la pandemia COVID-19? Claro, esta es una desgracia mayor que agota y subsume el injusto que constituye la escaleta de los medios de comunicación.

Hay que recordar, con cierto enfado por mi parte, que vivimos en un Estado de Derecho, y cedemos el ejercicio de la venganza privada en favor de los poderes públicos, que ostentan el monopolio del *Ius Puniendi*. Pues bien, dicho esto (que claro está, no ha de ser sabido por los ciudadanos que forman su opinión en los medios pero sí por sus responsables y editores), las declaraciones de algunas víctimas y familiares, allegados, y asociaciones rayan el ejercicio arbitrario del propio Derecho.

Y no es ir tan lejos decir que, a raíz de la Sentencia dictada por la AP en el caso de la Manada, dejando de lado las declaraciones del por entonces Ministro de Justicia, este todo

caótico en el que se ha convertido la opinión pública estalló. Se habría producido lo que no podían imaginar, los jueces (el poder judicial, el que ostenta el monopolio del *Ius Puniendi*, no habían dado la razón a la mayoría bulliciosa. Y son vergonzosos los actos de extorsión hacia la Magistratura en general que se sucedieron por parte de la ciudadanía, enfatizada por este todo caótico, del que son responsables a mi juicio los medios. El Tribunal Supremo tuvo que decir al final lo que quería la gente, so pena de telediario.

No es mi pretensión deshumanizar el Derecho penal, pero a fin de cuentas es de lo que se trata. De nuevo en los medios, sus tertulias son campo de minas que no para de fomentar que el ejercicio de un correcto *ius puniendi* en materias tan sensibles se haga imposible, desde una vertiente puramente objetiva para el instructor, dada la repercusión y velocidad mediáticas.

Porque siempre se habla sobre supuestos concretos y desde el minuto cero se vapulea con información. Pero no se plantean debates generales sobre futuros supuestos, sobre el sistema en sí, todo es amarillista.

Y lo que habría que hacer sería ceder ante la ciencia, como se hace en todos los campos. A nadie se le ocurre en lugar de ir al médico, aquejado por un dolor, formar una tertulia con amigos y conocidos para ver que opina cada uno y tomar una decisión sobre el diagnóstico y el tratamiento de la dolencia.

Debería ser atendida la petición del estudio sobre una “*Contrarreforma*” encaminada hacia el sistema anterior, que parecía funcionar por todo lo expuesto (penas muy severas y elevadas, límites mínimos de cumplimiento, previsiones específicas para casos de terrorismo).

Ya habido anomalías, como la petición por parte de uno de los condenados el 11-M de la conmutación de sus condenas a una de prisión permanente revisable, en atención al principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable al reo. Pero eso apenas ha salido en los medios.

La medida de libertad vigilada, a mi juicio, no encaja en estos supuestos. Si bien se



podiera crear una figura híbrida de control administrativo- penitenciario tras el cumplimiento de la pena para casos de extrema gravedad, tendría que tener naturaleza jurídica propia.

Por todo lo dicho, OPINO QUE: el sistema anterior venía funcionando. Y deberíamos volver a él materialmente. QUE una vez introducida la pena de cadena perpetua por cauces no deseables desde el punto de vista de la ciencia Penal, lo más inteligente sería orientarse a delimitarla, pensar en lograr desterrarla se me hace imposible.

## **7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALONSO ÁLAMO, M. (2018)“Prisión permanente revisable: doble fraude de etiquetas”, *“Gaceta cultural”* Ateneo de Valladolid,

ALONSO ÁLAMO, M. (2015) “La reforma del homicidio doloso y del asesinato

por LO 1/ 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J y VENTURA PÜSCHEL, A. (2015) “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (Artículos 138, 139, 140 y 140 bis), “*Comentario a la reforma penal de 2015*” (dir. QUINTERO OLIVARES, G.).

BILBAOS Y UBILLOS, J. M. (2015/ 2016) Lecciones en “*Derecho Constitucional*”.

MAPELLI CAFFARENA, B. (1988) “El dolo eventual en el asesinato”, *Annuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*”.

MORALES PRATS, F. (2011) “Del homicidio y sus formas”, “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*” (dir. QUINTERO OLIVARES, G.)

MATA Y MARTÍN, R. M. (2016/ 2017) Lecciones sobre *Derecho penitenciario*

MUÑOZ CONDE, F. (2019) “*Derecho penal: parte especial*”.

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