



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El delito de asesinato. Especial mención a los problemas de *non bis in idem* que provoca la nueva regulación

The crime of murder. Special mention of the problems of non bis in idem caused by the new regulation

Autora

Cristina Ibort Sanz

Directora

María Carmen Alastuey Dobón

Programa Conjunto Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Facultad de Derecho

2021

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO.....	3
2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA	4
3. METODOLOGÍA SEGUIDA	5
II. ANÁLISIS DEL LOS ELEMENTOS DEL TIPO DEL DELITO DE ASESINATO	6
1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	6
2. EL TIPO BÁSICO DEL ASESINATO	8
2.1 Alevosía	10
2.2 Precio, recompensa o promesa	13
2.3 Ensañamiento.....	14
2.4 Circunstancia calificativa introducida por la LO 1/2015: para facilitar la comisión de otro delito o para evitar su descubrimiento	16
3. TIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 139.2 CP.....	19
4. TIPOS HIPERAGRAVADOS DE LOS ARTÍCULOS 140.1 Y 140.2 CP ..	20
4.1 Artículo 140.1 CP	21
A) Por la edad o vulnerabilidad del sujeto pasivo	21
B) Asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual	22
C) Asesinato cometido por persona perteneciente a un grupo u organización criminal.....	24
4.2 Artículo 140.2 CP	25
III. PROBLEMAS QUE PROVOCA EL NON BIS IN IDEM RELATIVOS AL ASESINATO	27
1. ALCANCE DE LA REFORMA EN RELACIÓN A LA ALEVOSÍA	27
1.1 Evaluación de la línea jurisprudencial: indefensión absoluta como alevosía «por desvalimiento» y especial vulnerabilidad como indefensión relativa	27
1.2 La crítica doctrinal	31
2. LA NUEVA CIRCUNSTANCIA TÍPICA DEL ASESINATO: LA FINALIDAD DE FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO O EVITAR QUE SE DESCUBRA	35
IV. CONCLUSIONES	40
V. BIBLIOGRAFÍA	44
1. LIBROS, REVISTAS Y NOTICIAS	44
2. JURISPRUDENCIA CITADA.....	46

LISTADO DE ABREVIATURAS

- art. y arts.: artículo y artículos.
- CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- CE: Constitución Española.
- CF: Consejo Fiscal.
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
- CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- DP: Derecho Penal.
- et al.: y otros.
- LO: Ley Orgánica.
- Núm., núms.: Número, Números.
- ob. cit.: obra citada.
- p.: página.
- p.e.: por ejemplo.
- pfo.: párrafo.
- pp.: páginas.
- RD: Real Decreto.
- RJ: Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Supremo; Aranzadi.
- ss: siguientes.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO

La LO 1/2015, de 30 de marzo¹, ha introducido en nuestro Código Penal² importantes modificaciones que son dignas de estudio. Concretamente, se han ampliado considerablemente las modalidades típicas mediante la introducción de tipos agravados en el homicidio y otros hiperagravados en el delito de asesinato. También, por otro lado, se han elevado de manera muy rigurosa los marcos penales, hasta el punto de que se ha incorporado a nuestro CP la pena de prisión permanente revisable, tal y como se viene produciendo en el Derecho comparado³.

Esta decisión político-criminal llevada a cabo por el legislador ha sido objeto de un intenso debate, no solamente entre juristas, sino en toda la sociedad española en su conjunto. Un parte significativa de ellos se muestra contraria a algunas de estas modificaciones, pues, a su parecer, son contrarias a principios fundamentales del Derecho Penal⁴.

En opinión de algunos autores, como ROMEO CASABONA⁵, el legislador no ha basado sus decisiones en estudios criminológicos previos sobre la evolución de la criminalidad en España en los años precedentes. Consideran al respecto que, en general, no se puede afirmar la existencia de un aumento alarmante de delitos contra la vida en nuestro país, ni de sus formas especialmente graves y que, por tanto, no encuentran justificación alguna a las agravaciones llevadas a cabo por el legislador en estos delitos.

En contraposición con este pensamiento, desde mi punto de vista esta reforma debe ser analizada desde otra perspectiva. Considero que aunque se ha llevado a cabo una legislación *ad hoc*, pues esta reforma no está justificada en la existencia de un incremento desmesurado de casos graves y alarmantes en España, no veo inconveniente en que, conociendo que sí han existido estos casos en nuestro país, aunque no demasiados por suerte, se haya llevado a cabo una reforma que, en un futuro, permita inhibir estas conductas delictivas, pues se ha demostrado, en algunas ocasiones, las

¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³ ROMEO CASABONA, C. M., en «El homicidio y sus formas», *Derecho Penal Parte Especial Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Romeo Casabona, C. M., (coord.) et al, Comares, Granada, 2016, p. 3.

⁴ BOLDOVA PASAMAR, M.A., en «Los principios del Derecho Penal», *Derecho Penal. Parte General*, Romeo Casabona, C. M., (coord.) et al, Comares, Granada, 2013, pp. 33-49.

⁵ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 4.

carencias de un CP anticuado y la ausencia de una pena mayor para un delito tan atroz. Si nuestra cultura y contexto social hace menos probables este tipos de delitos siempre podemos mostrar unos datos más positivos que en otras regiones, pero cuando ocurran, como ya han ocurrido, servirán para poder contar con un CP más completo. No obstante, y en esto se va a centrar principalmente mi Trabajo Fin de Grado (en adelante, TFG), resulta de vital importancia delimitar con sumo cuidado los supuestos que se recogen, pues las consecuencias han sido agravadas notablemente. Es por ello que no podemos permitir defectos dogmáticos ni de cualquier otro tipo, y en esto sí que creo que es importante hacer hincapié, pues de ello dependerá que tales medidas sean aplicadas correctamente. Por último, me gustaría apuntar que no entraré a valorar la idoneidad de la controvertida prisión permanente revisable, pues considero que no me corresponde a mi realizar tal juicio de valor.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

La razón que justifica la elección de este tema para abordarlo a través de mi TFG radica en el enorme interés que me suscita esta materia. El DP es la rama jurídica que más me apasiona y en la que espero encontrar mi futuro profesional. Es por ello que aproveché la oportunidad que me brindó la asignatura *Prácticum* para desarrollar prácticas junto a una abogada penalista. Asimismo, me encuentro realizando de nuevo prácticas extracurriculares en este ámbito, pues he descubierto que mi interés ha crecido notablemente tras adentrarme todavía más en esta rama del derecho, por la cual tengo predilección desde hace muchos años.

Si tuviera que decantarme por una especialidad del CP, muy seguramente elegiría los delitos contra la vida y la integridad corporal de la vida humana dependiente e independiente. En este sentido, consideré de especial relevancia la reforma del Código Penal surgida a raíz de la LO 1/2015 y el intenso debate que la ha rodeado desde su entrada en vigor y más aun a consecuencia de los últimos y mediáticos casos acaecidos en España, los cuales han abierto un acalorado debate sobre la figura de la prisión permanente revisable en nuestro país.

Por todo ello, considero que puede resultar interesante y de cierta utilidad estudiar a través de este trabajo las recientes modificaciones del CP y todas aquellas discrepancias doctrinales, problemas concursales y colisiones con principios del DP, tales como el *non bis in ídem*, que puedan surgir a raíz de la reforma.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA

La metodología a seguir en este trabajo resulta diversa. Por un lado, serán consultados distintos manuales de autores relevantes sobre el DP. Serán objeto de consulta, asimismo, artículos de revistas especializadas en DP tales como «Cuadernos de Política Criminal» y «Revista Penal». Se pretende asimismo estudiar la jurisprudencia proveniente del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, pero también diversas sentencias de Audiencias Provinciales, obtenidas de la base de datos de Aranzadi. También algunos recursos obtenidos de páginas webs o TFG de otros alumnos de esta o de otras universidades. Por último, pero no menos importante, la obtención de la legislación vigente a través del BOE.

Una vez recopilada toda esta información, he elaborado el análisis y las conclusiones sobre el tema que pueden verse a continuación.

II. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO DEL DELITO DE ASESINATO

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en el delito de asesinato es la vida humana. Por «vida humana» debemos entender la «propia existencia físico-biológica» del ser humano⁶, lo cual manifiesta que nos encontramos ante un bien jurídico individual del que disponen todos los seres humanos mientras no se produzca su fallecimiento.

El DP otorga una protección diferente según se distinga entre vida humana dependiente o vida humana independiente, refiriéndose a la vida de los concebidos (embrión o feto) o a la vida de los ya nacidos, respectivamente⁷. No obstante, a pesar de esta diferenciación, el DP protege la «vida humana» sin tener en cuenta la voluntad del individuo, que no podrá disponer de ella, aunque sea su titular, y que, por tanto, tampoco puede dar su consentimiento para que le sea privada la misma por otro, salvo en supuestos eutanásicos cuyos presupuestos se encuentran delimitados en nuestro CP. Esta protección de la «vida humana» explica la existencia de los delitos de inducción y cooperación al suicidio⁸. Así pues, también se encuentran protegidas las vidas humanas independientemente de cual sea la consideración que de esa vida haga la sociedad, es decir, no es relevante la prestación social que el individuo realice, por lo que el DP no podrá regular, en ningún caso, el exterminio de vidas que supongan una carga para la sociedad en general.

Asimismo, en la protección del bien jurídico protegido «vida humana» no entran en consideración valoraciones sociales sobre lo que algunos sectores consideran qué es vida humana y qué no lo es. Sin embargo, es distinto el hecho de que el DP proyecte su ámbito de protección de forma que se tengan en cuenta valoraciones ético-sociales presentes en una sociedad⁹, que podrían ser observadas por el legislador.

⁶ GONZÁLEZ RUS, J.J., en «Del Homicidio y sus formas (I). El Homicidio», *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*. Morillas Cuevas, L., (coord.) et al, Dykinson, Madrid, 2011, p. 2. También GRACIA MARTÍN, L., en «Del homicidio y sus formas», *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Díez Ripollés, J. L., / Gracia Martín, L., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 28, y ROMEO CASABONA, C. M., «Aspectos generales de los delitos contra la vida humana», *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, p. 6.

⁷ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 4.

⁸ MUÑOZ CONDE, F., «Homicidio. Asesinato», *Derecho Penal Parte Especial*, ed. 21.^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 27 en contraposición con la opinión de ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 5 que plantea la cuestión de si la vida humana es o no un bien jurídico disponible.

⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*. ob. cit., p. 2.

En cambio, esta concepción no supone que la protección sea totalmente ilimitada, ni tampoco se refiere a que la protección de la vida que viene recogida en el art. 15¹⁰ de la CE sea absoluta sino que tiene su límites y excepciones. Esto lo podemos ver en la posibilidad otorgada por el DP para privar legítimamente de la vida a otra persona en determinadas circunstancias en las que concurra una causa de justificación, tal como legítima defensa o cumplimiento de un deber, o bien también podemos observarlo en el hecho de que se protejan con mayor intensidad unas vidas humanas que otras, como es el caso de la vida de los nacidos frente al del concebido o la vida del Jefe del Estado español o extranjero frente a los demás ciudadanos¹¹.

Como he apuntado anteriormente, resulta necesario distinguir entre la vida humana dependiente y la vida humana independiente, pues de tal calificación se derivan consecuencias distintas. Resulta fundamental para el DP determinar con pulcritud cuando se producen cada una de las fases de la vida del ser humano, pues de tal concreción dependerá que un supuesto constituya delito o no, o bien que sea de una cierta gravedad u otra¹². La vida humana está sometida al inevitable proceso de nacimiento, desarrollo y muerte, y por tanto, no se puede proteger la vida que todavía no existe ni tampoco la que ya ha dejado de existir. No obstante, no es tarea fácil establecer la delimitación de la misma, pues en cada estadio la protección jurídico-penal de la vida plantea una problemática distinta, de ahí que sea necesario la distinción entre los «delitos contra la vida humana independiente y los delitos contra la vida humana dependiente», según si la vida humana ha alcanzado o no la independización del claustro materno¹³.

En primer lugar, en cuanto al comienzo de la protección, la STS 746/1996, de 23 de octubre¹⁴, ya señaló que «biológicamente es claro, en la actualidad, que la vida existe desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen». Por lo cual, tal y como podemos inferir de la sentencia, a partir del nacimiento deja de ser feto y comienza su protección como persona. No obstante, tal y como señala la STC 53/1985, de 11 de abril¹⁵, «la vida del

¹⁰ «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

¹¹ GRACIA MARTÍN, L., en *Comentarios al Código Penal; Parte Especial I*, ob. cit., pp. 28 y 30.

¹² ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 5.

¹³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 27.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 746/1996 de 23 de octubre (RJ 1996\9679).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 53/1985 de 11 de abril (RTC 1985\53).

nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional».

En segundo lugar, en cuanto a la determinación del momento del nacimiento, que se ha considerado el punto de inflexión que ha marcado la diferencia en los diversos sistemas jurídicos, debemos acudir al art. 30 Código Civil¹⁶ que recoge que «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

Por último, también debe precisarse el momento del fallecimiento del individuo. El art. 3 del RD 1723/2012, de 28 de diciembre¹⁷, define el diagnóstico de la muerte como el «proceso por el que se confirma el cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o de las funciones encefálicas».

En síntesis, el bien jurídico «vida humana» es aquel sobre el que se sostienen todos los demás, así como el conjunto de derechos de los que es titular el ser humano. Podemos afirmar que constituye el soporte y la condición necesaria que va a permitir a cada individuo ejercitar y desarrollar sus capacidades personales, su desenvolvimiento social, aspiraciones y metas, en definitiva, su destino individual y social¹⁸.

2. EL TIPO BÁSICO DEL ASESINATO

La muerte de una persona como consecuencia de la acción realizada por otra, utilizando medios especialmente peligrosos o manifestando una especial maldad o peligrosidad, se castiga de forma más severa que el simple homicidio y constituye lo que llamamos delito de asesinato¹⁹. En lo que se refiere al tipo básico, recogido en el apartado 1 del art. 139 CP, este ha sido objeto también de la reciente reforma en el CP por la LO 1/2015, mediante la introducción de una nueva circunstancia calificativa (la 4^a) en la cual me adentraré más en profundidad a continuación.

En otro orden de cosas, se ha venido produciendo una discusión doctrinal en cuanto a la calificación del asesinato como tipo agravado del homicidio o, por el contrario, como tipo autónomo e independiente del mismo.

¹⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

¹⁷ Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

¹⁸ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 6.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 43.

En opinión de ROMEO CASABONA²⁰, el asesinato, sin lugar a dudas, es un tipo agravado o cualificado del delito de homicidio. Considera que la discusión sobre este tema en el pasado ha quedado ya resuelta a su favor con el actual CP, pues la conducta típica es la misma en ambos delitos (matar), no obstante, se añaden unas modalidades de acción o de resultado en el asesinato que constituyen las circunstancias calificativas del mismo. Asimismo, la introducción en 2015 de tipos agravados en el delito de homicidio y otros hiperagravados de asesinato no alteran esta situación²¹.

De todos modos, existe un sector doctrinal que no está de acuerdo con esta postura y considera el delito de asesinato como delito autónomo o *sui generis*²².

Por otro lado, es importante apuntar que el delito de asesinato presenta una autonomía estructural, es decir, que las circunstancias que integran el delito son constitutivas del mismo considerándose elementos esenciales de esta figura. En este sentido, se puede afirmar que otras circunstancias atenuantes genéricas que concurran al hecho no van a modificar el título de imputación del asesinato, ya que no pueden ser compensadas al ser mayor lo injusto y/o la culpabilidad²³.

En cuanto al fundamento del delito de asesinato, nos encontramos con que las circunstancias calificativas del mismo provocan que lo injusto sea más grave por el mayor desvalor que comporta la acción o el resultado, o que le sea más reprochable la misma a su autor.

Así pues, se encuentra recogido en el artículo 139.1 CP y establece lo siguiente:

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

1.^a Con alevosía.

2.^a Por precio, recompensa o promesa.

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

²⁰ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 25.

²¹ FELIP I SABORIT, D., en «El homicidio y sus formas», *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 3.^a ed., Silvia Sánchez, J. M., (dir.) et al., Atelier, Barcelona, 2011, p 35.

²² GRACIA MARTÍN. L., en *Comentarios al Código Penal; Parte Especial I*, ob. cit., pp. 32-35 y 96, y MUÑOZ CONDE, F., «Homicidio. Asesinato», *Derecho Penal. Parte Especial*, 19.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 45 y 46.

²³ FELIP I SABORIT, D., en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. ob. cit., 2011, p. 36. También GRACIA MARTÍN, L., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, ob. cit., pp. 31 y 32, y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2013, p. 52.

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

Las tres primeras circunstancias calificativas coinciden casi literalmente con las agravantes 1^a, 3^a y 5^a del art. 22 CP, aunque con algún matiz en una de ellas, pero la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha añadido una nueva circunstancia, la 4^a, que no está prevista en el catálogo de agravantes genéricas contenidas en el citado art. 22 CP.

2.1 Alevosía

El art. 22. 1^a CP nos ofrece la definición de la alevosía estableciendo que «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

Como he apuntado anteriormente, la alevosía conlleva una mayor gravedad de lo injusto, ya que supone un incremento del desvalor de la acción y una mayor peligrosidad de la misma, lo cual justifica que, *ex ante*, exista un mayor riesgo de producción del resultado de muerte²⁴.

Resulta imprescindible que la concurrencia de alevosía en una situación se justifique en la idea de aseguramiento del hecho delictivo, evitando de esta forma los riesgos que podrían provenir de la propia defensa de la víctima. Ahora bien, según ROMEO CASABONA²⁵, no es necesario que el autor haya elegido o buscado tales medios alevosos, sino que es suficiente con que los utilice siendo consciente de ello, incluso aunque se los haya facilitado un tercero.

Según reiterada jurisprudencia, y en concreto podemos observarlo en la STS 527/2014 de 1 de julio²⁶, las circunstancias de la víctima pueden facilitar o contribuir objetivamente al aseguramiento de la ejecución del delito, como es el caso de niños, ancianos e impedidos, en definitiva, seres indefensos y desvalidos y, por lo tanto, debe considerarse siempre como muerte alevosa. Sin embargo, esta posición es contraria al criterio doctrinal y resulta incompatible con el sentido literal de la definición dada por el art. 22 CP. Esto es así porque en estos supuestos el autor se encuentra con una situación

²⁴ MORALES PRATS, F., en «Del homicidio y sus formas (arts. 138 a 143)», *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a ed., Quintero Olivares, G., (dir.) et al., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 56.

²⁵ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 28.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 527/2014 de 1 julio (RJ 2014\3528).

no provocada ni buscada por él, y, además, tampoco existe la posibilidad de defensa por parte de la víctima, faltando así el segundo requisito objetivo de la alevosía. Así pues, si aplicamos el criterio jurisprudencial, la muerte de un recién nacido debería considerarse asesinato, pues su propio desvalimiento justificaría la alevosía, sin embargo, la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que prevé un tipo cualificado en el homicidio cuando la víctima sea menor de 16 años o persona especialmente vulnerable (art. 138.2.a en relación al art 140.1.1^a), justificaría que este hecho fuera condenado como homicidio y que la muerte de estas personas no constituye automáticamente asesinato alevoso²⁷. No obstante, esto es una cuestión en la que me adentraré en profundidad en la segunda parte de este trabajo.

Existe mayor consenso cuando se causa la muerte de una persona cuando está dormida, especialmente cuando el sueño ha sido provocado por el autor del delito, p.e., suministrado narcóticos a la víctima o esperando a que esta se duerma para actuar. En este supuesto no se discute que sí se busca y se crea el aseguramiento de la ejecución y se evita toda posibilidad de defensa, independientemente de que alguna corriente feminista niegue la existencia de alevosía cuando la mujer mata al marido mientras duerme, ya que no podría enfrentarse cara a cara a él por su mayor complejión física. Por tanto, lo decisivo para considerar una muerte como alevosa es que se produzca un aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa que pueda hacer el ofendido, de ahí que se estime siempre alevosa la muerte a traición o por sorpresa.

En definitiva, la definición de alevosía que recoge el art. 22.1^a CP no exige ninguna motivación especial sino que simplemente el sujeto busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla.

En principio se exige que la utilización del medio o situación alevosos concurran desde el inicio del suceso, pero es cierto que también se admite que estos se incorporen a la acción en el transcurso de la misma (alevosía sobrevenida). Es el caso en el que, p.e., se dispara a la víctima a traición, pero no se consigue alcanzarla, sin embargo, cuando esta se encuentra apercibida del peligro y se encuentra frente al agresor, este vuelve a disparar, matándola. En este supuesto lo que comenzó siendo un ataque alevoso, por sorpresa, se convierte en un ataque frente a frente donde la víctima ya no se encuentra de forma repentina con el mismo y existe, quizás, una posibilidad de defensa.

²⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 44.

O también puede suceder a la inversa, cuando una pelea entre dos personas comienza frente a frente, en igualdad de condiciones, sin embargo, en el transcurso de la misma, una de ellas cae al suelo boca abajo y la otra persona aprovecha para matarle por la espalda. Aquí sucede lo contrario, un ataque en el que la víctima puede defenderse perfectamente se convierte en un ataque alevoso por la sorpresa del mismo. En estos supuestos, no podría castigarse el hecho como tentativa de asesinato en concurso con homicidio doloso consumado o como tentativa de homicidio en concurso con asesinato consumado, respectivamente, pues supondría la descomposición del hecho de matar en una serie de acciones inconexas entre sí, lo cual no tendría cabida si las circunstancias no han variado esencialmente²⁸.

Además, hay que tener en cuenta que la alevosía es una circunstancia calificativa de tendencia, es decir, no es necesario que el autor haya conseguido efectivamente evitar la defensa sino que es suficiente cuando el medio empleado tenía dicha finalidad. Tampoco se exige ninguna premeditación en la alevosía sino que esta puede surgir en el momento, aunque, en algunos casos, el propio medio empleado ya constituía en sí mismo un medio alevoso (p.e., el veneno es considerado un medio insidioso porque impide a la víctima toda posibilidad de defensa). Es por ello que lo más acorde con esta corriente es aplicar un solo delito de homicidio o asesinato según las circunstancias y, únicamente, cuando la situación originaria haya variado sustancialmente, proceder a la aplicación del concurso de delitos. En esta dirección se justifica la STS 104/2014, de 14 de febrero²⁹, y también la STS 86/2016, de 12 de febrero³⁰.

²⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 45.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 104/2014 de 14 de febrero (RJ 2014\1110). En ella se recoge que: «Hay que valorar la alevosía en un juicio ex ante: situarnos al inicio de todo el episodio. El último "navajazo", que después de una larga serie de ellos y un reñido enfrentamiento, se propina cuando la víctima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo, salvo cuando se produce una solución de continuidad, una cesura entre el inicial episodio y un nuevo acometimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo. [...] En un estrangulamiento que ha alcanzado su objetivo letal siempre obviamente hay un momento en que la víctima está totalmente indefensa y desvalida. Pero eso no es definitivo. El factor decisivo es cómo se ha llegado a esa situación. Si se hace de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima no puede esperar ese ataque; o a traición, abordándola por la espalda; o cuando la víctima se encuentra durmiendo o inconsciente (desvalimiento), habrá un asesinato. Cuando el estrangulamiento es el último acto ejecutivo de una agresión que comenzó de frente, con forcejeos, y, venciendo la resistencia opuesta por la víctima, se consigue doblegar sus esfuerzos por zafarse y postrarla sujetándole la garganta para asfixiarla, no hay alevosía. Esta ha de predicarse -con las salvedades hechas- de todo el episodio y no del instante final».

Por otra parte, la alevosía es compatible con otras circunstancias genéricas, como el arrebato y la embriaguez, así como con la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica. Sin embargo, la alevosía absorbe las agravantes de disfraz y abuso de confianza y superioridad³¹.

2.2 Precio, recompensa o promesa

Esta circunstancia calificativa, también recogida como circunstancia genérica en el art. 22.3.^a del CP, requiere la existencia, al menos, de dos intervenientes. Por un lado, la persona que ofrece el precio, la recompensa o la promesa (calificado como inductor o cooperador necesario) y la persona que realiza el hecho motivado por ello (autor directo del asesinato)³².

La mayor reprochabilidad de la conducta del sujeto activo justifica la existencia de esta circunstancia, pues ha sido impulsado por un estímulo económico y, por tanto, esto supone una mayor culpabilidad del mimo. De ello se derivan tres consecuencias. La primera es que el ofrecimiento ha de ser anterior al hecho, nunca posterior, pues en caso contrario no existiría la motivación que justifica esa mayor reprochabilidad de su conducta. En segundo lugar, no es necesario que el autor del delito de asesinato reciba efectivamente la dádiva por su actuación, incluso después de haber cometido el delito, sino que basta con que haya actuado movido por este motivo. En tercer lugar, según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, la contraprestación entregada o prometida ha de tener naturaleza económica, es decir, remuneraciones dinerarias y otras modalidades evaluables económicamente. Sin embargo, no se consideran como tales otros beneficios no directamente evaluable en dinero (p.e., recompensas honorificas, cargos políticos o favores sexuales)³³.

Existe controversia entre la jurisprudencia y la doctrina respecto a la aplicación de esta agravante en ambos sujetos. Según la jurisprudencia, se produce la bilateralidad de esta agravante, es decir, que es aplicable tanto al que da o promete como al que

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 86/2016 de 12 de febrero (RJ 2016\521). En ella se recoge que «Esta última modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada».

³¹ En opinión de MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 46.

³² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, pp. 46-47.

³³ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 29.

recibe. No obstante, la STS 2558/2012, de 12 de marzo³⁴ estima que «se ha erradicado la apreciación de la agravante de “precio, recompensa o promesa” al inductor por respeto al principio *non bis in idem*, pues cuando “la inducción o instigación aparece fundada únicamente en el ofrecimiento del precio, resulta evidente que tal merced no puede ser valorada dos veces: una como productora de la instigación y otra como circunstancia de agravación de la misma, sin vulnerar el elemental principio penal del *non bis in idem* que impide penar dos veces la conducta”».

Sin embargo, por otro lado, la doctrina considera que la conducta de ambos sujetos no es equiparable y que, por tanto, no siempre es tan abyerto dar el precio como recibarlo. Ahora bien, no quiere decir esto que en algún caso concreto el mayor reproche jurídico-penal de la conducta justifique su aplicación de forma bilateral. En opinión de MUÑOZ CONDE³⁵, la agravante solo concurre en quien percibe el móvil económico, por consiguiente, como ya he apuntado al principio, el que entrega o promete será inductor de un delito de homicidio, sin que, dado el caso, se excluya la posibilidad de aplicar esta agravante como genérica.

2.3 Ensañamiento

Lo primero que debe tenerse en cuenta para apreciar esta circunstancia es que la gran mayoría de las formas de matar a una persona suponen dolor físico o psíquico para la víctima, por lo tanto, lo verdaderamente determinante es que el autor no solo quiera matar sino también hacerle sufrir, causándole padecimiento físicos o psíquicos que no sean estrictamente necesarios para provocarle la muerte. Estas actuaciones deben ser innecesarias para alcanzar el propósito final de matar, pero no tienen por qué ser innecesarias desde el punto de vista del plan preconcebido por el autor. Así pues, en aquellas ocasiones en las que el maltrato físico o psíquico al que es sometida la víctima antes de causarle la muerte pueda resultar necesario para alcanzar la finalidad perseguida por su autor (p.e., conseguir una confesión u obtener determinados datos), pero resulte innecesario para matarla, será considerado como ensañamiento. De tal forma que para aplicar esta circunstancia no tiene por qué concurrir un ánimo sádico gratuito, sino que el ensañamiento puede estar justificado en alguna motivación perseguida por su autor, abarcando así los casos en los que se cause el dolor, innecesario

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 268/2012 de 12 de marzo (RJ 2012\4643).

³⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 47.

para la muerte, con otros propósitos, para cuya consecución es necesario causar el sufrimiento añadido, físico o psíquico, hasta alcanzar el fin perseguido. Cabe apuntar que los actos de ensañamiento con el cadáver o las acciones sádicas producidas *post mortem* no se pueden incluir en esta circunstancia, pues al encontrarse la víctima fallecida ya no hay dolor que aumentar³⁶.

En opinión de MUÑOZ CONDE³⁷, la humillación y vejación de la víctima y la causación de «dolor moral» (p.e., hacer se que desnude y se coloque en una posición humillante, asustarla con disparos de fogeo amenazándola con matarla, etc.), debe ser considerado como ensañamiento y, por tanto, si van seguidos de la muerte, calificarse como asesinato, al igual que considera que podría existir ensañamiento por omisión (p.e., dejando morir a la víctima de hambre). En contraste con esto, ROMEO CASABONA³⁸ considera que el dolor ha de ser necesariamente físico, sin perjuicio de que este venga acompañado de sufrimientos psíquicos o morales, pero no es admisible a la inversa (p.e., maltratando violentamente a un ser querido de la víctima en presencia de esta para después matarla). En estos casos considera el autor que deberá aplicarse el delito de homicidio con la agravante genérica de padecimientos innecesarios. Este autor también apunta que el ensañamiento no tiene por qué ser el causante de la muerte, pero sí es necesario que determine el modo en el que esta se produce.

Esta circunstancia también se encuentra recogida en el art. 22.5.^a CP como agravante genérica, aunque con ciertos matices. En primer lugar, el art. 139.1,3.^a CP habla de «dolor», mientras que el art. 22 CP habla de «sufrimiento». Al mismo tiempo, en el artículo del asesinato no se hace referencia a que dicho «dolor» tenga que ser «innecesario», como sí se recoge en el artículo de la agravante genérica.

Por lo tanto, lo verdaderamente relevante en esta circunstancia calificativa del asesinato es que se aumente «deliberada e inhumanamente» el dolor del ofendido, exigiéndose, por tanto, dos elementos. Por un lado, un elemento objetivo: dolor innecesario para la realización del hecho delictivo que, como he apuntado anteriormente, no debe ser innecesario para la consecución del plan preconcebido por el autor, pero sí para la causación de la muerte. Por otro lado, un elemento subjetivo, el propósito de producir dicho dolor. No obstante, suele negarse esta calificación cuando

³⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 48.

³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 48.

³⁸ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 30.

el autor actúa movido por odio, venganza o cólera ciega si no busca al mismo tiempo causar un dolor innecesario³⁹.

En cuanto a los criterios seguidos por el TS para determinar la existencia de «ensañamiento» son los recogidos en la STS 10/2017, de 19 de enero⁴⁰ en la que se establece lo siguiente: «desde la perspectiva de la infracción de ley ha de partirse de que, como señala la sentencia de esta Sala 895/2011, de 15 de julio (RJ 2011, 6154), el ensañamiento es apreciable: 1º) por la causación del dolor mediante actos complementarios ejecutados a tal fin sin ser precisos para la consecución del resultado mortal; 2º) por la prolongación intencionada de la agonía retrasando la llegada de la muerte precisamente para aumentar el sufrimiento; o 3º) por la elección de una acción mortífera especialmente cruel y dolorosa dejando de utilizar otro método mortal posible y menos cruento».

2.4 Circunstancia calificativa introducida por la LO 1/2015: para facilitar la comisión de otro delito o para evitar su descubrimiento

La introducción de esta circunstancia calificativa del asesinato con la reforma de 2015 no encuentra su fundamento en el catálogo de agravantes genéricas del art. 22 CP como sí sucede con las anteriores, sino que ha sido configurada tomando como referencia el Código Penal alemán, en el cual esta figura aparece como circunstancia del delito de asesinato. Esta modalidad de asesinato ha planteado diversos problemas concursales de difícil solución y ha sido origen de innumerables críticas por parte de la doctrina, proponiendo algún autor su supresión⁴¹ .

La circunstancia incluye dos elementos subjetivos de lo injusto, por lo tanto, no es necesario que efectivamente se logre cometer otro delito o se evite su descubrimiento como consecuencia del asesinato, sino que basta con que la intención del autor sea esta.

Por un lado, encontramos el caso en el que la muerte se produce «para facilitar la comisión de otro delito». Como apunta MUÑOZ CONDE⁴², resulta cuestionable a qué «otro delito» se refiere, pues no en todos los casos se reflejará una gravedad adicional que justifique la aplicación del delito de asesinato.

³⁹ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 30.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 10/2017 de 19 enero (RJ 2017\277).

⁴¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en «Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)», *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J. L., (dir.) et al., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 477.

⁴² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 49.

ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL⁴³, consideran que en esta primera modalidad debe existir una relación entre la muerte y el ulterior delito facilitado, pues lo esencial es que la producción de la muerte «facilite» la comisión del delito fin, por lo que habría que apreciar un concurso ideal entre el apartado cuatro del art. 139.1 CP y dicho delito. Así pues, si no existiera tal relación, p.e., porque la muerte sea un simple acompañamiento de la comisión de otro delito, la calificación sería homicidio o asesinato en concurso real con el otro delito.

Por otro lado, también pueden darse dificultades probatorias, pues resultará complicado demostrar que la muerte se ha llevado a cabo para facilitar la comisión de otro delito⁴⁴. Por ejemplo, este sería el supuesto en el que se produzca la riña entre dos sujetos y uno de ellos resulte muerto y, con ocasión de aquello, se le sustraen todos los objetos de valor que portaba. Como vemos, resultaría difícil determinar si la muerte se produjo para facilitar el hurto o, sin embargo, este se produjo como consecuencia de la muerte. En este sentido, quizás la dinámica comisiva, en atención al plan del autor, nos puede ayudar a que se demuestre que la muerte se ha llevado a cabo para «facilitar» la comisión del ulterior delito⁴⁵. Por ejemplo, el plan del autor consiste en atacar un banco mediante los códigos de acceso para lo cual es necesario matar al vigilante de seguridad. Aquí se puede observar, por la dinámica comisiva, como la muerte se produce para facilitar el atraco.

Asimismo, debe exigirse la existencia de proximidad entre la muerte y la realización del segundo ilícito penal, así como su preparación o la tentativa para conseguir el ulterior delito⁴⁶. Sin embargo, no es necesario que haya comenzado la ejecución del delito «facilitado», ni tan siquiera su exteriorización, es decir, no se requieren ni actos preparatorios ni ejecutivos, sino que simplemente se encuentre dentro del plan del autor. Por tanto, como plantean ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA

⁴³ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ VENTURA PÜSCHEL, A., en «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)», *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 326.

⁴⁴ SIERRA LÓPEZ, M. V., en «Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013)». *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 33, 2014, p. 154.

⁴⁵ ÁLVAREZ GARCÍA F. J./ VENTURA PÜSCHEL, A., en *Comentario a la reforma penal de 2015*, ob. cit., pp. 326 y 327.

⁴⁶ PEÑARANDA RAMOS, E., en «Delitos de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP», *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Álvarez García, F. J. (Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 497.

PÜSCHEL⁴⁷, se pierde toda justificación de que esta nueva figura esté basada en la idea de proteger un doble ataque a bienes jurídicos diferentes. Por todo ello, si lo único que debe tenerse en consideración es el plan del autor, y, por ende, es ello lo que fundamenta la agravación de la responsabilidad, esto supone anticipar el castigo de un hecho que todavía no ha ocurrido y es, por tanto, futuro e incierto y, además, va en contra del principio del hecho, apoyando más bien el derecho penal de autor⁴⁸.

En opinión de MUÑOZ CONDE⁴⁹, no queda muy claro si se puede aplicar este precepto cuando se quiere facilitar el delito a un tercero, aunque se decanta más por una respuesta afirmativa al no exigirse identidad de sujetos. No obstante, si en el futuro delito se producen, al menos, actos ejecutivos por parte de dicho tercero, el que hubiera cometido el asesinato previamente podría ser enjuiciado quizás como partícipe. Asimismo, tampoco se especifica si podría aplicarse asesinato en los casos en los que la muerte es consecuencia directa del delito facilitado (p.e., si se mata a la víctima de robo para poder realizar la sustracción).

Por otro lado, encontramos el caso en el que la acción de matar se lleva a cabo para que no se descubra otro delito y, obviamente, tampoco a su autor. Sin embargo, ocurre algo similar a lo anterior, pues no siempre reflejará una gravedad adicional. Ahora bien, si el delito ya es conocido o ha sido ya descubierto, p.e., matar a quien lo ha denunciado o al policía que lo detiene, no provocaría la aplicación de esta circunstancia⁵⁰. No es necesario que la muerte sea inmediatamente posterior al delito que se pretende ocultar, ni tampoco que el autor haya estado involucrado en el delito cuyo descubrimiento quiere evitarse, sino que puede aplicarse a quien mata para evitar que se conozca el delito cometido únicamente por un tercero.

Por otra parte, si una persona comete un asesinato porque alguien le ha pagado para que lo hiciera, con la finalidad de ocultar un delito, entonces entraría en juego la circunstancia de precio, recompensa o promesa, provocando la aplicación del tipo

⁴⁷ ÁLVAREZ GARCÍA F. J./ VENTURA PÜSCHEL, A., en *Comentario a la reforma penal de 2015*, ob. cit., p. 327.

⁴⁸ PEÑARANDA RAMOS, E., en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, ob. cit., p. 497.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 49. En contra MORALES PRATS, F., en «Del homicidio y sus formas», *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10.^a ed., Quintero Olivares. G., (dir.) et al., ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 56.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, pp. 49-50.

agravado de asesinato del art. 139.2 CP por concurrir dos circunstancias calificativas, lo cual, en opinión de MUÑOZ CONDE⁵¹, resulta criticable.

En definitiva, y a la vista de los interminables problemas concursales que produce y producirá esta circunstancia, la jurisprudencia debe todavía delimitar la propia autonomía y compatibilidad de la misma con otras circunstancias calificativas. Asimismo, deben quedar bien claros los supuestos que suponen una mayor gravedad, objetiva y subjetiva, para que quede perfectamente justificada la aplicación del art. 139.1.4.^a CP.

3. TIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 139.2 CP

Puede suceder que en la muerte de una persona concurra más de una de las circunstancias calificativas mencionadas anteriormente y recogidas en el apartado 1 del art. 139 CP. En tal supuesto deberemos acudir al tipo agravado del art. 139.2 CP que establece que «cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior». Siguiendo las reglas del art. 70 CP para el cálculo de la pena superior en grado, en este tipo agravado se aplicaría una pena de entre 20 años y 1 día a 25 años de prisión, prácticamente idéntica a la existente antes de la reforma⁵².

Es importante tener en cuenta que si concurrieran 3 o 4 circunstancias en el hecho no es posible alegar que aquellas que no sean necesarias para configurar el tipo agravado de asesinato se podrían apreciar como agravantes genéricas⁵³. Es decir, no cabría la posibilidad de utilizar dos de ellas para aplicar el art. 139.2 CP y respecto a la tercera o la cuarta aplicar el art. 22 CP y el art 66.1.3^a o 4^a CP. No obstante, esto podrá modularse por los tribunales debido al amplio marco legal de la pena que disurre entre los 20 años y un día a los 25 años⁵⁴.

En este supuesto, se crea una situación paradójica: si concurren dos o más circunstancias del art. 139.1 CP, se impone la pena señalada al asesinato en su mitad superior, sin embargo, si concurre una circunstancia configuradora del art. 139.1 CP y una circunstancia meramente cualificativa del art. 140.1 CP se impondrá la pena de

⁵¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 50.

⁵² Art 140 CP anterior a la LO 1/2015: «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».

⁵³En contra MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2013, p. 56.

⁵⁴ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 32.

prisión permanente revisable. Entonces, en estos supuestos de concurrencia de circunstancias, parece ser que se le da más peso a las nuevas circunstancias que a las que tradicionalmente han configurado el asesinato. En opinión de ALONSO ÁLAMO⁵⁵, la única explicación que cabe dar es que el art. 140.1 CP da entrada a circunstancias que repugnan especialmente a la sensibilidad jurídica actual, tales como la especial vulnerabilidad de la víctima, y que, por tanto, se acude al DP con la función puramente simbólica de enviar a la sociedad, alarmada por hechos con amplia repercusión mediática, el mensaje de que el Estado no permanece impasible.

Un supuesto en el que se aplica este tipo agravado es en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 23 de febrero⁵⁶, por concurrir en el hecho las circunstancias calificativas de alevosía y ensañamiento y aplicándose, por lo tanto, la pena de asesinato en su mitad superior.

4. TIPOS HIPERAGRAVADOS DE LOS ARTÍCULOS 140.1 Y 140.2 CP

El artículo 140 CP contiene una redacción completamente novedosa tras la LO 1/2015, introduciendo una figura no existente en nuestro ordenamiento jurídico y que ha creado una enorme controversia en torno a su constitucionalidad. Dicha figura es la prisión permanente revisable, ante la cual se interpuso recurso de inconstitucionalidad⁵⁷ que, a día de hoy, se encuentra pendiente de resolución⁵⁸. Dicho artículo recoge varios tipos hiperagravados de asesinato y que han provocado importantes problemas concursales y de colisión con el principio *non bis in idem*.

El castigo de un hecho con la pena de prisión permanente revisable supone que las circunstancias agravantes o atenuantes que puedan concurrir no se tendrán en cuenta, pues no podrán modificar el marco penal. Únicamente procedería esto en el caso en que quepa aplicar la pena inferior en grado (p.e., por tentativa, complicidad, eximente incompleta etc.). En este supuesto, tal y como recoge el art. 70.4 CP, «La pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años», y

⁵⁵ ALONSO ÁLAMO, M., «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 117, III, Época II, 2015, pp. 45-46.

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5^a), núm. 64/2017, de 23 de febrero (ARP 2017/117).

⁵⁷ Recurso de inconstitucionalidad n.º 3866-2015, contra diversos apartados del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el BOE de 25 de julio de 2015.

⁵⁸ VELASCO, F., «Prisión permanente revisable: cinco años a la espera de la resolución del TC», *La Razón*, 27 de julio de 2020, (disponible en: <https://www.larazon.es/espana/20200727/sjdggb6i6zf4xo2kzez36ohqoi.html>; última consulta el 12/3/2021).

entonces será en este marco penal donde puedan aplicarse las agravantes o atenuantes que concurren al hecho.

A continuación voy a analizar los apartados 1 y 2 del art. 140 CP por separado, ya que, aunque el castigo termine siendo el mismo para ambas, la prisión permanente revisable, merecen un análisis totalmente autónomo al ser muy diferentes los supuestos en los que unos y otros pueden ser de aplicación.

4.1 Artículo 140.1 CP

El art. 140.1 CP establece lo siguiente tras su nueva redacción:

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

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

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

3.^a Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal».

Es importante tener en cuenta que para poder aplicar este artículo es necesario que previamente la muerte haya sido considerada como asesinato al concurrir alguna de las circunstancias calificativas del mismo recogidas en el art. 139.1 CP.

Con el propósito de examinar cada uno de los supuestos que recoge el apartado 1 del art. 140 CP procedo a descomponer cada circunstancia para realizar una análisis más pormenorizado de cada una de ellas.

A) Por la edad o vulnerabilidad del sujeto pasivo

Esta primera cualificación se fundamenta en la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad o discapacidad y se aplica en todo caso cuando esta es menor de 16 años.

Para poder aplicar la cualificación por ser la víctima menor de 16 años, el autor deberá haber conocido, por lo menos aproximadamente, la edad de la víctima. No obstante, para poder ser aplicada esta deberá haber concurrido la previa existencia de una circunstancia del art. 139.1 CP, ya que, p.e., matar a un menor de 16 años en el

curso de una pelea, frente a frente, consistiría en homicidio agravado (art 138.2.a CP en relación al art 140.1.1 CP), no en asesinato⁵⁹. En opinión de ROMEO CASABONA⁶⁰, resulta criticable que se equipare la respuesta punitiva a la muerte de un niño de corta edad con la de un menor de quince años.

La doctrina ha querido hacer mención al sistema caótico que sigue el legislador al determinar hasta que edad se puede considerar que un menor es especialmente vulnerable. Quizás podría encontrarse alguna explicación en cuanto al límite de los 16 años en la madurez y desarrollo de la víctima, pero debería haberse justificado la exclusión de esta especial protección a los mayores de 16 y menores de 18⁶¹. Asimismo, al extender el precepto la protección a «persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad», debemos entender que se hace referencia, por un lado, a personas que por su avanzada edad tienen mermadas sus posibilidades de defensa y, por otro, aquellos sujetos que no pueden defenderse por su enfermedad y de ello se aprovecha el autor⁶².

B) Asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual

El principal problema que surge es la propia amplitud del término «delito contra la libertad sexual», pues permite incluir todos aquellos delitos que atenten contra la libertad sexual tales como, p.e., el acoso o abuso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución etc. Así pues, si el hecho previo consiste en un delito de acoso sexual, cuya realización dé lugar a un enfrentamiento físico posterior tras el cual el autor mata a la víctima, estaríamos ante esta calificación.

Resulta evidente que lo que el legislador ha perseguido con este artículo es castigar más duramente estos actos debido a la mayor gravedad que encierra el hecho de matar a una persona a la que previamente se le ha vulnerado su libertad sexual. No obstante, es de difícil comprensión que no se haya aplicado el mismo criterio en relación con otros delitos igual de graves como la detención ilegal, secuestro, robo con violencia, etc⁶³.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 54-55.

⁶⁰ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 14.

⁶¹ SIERRA LÓPEZ, M. V., en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, ob. cit., p. 137.

⁶² CUENCA GARCÍA, M. J., «Problemas interpretativos y de "non bis in idem" suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 118, I, Época II, 2016, pp. 134 y 135.

⁶³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 55.

Este apartado no se encuentra exento también de problemas concursales. El primero se produce cuando la víctima es menor de 16 años, pues nos encontraríamos con un delito que atenta a la «indemnidad sexual» y, atendiendo al tenor literal del artículo, parece entenderse que no sería esta la calificación aplicable, sino en todo caso la del art. 140.1,1.^a CP , por ser la víctima menor de 16 años.

Tampoco podría aplicarse esta cuando la muerte es consecuencia de la violencia empleada en la ejecución del delito contra la libertad sexual, pues dicha muerte no se habría producido de forma subsiguiente a la realización de tal delito, sino simultáneamente. Por lo tanto, quizás podría ser necesario considerar el concurso de delitos.

Por último, en relación con esta problemática nos encontramos con que debería establecerse una conexión temporal de inmediatez entre el delito contra la libertad sexual y la muerte de la víctima, pues, en opinión de MUÑOZ CONDE⁶⁴, si el autor mata la víctima varios días después no debería aplicarse esta cualificación. En este sentido, la SAP de Sevilla, de 6 de junio⁶⁵, en el caso «violador del Parque de María Luisa», recoge una precisión a este respecto cuando establece que «El número 2 del artículo 140 exige que el hecho fuera “subsiguiente” a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima [...]. Según el informe de autopsia la agresión sexual se produjo, al menos, dos o tres horas antes del fallecimiento, y sobre la interpretación del término “subsiguiente” elegido por el legislador algunos autores, ante la vaguedad semántica del término, señalan que “basta que medien dos horas entre un hecho y otro para que no se pueda apreciar esta circunstancia de agravación” [...]. En este caso la ambigua expresión “subsiguiente” y la deficiente técnica legislativa del precepto impiden al Tribunal encuadrar los hechos en este subtipo agravado al amparo de principios rectores del Derecho Penal como el invocado principio *non bis in idem*».

En opinión de ROMEO CASABONA⁶⁶, el legislador se ha quedado corto al delimitar esta calificación, pues ha exigido que la muerte haya sido cometida por el mismo sujeto que cometió el atentado a la libertad sexual de la víctima. Así pues, quedarían fuera de este supuesto los casos en los que, p.e., la muerte se comete por el

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 55.

⁶⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1^a), Rollo de Sala, núm. 955/2017, de 6 de junio de 2017. Recuperado: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Archivo-de-notas-de-prensa/Condenado-a-39-anos-de-prision-un-hombre-que-abuso-sexualmente-y-mato-a-una-mujer-en-el-Parque-de-Maria-Luisa--Sevilla->.

⁶⁶ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 15.

agresor sexual, pero contra terceros que hayan presenciado su delito, especialmente si la víctima es poco probable que pudiera delatarlo (p.e., por su corta edad o discapacidad). También quedan fuera los casos en los que el que causa la muerte, sin estar involucrado en el delito sexual el cual ha sido cometido por un tercero, quiere evitar el descubrimiento del mismo y, por tanto, lleva a cabo esta conducta para prevenirlo⁶⁷.

C) Asesinato cometido por persona perteneciente a un grupo u organización criminal

Aunque no se recoge expresamente, debemos entender que esta cualificación solo podrá ser aplicada cuando la muerte esté relacionada con la actividad del grupo u organización criminal, pues la mera pertenencia a estas organizaciones ya es constitutiva de otro delito⁶⁸.

En contraposición con esta opinión, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ⁶⁹ considera que bastaría para satisfacer las exigencias de este tipo con la mera pertenencia a un grupo u organización criminal, sin que fuera preciso que exista ninguna relación entre el hecho homicida y la pertenencia a los mismo, en particular respecto a sus actividades delictivas.

Las definiciones de «organización criminal⁷⁰» y de «grupo criminal⁷¹» las aporta el propio el propio CP, por lo que hay que remitirse a ellas (arts. 570 bis.1 pfo. 2.º, CP y 570 ter.1 pfo. 2.º CP, respectivamente). No obstante, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, lo que ocurre en estos casos es que el delito de pertenencia a grupos u organizaciones criminales (arts. 570 bis y ss CP) queda desplazado por este tipo agravado del delito de asesinato⁷². En todo caso, si el sujeto actúa con finalidad terrorista, la causación de una muerte llevaría a condenar igualmente con la prisión

⁶⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, ob. cit., 2015, p. 469.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 38.

⁶⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, ob. cit., 2015, p. 471.

⁷⁰ 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.

⁷¹ A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

⁷² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, ob. cit., 2015, p. 472.

permanente revisable por aplicación del art. art 573 bis.1, 1^a CP, ya que en este caso predomina el delito de terrorismo.

A pesar de todo esto, no debemos olvidar que, igual que con los otros dos apartados anteriores, para poder aplicar esta cualificación es necesario que primero el hecho pueda calificarse como asesinato por concurrir alguna de las circunstancias del art. 139.1 CP. Si esto no fuera posible, entonces este supuesto solo podría considerar como circunstancia agravante del delito de homicidio [art. 138.2, a) CP].

4.2 Artículo 140.2 CP

El apartado 2 del art. 140 CP dice así «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».

Este artículo provoca varios e importantes problemas interpretativos que resultan de difícil solución. En opinión de MUÑOZ CONDE⁷³, si atendemos al tenor literal del artículo podemos afirmar que solamente es aplicable cuando el sujeto haya sido condenado previamente por otros delitos contra la vida, y por tanto, solo es posible en caso de reincidencia por parte del sujeto. Esto impediría la aplicación de esta agravación en los supuestos en los que se juzgue a un sujeto por varias muertes (p.e., si ha hecho estallar una bomba que ha producido múltiples víctimas), si no tiene antecedentes. Sin embargo, ROMEO CASABONA⁷⁴ sostiene que la condena por varias muertes a la que se refiere esta agravación es la que se recoge en la misma sentencia, no la condena pronunciada en sentencias anteriores, es decir, no es aplicable en casos de reincidencia. Aquí encontramos la primera disyuntiva. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 hace referencia a los llamados *serial killers* o «asesinos en serie» como justificación de esta agravación.

En mi opinión, deberíamos decantarnos por el criterio manifestado por ROMEO CASABONA, ya que la jurisprudencia se inclina más por esta doctrina. En la SAP de Guadalajara, núm. 3/2018, de 15 de noviembre⁷⁵, así como en la posterior STS de 5 de

⁷³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 57.

⁷⁴ ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 34.

⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, núm. 3/2018, de 15 de noviembre (ARP 2019\86).

mayo de 2020⁷⁶, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra aquella, se condena por el art. 140.2 CP al autor de cuatro delitos de asesinato cometidos en el mismo día y condenados en la misma sentencia. Así, la primera sentencia establece que «En el presente supuesto nos encontramos, según lo expuesto, que el Jurado considera al acusado responsable de cuatro muertes que se califican individualmente como asesinatos del art. 139 CP, por lo que procede, conforme al tenor literal de dicho artículo y lo solicitado por las acusaciones, calificar el último de los asesinatos, el de Miguel Ángel, como hiperagravado por aplicación del art. 140.2 del CP, manteniendo la calificación de asesinato alevoso en relación con la muerte de Flora, y asesinatos hiperagravados del art. 140.1.1^a respecto a cada uno de los dos menores». Respecto a la sentencia del TS se recoge que «Tampoco centrará nuestra atención el debate acerca de si esas condenas tienen que haber sido dictadas en el mismo procedimiento o pueden haber sido impuestas en distintas causas penales y, en este último caso, si precisarían algún elemento de conexión que hubiera hecho posible el enjuiciamiento conjunto». Sin embargo, el TS mantuvo la condena impuesta por la AP de Guadalajara aplicando el art. 140.2 CP en estos hechos.

Por último, no queda aclarado qué debe entenderse por el término «muerte», ya que si se abarca cualquier delito contra la vida del Título I, podrían estar incluyéndose condenas por homicidios imprudentes o delitos de participación en el suicidio. No obstante, la opinión mayoritaria de la doctrina es que únicamente se incluyan homicidios dolosos y asesinatos, aunque hay un sector doctrinal que considera que únicamente deberían tenerse en cuenta los asesinatos debido a la especial gravedad de la pena⁷⁷.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 814/2020 de 5 de mayo (RJ 2020\960).

⁷⁷ Proponen esta interpretación: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, ob. cit., 2015, p. 481.

III. PROBLEMAS QUE PROVOCA EL *NON BIS IN IDEM* RELATIVOS AL ASESINATO

El contenido del art. 140.1 CP donde se regulan los llamados «asesinatos especialmente graves» provoca dos problemas interpretativos de gran importancia y que van a ser objeto de atención en las siguientes páginas. Por un lado, el apartado primero recoge la siguiente circunstancia «1^a. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad». En este supuesto existe la dificultad de delimitar el asesinato con alevosía del tipo básico del art. 139.1.1^a CP y el asesinato cualificado por razón del sujeto pasivo del art. 140.1.1^a CP. En este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial señala que puede provocarse «una tendencia al *non bis in idem*»⁷⁸. Por otro lado, el apartado segundo del art. 140.1 CP aplica esta agravación de la pena cuando «el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima». El ámbito de aplicación de esta circunstancia resulta confuso, pues no queda claramente delimitado cuando un supuesto será susceptible de ser calificado con la nueva circunstancia cuarta del tipo básico del delito de asesinato (art. 139.1.4^a CP) y cuando con el tipo cualificado del art. 140.1 CP⁷⁹.

1. ALCANCE DE LA REFORMA EN RELACIÓN A LA ALEVOSÍA

Desde el CP de 1870, la ley viene definiendo la alevosía como la comisión de cualquier delito contra las personas «empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla», sin el riesgo que para la persona del ejecutor «pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido» (art. 22.1^a CP).

1.1 Evaluación de la línea jurisprudencial: indefensión absoluta como alevosía «por desvalimiento» y especial vulnerabilidad como indefensión relativa

La jurisprudencia del TS viene realizando una interpretación extensiva de esta agravante, apreciando alevosía en el caso de víctimas absolutamente indefensas, a través de lo que denomina «alevosía por desvalimiento», tanto si esa indefensión es creada por el autor, propiamente la definición de alevosía en el CP, tanto si tal indefensión procede de la propia condición de la víctima o de sus circunstancia. Esta interpretación es

⁷⁸Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), de 16 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 152.

⁷⁹ CUENCA GARCÍA, M. J., «Problemas interpretativos y de "non bis in idem" (...), ob. cit., p. 121.

justificada por el alto tribunal por el mayor desvalor de la acción que supone «elegir» a una víctima «constitucionalmente indefensa», lo que valorativamente equivaldría a que el autor generara la situación de indefensión. Concretamente, «consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas incapaces, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa)»⁸⁰.

En este sentido, la STS de 29 de marzo de 1993⁸¹, reproducida en ulteriores sentencias, señala que «para entender un acto como alevoso no es imprescindible que el autor busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche, de modo consciente, de la situación indefensa de la víctima y de la comodidad o facilidad que supone tal situación». Estas manifestaciones han sido asentadas como doctrina del TS olvidando que para las «personas desvalidas» ya se contemplaba la circunstancia de abuso de superioridad (art. 22.2º CP)⁸².

Sin embargo, lo que ha generado una gran controversia es la delimitación de los efectos de la especial vulnerabilidad del art. 140.1.1º CP y la alevosía por indefensión absoluta que, hasta antes de la reforma, eran claramente identificados como alevosía⁸³.

Resulta destacable la tesis mantenida por la STS de 10 de febrero de 2017⁸⁴ en la que el alto tribunal reconoce los problemas de delimitación existentes entre la alevosía y la circunstancia de especial vulnerabilidad recogida en el art. 140.1.1º CP. No obstante, se opone a disociar del ámbito de la alevosía la indefensión absoluta, pues considera que es jurisprudencia asentada, «indiscutida e indiscutible». En ella se recoge que «una gran parte de los supuestos en que la víctima es menor de edad o especialmente vulnerable serán supuestos de alevosía. Pero no todos necesariamente», pues de lo contrario, no

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º), núm. 20/2016, de 26 de enero (RJ 2016\375). También Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º), núm. 915/2012, de 15 de noviembre (RJ 2012\11208). También Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º), núm. 703/2013, de 8 de octubre (RJ 2014\424). Se incluye entre los seres absolutamente desamparados a los niños de corta edad (desde recién nacidos a como máximo cuatro años), ancianos debilitados, enfermos graves, inválidos, así como a estados transitorios como personas dormidas, drogadas o totalmente ebrias (fase letárgica o comatosa).

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º), núm. 698/1993 de 29 de marzo (RJ 1993\2568).

⁸² CUENCA GARCÍA, M. J., «Problemas interpretativos y de "non bis in idem" (...), ob. cit., pp. 132 y 133.

⁸³ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente», en *Revista Penal*, nº. 43, 2019, p. 163.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º), núm. 80/2017, de 10 de febrero (RJ 2017\473).

quedaría espacio para el nuevo homicidio agravado por la especial vulnerabilidad, el cual solamente puede darse cuando la víctima es especialmente vulnerable, pero no existe indefensión absoluta, sino relativa. Por ejemplo, está pensando en los casos en los que se mata por la espalda a un adolescente que era capaz de desplegar su propia defensa o a un menor absolutamente indefenso, pero al que se espera a atacar cuando no existen personas cerca que podrían defenderlo y que en caso de estar presentes aumentarían las posibilidades de defensa.

Con esta interpretación, el TS está asignando a la especial vulnerabilidad el espacio que antes de la reforma era ocupado por la agravante genérica de abuso de superioridad, apartándose así de la jurisprudencia anteriormente mantenida en la que era incompatible dicha agravante con la alevosía, por resultar absorbida por esta.

En definitiva, de la tesis del TS podemos deducir que el tipo agravado del art. 140.1.1^a CP basado en la especial vulnerabilidad de la víctima (indefensión relativa) no se puede aplicar ni en los supuestos de indefensión absoluta en la que el autor se aprovecha de dicha indefensión ni en aquellos supuestos en los que se «elige» a una víctima totalmente indefensa o se aparta la posible defensa de tercero, pues en estos casos hablaríamos del tipo básico del asesinato por concurrir alevosía.

En este sentido, está evidenciado que si concurre indefensión absoluta, se calificaría de asesinato básico por alevosía del art. 139.1.1^a CP, sin embargo, si la indefensión es relativa, entonces, al no concurrir alevosía por desvalimiento sería un homicidio agravado por la especial vulnerabilidad de la víctima [art. 138.2.a) CP en relación con el art. 140.1.1^a CP], pero si concurre una indefensión relativa con otra circunstancia del asesinato, p.e. ensañamiento, estaríamos ante un asesinato calificado por la circunstancia de ensañamiento y, además, agravado por la especial vulnerabilidad de la víctima, imponiéndose la pena de prisión permanente revisable (art. 139.1.3^a CP en relación con el art. 140.1.1^a CP). Así se recoge en la STS 716/3018 de 16 enero⁸⁵ cuando dice el alto tribunal que «a su vez, también, pero en incoherente consecuencia, si media alguna de las circunstancias que cualifican el asesinato, ensañamiento, precio o la muerte para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, si también concurre alevosía, la consecuencia es pena de prisión de veinte a veinticinco años (art. 139.2); pero si no media total indefensión que conduzca a la alevosía y la víctima es

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 716/2018 de 16 de enero (RJ 2019\52).

especialmente vulnerable, lo que sucede en algunas (o en todas en el sentir de la doctrina) situaciones equiparables a abuso de superioridad, de menor gravedad, la consecuencia paradójicamente, sería de una mayor y extrema gravedad, prisión permanente revisable [(art 140.1.1a CP]».

Además, será posible concebir la especial vulnerabilidad con la alevosía, sin que se lesione el principio *non bis in idem*, si esta última se trata de alevosía proditoria o sorpresiva, no por desvalimiento. De forma que, en estos supuestos, sería posible aplicar ambas circunstancias, lo que llevaría, de nuevo, a la prisión permanente revisable por ser un asesinato básico por alevosía y estar agravado por la especial vulnerabilidad (art. 139.1.1^a CP en relación con el art. 140.1.1^a CP). Véase la STS 520/2018 de 31 de octubre⁸⁶.

Por tanto, en la tesis jurisprudencial anteriormente expuesta ha quedado evidenciado que, si se considera que la indefensión absoluta es constitutiva de alevosía, entonces no puede apreciarse además especial vulnerabilidad sin incurrir en *non bis in idem*, pues nos encontramos ante el mismo fundamento. Esto es así puesto que a la indefensión absoluta le es inherente la facilidad de comisión, y debido a que la víctima no tiene posibilidad de defenderse, no tiene sentido agravar de nuevo porque esta sea especialmente vulnerable. Por ejemplo, si está profundamente dormida o en estado comatoso, nada aumentaría la facilidad de comisión el hecho de que la víctima sea un bebé, en lugar de un campeón de artes marciales. Por tanto, si lo que se considera que aporta un injusto adicional en la alevosía es el aseguramiento en la ejecución, carece de toda lógica agravar además por la facilidad inicial de dicho aseguramiento. En otras palabras, si se agrava porque se suprime la capacidad defensiva disponible, no puede volver a tenerse en cuenta, para volver a agravar, que haya resultado más fácil

⁸⁶Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 520/2018 de 31 de octubre (RJ 2018\4887). En ella se recoge que «Concurre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía, vulnerabilidad) que, por tanto, resultan compatibles. a) La alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresiva e inopinada), un estrangulamiento inesperado con un cable, que no dejaba capacidad de reacción. Habría alevosía fuese cual fuese la edad y condición de la víctima. b) La agravación de especial vulnerabilidad se basa en la ancianidad y situación de la víctima. Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay bis in idem sino un legítimo bis in altera. [...] La muerte de un ser desvalido que suponga por sí sola alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1a CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4CP). Pero cuando, como sucede aquí, el ataque se concreta en una modalidad alevosa, totalmente independiente de la condición de la víctima, su avanzada edad o su enfermedad o discapacidad pueden operar con nueva agravación a través del art. 140.1.1a».

neutralizar a la víctima porque esta tiene poca capacidad de defenderse. Agravar por neutralizar y porque resultaba más fácil. En este sentido, véase la STS 716/2018 de 16 de enero⁸⁷.

No obstante, es importante mencionar otra línea jurisprudencial de reciente incorporación y a la que se hace referencia en la STS 367/2019 de 18 de julio⁸⁸, en la que se aplica prisión permanente revisable por el asesinato de una niña de 17 meses atendiendo a que el fundamento de esta condena radica en la especial protección de los menores de 16 años. En este sentido, y en contraposición con todo lo apuntado anteriormente, el alto tribunal justifica su decisión apuntando que «No tendría sentido castigar con la pena de prisión permanente revisable la muerte alevosa de un menor de 15 años, cuya alevosía quedara prefijada como consecuencia de un ataque sorpresivo frente a víctima menor de 16 años, y por consiguiente no desvalido, pues en tal caso no podría alegarse *non bis in idem*, al ser el fundamento distinto, y sancionar, en cambio, el hecho que ahora revisamos relativo a la muerte de un bebé de 17 meses de edad con una pena menor».

1.2 La crítica doctrinal

Como apunta MORALES PRATS⁸⁹, el legislador no ha tenido en cuenta, al llevar a cabo la reforma de 2015 en los delitos contra la vida, que tanto la alevosía por desvalimiento como la nueva agravante de especial vulnerabilidad se solapan, pues ambas responden al mismo fundamento.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 716/2018 de 16 de enero (RJ 2019\52). En ella se recoge que «Por ende, en el caso de autos, dada la inescindibilidad descrita del ataque sorpresivo con el desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima en la causación de la indefensión, al haber sido buscada por el autor para asegurar la ejecución del delito sin riesgo propio, tanto si la indefensión que genera la especial vulnerabilidad de la víctima, autónomamente considerada, resulta subsumible en abuso de superioridad, como en alevosía, una vez apreciada la alevosía que cualifica el asesinato, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión, con quiebra del principio *non bis in idem*».

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 367/2019 de 18 de julio (RJ 2019\2820). En ella se recoge que «En síntesis, en el supuesto de autos, la concurrencia de la alevosía de desvalimiento, determinó la calificación del asesinato del art. 139.1 CP, pero al recaer sobre persona especialmente vulnerable por razón de su edad, menor de 16 años (art. 140.1.1a CP), el Magistrado-Presidente entendió que la pena resultante era la de prisión permanente revisable. Al decidir de este modo consideró correctamente que no se producía una doble valoración de la misma circunstancia, sino un distinto fundamento de la punición. No existe, pues, infracción de ley. [...] En nuestro caso, la indefensión proviene del desvalimiento que caracteriza a los ataques a un bebé de meses, por la especial situación de la vulnerabilidad de la víctima. 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».

⁸⁹ MORALES PRATS, F., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ob. cit., p. 67.

Si continúa manteniéndose la misma postura jurisprudencial que sostiene que hay alevosía en los seres absolutamente indefensos y especial vulnerabilidad cuando la indefensión es relativa, podremos observar las incoherencias que esta tesis desprende.

En opinión de CUENCA GARCÍA, el mantenimiento de esta interpretación jurisprudencial provocará importantes problemas de lesión del principio *non bis in idem*, pues según esta tesis, la alevosía por desvalimiento que mantiene el TS cuando la indefensión absoluta procede de la propia condición de la víctima, conduce a estimar que toda muerte de un niño de corta edad podría ser calificada como asesinato y, por tanto, la aplicación subsiguiente del tipo cualificado del art. 140.1.1^a CP por razón de la edad de la víctima provocaría que se castigara dos veces los mismos hechos y circunstancias. Con la ley vigente, este pensamiento resulta insostenible, por un motivo evidente: el art. 138.2 a) CP en relación al art. 140.1.1^a CP establece un homicidio agravado por la menor edad de la víctima, lo que impide que pueda considerarse que tales supuestos deban calificarse, en todo caso e irremediablemente, como asesinatos⁹⁰.

Por tanto, la doctrina mayoritaria defiende, a pesar de la línea jurisprudencial, que la nueva circunstancia de vulnerabilidad (art 140.1.1^a CP) debe recoger la indefensión absoluta y, por tanto, debe abandonarse la idea de que la alevosía puede incluir este tipo de indefensión, pues esta solamente debería recoger los supuestos en los que la imposibilidad de defenderse ha sido creada activamente por el autor, no siendo suficiente con el aprovechamiento de dicha imposibilidad⁹¹.

Como apuntaba anteriormente, el TS sostiene que aprovechar la indefensión que es connatural a la víctima es análogo a provocarla y, por tanto, se aplicaría alevosía, pero, en opinión de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, esto no puede equipararse a la alevosía, puesto que ante un ser naturalmente indefenso no es necesario garantizar la ejecución mediante el empleo de «medios, modos o formas», sin el riesgo personal «que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido», como recoge la propia definición de la alevosía, pues de antemano el autor no corre ningún riesgo, ya que no hay posibilidad previa de defensa⁹².

⁹⁰ CUENCA GARCÍA, M. J., «Problemas interpretativos y de "non bis in idem" (...)", ob. cit., p. 133.

⁹¹ SIERRA LÓPEZ, M. V., en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, ob. cit., p. 156.

⁹² SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Personas especialmente vulnerables [...], ob. cit., p. 163.

En algunas ocasiones incluso el TS ha llegado a argumentar que el sujeto “selecciona” a la víctima indefensa⁹³, como si primero decidiera que va a matar y después eligiera a aquella víctima que, por sus características físicas y psíquicas, le permitirá ejecutar sobre seguro. Sin embargo, lo que ocurre es que, casi con total seguridad, el autor no tiene más remedio que matar a la víctima tal y como es. Por ello, no cabe afirmar que se esté aprovechando de sus circunstancias o que eluda la posible defensa. Asimismo, como ya indicaba FERRER SAMA⁹⁴, solo podremos decir que existe alevosía con respecto a un niño de corta edad cuando, pudiendo el autor elegir entre matar al menor o a otra persona, opta por el niño precisamente porque no puede defenderse, como sí lo haría el adulto. Si no hay elección, entonces no hay aprovechamiento.

Por todo ello, en opinión de la doctrina, lo que ha pretendido el legislador es eliminar de la alevosía la indefensión absoluta, abarcando con la expresión «menor de 16 años» incluso a un recién nacido, y con la de «especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad» a ancianos que no pueden valerse por sí mismos y enfermos o impedidos totalmente dependientes. De esta forma, el desvalimiento de la víctima podría llevarse o bien por ser menor de 16 años o bien por su especial vulnerabilidad y dejaría de aplicarse en estos casos la alevosía. No obstante, la jurisprudencia no está de acuerdo en seguir esta línea doctrinal.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que si seguimos esta postura doctrinal e incluimos en la especial vulnerabilidad del art. 140.1.1º CP tanto la indefensión absoluta como la indefensión relativa, se les estaría dando el mismo tratamiento a todas las víctimas. De esta forma, se estaría equiparando la muerte de un bebé a la de una adolescente, por ejemplo⁹⁵.

Así las cosas, podemos observar con un ejemplo el contrasentido que se produciría si continúa considerándose que la indefensión absoluta es alevosía y la indefensión relativa es especial vulnerabilidad. Un asesinato, p.e. con ensañamiento, de un niño de corta edad o de un anciano, enfermo o impedido totalmente dependiente, constituiría un asesinato con dos circunstancias caracterizadoras (art. 139.2 CP), el

⁹³ En tal sentido, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 335/2015, de 9 de junio (RJ 2015)2285.

⁹⁴ FERRER SAMA, A., «Artículo 10», en *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, 1^a Edición, Ed. Sucesores de Nogués, Murcia, 1946, p. 339.

⁹⁵ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Personas especialmente vulnerables [...]», ob. cit., p. 164.

ensañamiento y la alevosía por desvalimiento (indefensión absoluta) y estaría penado con prisión de 20 a 25 años por aplicarse la pena del asesinato en su mitad superior. Por el contrario, ese mismo asesinato con ensañamiento, pero de una persona solo relativamente indefensa, llevaría a aplicar la prisión permanente revisable por tratarse de un asesinato por ensañamiento y ser la víctima especialmente vulnerable (indefensión relativa) aplicándose los arts. 139.1.3^a y 140.1.1^a CP. Algo totalmente incongruente⁹⁶.

Por último, en opinión de la doctrina⁹⁷, existe otra importante contradicción en la postura jurisprudencial, pues dado que el fundamento de la especial vulnerabilidad reside en que es más fácil facilitar la ejecución, cuanto más vulnerable es, más sentido tendrá la agravante de vulnerabilidad, y podríamos seguir así hasta que la vulnerabilidad fuese absoluta. Sin embargo, cuando esto llega y la vulnerabilidad es absoluta, entonces el TS entiende que decae esta circunstancia y entra en juego la alevosía. Pero, además, si existe alevosía por la indefensión absoluta y, además, simultáneamente se da la existencia de alevosía proditoria o sorpresiva, no se suman los efectos agravatorios, es decir, no se habla de alevosía reforzada. Mientras que si se diera estas otras modalidades de alevosía con la especial vulnerabilidad (indefensión relativa), entonces se aplica prisión permanente revisable por aplicación del art. 139.1.1^a CP en relación con el art. 140.1.1^a CP debido a que la alevosía proditoria o sorpresiva no chocan con la especial vulnerabilidad (indefensión relativa) por tener distinto fundamento. Por ejemplo, pensando en dos supuestos, uno en el que se mata a un niño de meses (absolutamente indefenso) por la espalda, y otro en el que se mata también por la espalda a una niña de seis años, en el primer caso, el TS apreciaría solamente asesinato alevoso, por ser una persona constitucionalmente indefensa y concurrir alevosía proditoria o sorpresiva (art. 139.1.1^a CP), mientras que en el segundo, sería asesinato alevoso proditorio sobre persona especialmente vulnerable, castigado con prisión permanente revisable (art. 139.1.1^a CP en relación con el art. 140.1.1^a CP).

⁹⁶ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Personas especialmente vulnerables [...]», ob. cit., p. 165.

⁹⁷ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Personas especialmente vulnerables [...]», ob. cit., p. 169.

2. LA NUEVA CIRCUNSTANCIA TÍPICA DEL ASESINATO: LA FINALIDAD DE FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO O EVITAR QUE SE DESCUBRA

Como ya se hizo referencia en los puntos precedentes de este trabajo, la reforma del CP de 2015 introdujo un nuevo apartado en el art. 139.1 CP disponiendo que será reo de asesinato el que matare a otro «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra».

A este respecto, el Consejo Fiscal fue mucho más allá, solicitando incluso la supresión de esta nueva modalidad de asesinato, pues como acertadamente consideraba, y sobre ello versarán las siguientes páginas, esta nueva circunstancia cualificadora del asesinato suscitará «delicados problemas concursales de difícil resolución a la hora de calificar el delito facilitado o encubierto» y, además, podría llevar a lesionarse el principio *non bis in idem*⁹⁸.

El primer inciso del art. 139.1.4^a CP en el que se castiga como asesinato cuando la muerte se produce para «facilitar la comisión de otro delito» podemos encontrarnos con ciertas dificultades concursales. Como señala MUÑOZ CONDE, en el supuesto en el que para facilitar la comisión de otro delito la muerte se produjera con alevosía, esto llevaría a la aplicación del segundo apartado del art. 139 CP por existir dos circunstancias calificativas del asesinato, la alevosía del apartado primero y la facilitación del delito del apartado cuarto, lo que, en su opinión, sería difícilmente conciliable con el principio *non bis in idem*⁹⁹. Ciertamente, si el sujeto utiliza un modo de ejecución que tienda directa y especialmente a asegurar la muerte, con la intención de que aquello le facilite la comisión del ulterior delito, entonces, la muerte es alevosa (art. 139.1.1^a CP) y, además, como la causación de dicha muerte tiene un fin posterior, «facilitar» la comisión de otro ilícito penal, también se le podría aplicar el art. 139.1.4^a CP. En ese sentido, la solución facilitada por CUENCA GARCÍA pasa por aplicar la regla de especialidad (art. 8.1^a CP), pues cuando se pueda demostrar que la alevosía se ha utilizado con la intención de facilitar la comisión de otro delito, entonces, para evitar

⁹⁸ Informe del Consejo Fiscal (CF), de 8 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 125.

⁹⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., 2017, p. 49.

vulnerar el principio *non bis in idem*, podría aplicarse, como se decía, el apartado cuarto como precepto especial (art. 8.1^a CP), en concurso con el delito facilitado¹⁰⁰.

Por otro lado, la jurisprudencia del TS considera que en estos casos en los que se le produce la muerte de una persona para «facilitar la comisión de otro delito», como por ejemplo, un robo, la solución más adecuada pasa por aplicar el concurso de delitos. A este respecto, podemos mencionar la STS 102/2018, de 1 de marzo¹⁰¹ en la que se castiga por un delito de asesinato (art. 139.1.1^a y 4^a) en concurso medial (art. 77.3 CP) con el delito de robo con violencia (art. 237 y 242). En síntesis, el TS considera que no se vulnera el *non bis in idem* pues «Cuando además de la finalidad, que es lo que determina la cualificación como asesinato, se comete el otro delito es necesario para abarcar el total desvalor de la conducta proceder a la doble punición. A diferencia de lo que sucede con el delito de atentado que sí queda absorbido por el art. 138, el art. 139.1.4^a no absorbe los delitos que puedan llegar a cometerse, y que, además, pueden ser delitos graves, menos graves y leves. No sería lógico que quedasen embebidos siempre fuese cual fuese su intensidad equiparando supuestos de gravedad muy diversa¹⁰²».

Por tanto, como recoge la sentencia citada, «quien mata para robar incurre en el delito de asesinato del art. 139. 1.4^a CP. De no probarse la finalidad de robo nos hallaríamos ante un homicidio. Si, además, llega a cometer o desplegar otros actos de ejecución del robo, el asesinato irá en concurso medial con el robo -consumado o en tentativa-. Si, al margen del asesinato, no se despliegan otros actos de ejecución del robo, tan solo se castigará por asesinato, aunque sin olvidar que el hecho de dar muerte para robar al atacado ya es un acto de ejecución del robo. Pero cabe imaginar algún caso en que el robo ulterior esté desligado de la agresión». Así pues, «No todos los casos del art. 139.1.4^a CP serán concurso medial, como hemos visto. Pero sí aquéllos en que

¹⁰⁰ CUENCA GARCÍA, M. J., «Problemas interpretativos y de "non bis in idem" (...)", ob. cit., p. 143.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 102/2018 de 1 de marzo (RJ 2018\758).

¹⁰² Continúa diciendo «la esencia o razón de la innovadora agravación se encuentra en que revela una intolerable banalización de la vida y del propio ser humano, convertido en mero instrumento del que puede prescindirse, para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el delito ya cometido. [...] Quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor realiza una conducta más reprobable. [...] Es la finalidad, que se considera especialmente abyecta, la que cualifica el asesinato.

Esta modalidad de asesinato entra en concurso de delitos, no de normas del art. 8 CP, con el delito que se favorece (en principio se tratará de un concurso medial) o que se oculta (modalidad de concurso real). El delito fin o el encubierto no quedan absorbidos por el asesinato. Han de ser penados con independencia del mismo abrazados por la correspondiente figura concursal».

pueda establecerse una relación de medio a fin y de necesidad entre el delito contra la vida y el delito que se perseguía a través del él, en este caso los actos depredatorios».

Seguidamente analizamos la diversa problemática que también acompaña al segundo inciso de la circunstancia cuarta, «para evitar que se descubra». Se trata de casos en los que la muerte fuera «subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima» del art. 140.1.2^a CP y además el mismo supuesto pudiera incluirse en la nueva circunstancia cualificativa del asesinato, que consiste en buscar la ocultación de otro delito (art. 139.1.4º CP). Por ejemplo, cuando se mata a la víctima del delito contra la libertad sexual para evitar que denuncie el hecho.

Así las cosas, cabría preguntarse seriamente cual sería el precepto a aplicar en el supuesto en el que se produce un acoso sexual entre compañeros de trabajo y, ante la amenaza de la víctima de denunciar a su autor, este la mata¹⁰³. Aquí podríamos encontrarnos ante la vulneración del principio *non bis in idem* si para considerar que se trata de un asesinato, y no de un homicidio, aplicamos la circunstancia cualificativa del apartado cuarto del art. 139.1 CP por haberse producido la muerte «para evitar que se descubra» el acoso, y si, además, aplicáramos el tipo hiperagravado del art. 140.1.2^a CP por ser la muerte «subsiguiente de un delito contra la libertad sexual» que condena a prisión permanente revisable.

Con anterioridad a la reforma estos supuestos eran solucionados aplicando un concurso real de delitos conforme al art. 73 CP¹⁰⁴. Por ejemplo: concurso real entre delito de violación del art. 179 CP y delito de homicidio del art. 138 CP. Sin embargo, tras la reforma el legislador considera que lo más adecuado es considerar preferente la aplicación de la cualificación específica, es decir, el homicidio agravado o el asesinato hiperagravado, lo que llevaría a no considerar el concreto delito contra la libertad sexual. En opinión de CUENCA GARCÍA esta interpretación supone un despropósito, por un lado, porque no se atiende al desvalor intrínseco del delito sexual, ya que no puede considerarse que está incluido dentro de este nuevo precepto, pues solamente recoge el carácter «subsiguiente» de la muerte respecto del delito sexual y, por tanto, supone un hecho distinto. Y, por otro lado, el precepto hace referencia a cualquier delito contra la libertad sexual, es decir, que se castigará de igual forma a aquel que mata

¹⁰³ CUENCA GARCÍA, M. J., «Problemas interpretativos y de "non bis in idem" (...), ob. cit., p. 145.

¹⁰⁴ «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas».

después de violar que aquel que lo hace después de abusar, algo que, en su opinión, no tiene la misma relevancia¹⁰⁵.

Si se comparte la opinión de CUENCA GARCÍA de que para abarcar el desvalor del delito contra la libertad sexual hay que acudir a la solución concursal, cuando tras el delito contra la libertad sexual se comete el homicidio o asesinato alevoso, ambos deberían ser agravados por la circunstancia segunda del art. 140.1 CP, en concurso real con el respectivo delito sexual llevado a cabo. Sin embargo, como es evidente, esto provocará importantes problemas, pues si lo que se pretende con esta nueva circunstancia del art. 140.1 CP es la protección de la libertad sexual, se produce un *bis in idem*, ya que el ataque a la libertad sexual se vuelve a tomar en consideración al aplicar el apartado segundo del art. 140.1 CP. De esta forma, el contenido de lo injusto en el delito contra la libertad sexual se estaría tomando en consideración dos veces¹⁰⁶.

En este sentido, SIERRA LÓPEZ manifiesta que estos casos deben solventarse aplicando únicamente la circunstancia 2º del art. 140.1 CP (muerte subsiguiente a un delito sexual)¹⁰⁷. Sin embargo, la postura de CUENCA GARCÍA difiere de esta opinión, pues considera que aplicando el principio de especialidad (art. 8.1 CP), prevalecería el art. 139.1.4^a CP, en concurso real con el delito sexual cometido, obviamente, si lo ha cometido el mismo sujeto¹⁰⁸.

Analizando la posición jurisprudencial observamos que el alto tribunal se decanta por la aplicación del art. 139.1.4^a CP y, al mismo tiempo, también el art. 140.1.2^a CP por considerar que no son incompatibles ni contrarios al *non bis in idem*. En este sentido, la STS 418/2020, de 21 de julio¹⁰⁹ recoge que «el legislador ha querido -también ahora con deficiente técnica y bordeando los límites impuestos por la proscripción del *bis in idem*- que el delito de asesinato cometido con vocación de impunidad, cuando es subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, sea castigado con la máxima pena prevista en el Código Penal. Ha asociado la pena de prisión permanente revisable a la

¹⁰⁵ CUENCA GARCÍA, M. J., «Problemas interpretativos y de "non bis in idem" (...), ob. cit., pp. 146-147.

¹⁰⁶ CUENCA GARCÍA, M. J., «Problemas interpretativos y de "non bis in idem" (...), ob. cit., pp. 147-148.

¹⁰⁷ SIERRA LÓPEZ, M. V., en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, ob. cit., pp. 156 y 157.

¹⁰⁸ CUENCA GARCÍA, M. J., «Problemas interpretativos y de "non bis in idem" (...), ob. cit., p. 149.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 418/2020 de 21 de julio (RJ 2020\5152). En la misma línea véase también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 391/2020 de 15 de julio (RJ 2020\2792).

mayor reprochabilidad que representa la convergencia de un ataque prácticamente simultáneo a bienes jurídicos del máximo rango axiológico, la libertad sexual y la vida. De todos aquellos asesinatos cualificados por haber servido como instrumento para facilitar u ocultar un delito precedente, el legislador ha estimado que si el delito inicial es un delito contra la libertad sexual, la respuesta penal sea la más severa». No obstante, en la misma también se recoge el voto particular de dos magistrados que consideran que se ha utilizado una misma circunstancia (la finalidad autoencubridora del asesinato respecto al delito de agresión sexual) para agravar doblemente el hecho, lo que es incompatible. Por ello, creen que no debió imponerse la pena de prisión permanente revisable sino una pena de entre 15 y 25 años de prisión por asesinato del artículo 139.1.4 CP, sumado a los 8 años de la agresión sexual en grado de tentativa, con un máximo de cumplimiento efectivo de 25 años.

En definitiva, podemos asegurar como conclusión de este apartado que la reforma del delito de asesinato ha generado una lista interminable de problemas interpretativos y de aplicación que darán lugar a que quienes tienen encomendada la aplicación del Derecho deban llevar a cabo un esfuerzo interpretativo abrumador, perjudicándose, además, la seguridad jurídica, protegida por nuestra Constitución.

IV. CONCLUSIONES

Las conclusiones extraídas del análisis y estudio realizado en este trabajo son las que se relacionan a continuación:

1. El delito de asesinato es un tipo agravado del homicidio en el que se castiga más gravemente a aquella persona que mata a otra concurriendo alguna o algunas circunstancias que suponen un mayor contenido de lo injusto o de la culpabilidad.
2. La primera circunstancia del asesinato, la alevosía, conlleva que el autor del delito haya utilizado los medios o formas alevosas siendo consciente de que aquello le facilitará su objetivo, sin que sea necesario que haya elegido o buscado tales medios, pudiendo incluso habérselos facilitado un tercero. No obstante, existe discrepancia entre la doctrina y la jurisprudencia a cerca de si existe alevosía cuando el autor no ha creado la indefensión, sino que se ha aprovechado de ella cuando ya existía en la propia víctima. No es tal la discrepancia cuando se trata de personas dormidas o drogadas. Por último, es importante matizar que la alevosía es una circunstancia de tendencia, por lo que para que esta se dé no es requisito que los medios alevosos utilizados hayan conseguido evitar la defensa de la víctima sino que basta con que tales medios tuvieran dicha finalidad. Asimismo, la alevosía puede surgir en cualquier momento durante el transcurso de los hechos.
3. La segunda circunstancia del asesinato, el precio, recompensa o promesa, exige que el ofrecimiento sea anterior al hecho, pues este debe ser la motivación que lleve al autor a cometer su crimen. Dicho ofrecimiento debe poder ser cuantificable económicamente, y no existe consenso entre la doctrina y la jurisprudencia a cerca de si esta agravante debe ser aplicada solamente a quien comete el hecho movido por este fin económico o también a quien lo ofrece. En mi opinión, solamente debe agravar la conducta de quien mata impulsado por un motivo económico, pues ahí radica la mayor reprochabilidad del hecho que justifica esta agravación.
4. La tercera circunstancia del asesinato, el ensañamiento, supone que los padecimientos a los que es sometida la víctima sean innecesarios para causarle finalmente la muerte, aunque encuentren su justificación en el plan preconcebido por el autor. En este punto, también existe controversia doctrinal sobre si tales sufrimientos deben ser solamente físicos o también pueden incluirse los morales o vejatorios para la víctima. En mi opinión, no puede agravarse hasta tal punto una conducta simplemente por hacer «pasar

un mal rato» a la víctima, por ejemplo, humillándola, pues el simple hecho de matarla ya es suficientemente vejatorio, siendo difícil discernir lo que es humillante o no para cada persona.

5. La cuarta y recientemente introducida circunstancia del asesinato, «para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra», exige realizar un análisis minucioso para delimitar claramente los supuestos en los que esta será aplicada. En primer lugar, no es necesario que se logre facilitar o evitar el descubrimiento de otro delito, sino que el autor actúe motivo por tal fin. En segundo lugar, respecto al primer inciso de esta circunstancia, debe existir cierta relación entre la muerte y el delito fin, pues sino será difícil demostrar que se actuaba con dicha finalidad. Es por ello que se exige cierta proximidad entre ambos delitos, aunque no es preciso que el delito fin haya ni siquiera llegado a exteriorizarse, algo sumamente criticable en mi opinión, pues se estaría castigando muy gravemente un hecho en base a una conducta que realmente no se ha producido, sino que simplemente existe en la mente de su autor. Además, tampoco queda aclarado si el que comete el delito fin que se facilita puede ser un tercero o debe ser el mismo autor de la muerte. En tercer lugar, en cuanto al segundo inciso, no se exige inmediatez respecto al delito que se quiere encubrir ni tampoco que haya identidad de sujeto, pudiéndose ocultar con la muerte el delito cometido por tercero.

6. El recientemente introducido artículo 140 CP castiga el asesinato en sus modalidades más graves penando con la prisión permanente revisable a quienes cumplen los requisitos para ello. En su primer apartado castiga con la pena máxima el asesinato de un menor de 16 años o persona especialmente vulnerable. Sin embargo, resulta criticable por la doctrina que se considere de la misma gravedad por el legislador el asesinato de un menor de 2 años que uno de 15 y que no se haya justificado el motivo por el que se deja fuera a los menores de 18, pero mayores de 16 años. En segundo lugar, se castiga cuando el asesinato es subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, sin especificarse qué tipos de delitos sexuales se incluyen y, por tanto, dándose el mismo tratamiento a un acoso que a una violación, y dejándose fuera de su ámbito de aplicación otros delitos más graves como el secuestro, el robo con violencia etc, e incluso los delitos contra la indemnidad sexual, que irían por la conclusión anteriormente expuesta por ser la víctima menor de 16 años. Tampoco puede darse esta circunstancia cuando la muerte se produce como consecuencia de la violencia empleada en el delito contra la libertad sexual, pues ya no sería subsiguiente al mismo; aun así, se

exige cierta conexión de inmediatez entre los dos delitos que deben ser cometidos por el mismo sujeto. En tercer lugar, respecto al asesinato por quien pertenece a grupo u organización criminal existe cierta discrepancia doctrinal entre quienes consideran que la muerte debe estar relacionada con la actividad delictiva de este tipo de organizaciones y quienes opinan que la simple pertenencia a estas ya determina automáticamente la aplicación de esta cualificación.

7. El también novedoso apartado segundo del art. 140 CP ha generado opiniones diversas respecto a los requisitos para su aplicación. Por un lado, ciertos autores consideran que por la propia redacción de este artículo solo puede aplicarse cuando existe reincidencia en la comisión de asesinatos condenados en anteriores sentencias, sin embargo, otros son proclives a considerar que se aplicará cuando los asesinatos sean condenados en la misma sentencia. Por otro lado, al exigirse la existencia de varias «muertes», sin más especificación, parece que se quiere incluir aquí también los homicidios imprudentes, sin embargo, la doctrina mayoritaria opina que solo deben incluirse homicidios dolosos o asesinatos e, incluso, algunos autores consideran que solamente debería incluirse asesinatos, lo cual a mi parecer es la opinión más correcta.

8. La reciente introducción de la prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento jurídico ha dado lugar a una serie de importantes problemas interpretativos y concursales que el TS se ha visto obligado a solventar. Para comenzar, el TS venía considerando que la alevosía en su modalidad de desvalimiento incluía tanto si la indefensión de la víctima era creada por su autor como si esta era inherente a las circunstancias de la víctima. Esto ha generado cierta colisión con principios rectores del DP al incluirse en el art. 140.1.1^a CP la referencia a la especial vulnerabilidad de la víctima. Esto ha sido resuelto por el TS de la siguiente manera: cuando la indefensión es absoluta será alevosía y por tanto asesinato básico. Cuando la indefensión sea relativa y no concurran más circunstancias que puedan calificar el crimen como asesinato, será homicidio agravado por la especial vulnerabilidad de la víctima y, cuando concurriendo circunstancias calificativas del asesinato la indefensión sea relativa, entonces aplicaremos la prisión permanente revisable por el asesinato hiperagravado del art. 140.1.1^a CP. No obstante, existe una posibilidad de aplicar alevosía y simultáneamente considerar a la víctima especialmente vulnerable. Sería el caso en el que la alevosía no sea por desvalimiento sino sorpresiva o proditoria y nos encontramos ante una indefensión relativa que nos lleve a considerar la especial vulnerabilidad de la víctima.

Sin embargo, no podemos olvidar la última línea jurisprudencial que ha manifestado el alto tribunal según la cual puede apreciarse especial vulnerabilidad en una víctima absolutamente indefensa justificando la decisión en la especial protección de los menores de 16 años.

9. En contra de esta postura jurisprudencial se posiciona la doctrina mayoritaria, considerando que esta tesis presenta enormes inconvenientes y colisiones con el principio *non bis in idem*. Así pues, argumentan que la especial vulnerabilidad del art. 140.1.1^a CP debe abarcar tanto la indefensión absoluta como la relativa y, así, extraer del ámbito de la alevosía la indefensión que no es creada por el autor del crimen, pues no es lo mismo aprovecharla que provocarla. No obstante, esto provocará que se dé el mismo tratamiento al asesinato de un bebé que al de un adolescente.

10. Por último, de los problemas concursales suscitados con la nueva circunstancia cuarta calificativa del asesinato que se comete para facilitar o evitar el descubrimiento de otro delito podemos concluir que, por un lado, el TS se inclina por aplicar el concurso medial entre el asesinato que se comete para facilitar un delito posterior y el propio delito fin. Y, por otro lado, cuando se pretenda evitar el descubrimiento de un delito contra la libertad sexual, el TS considera que no se vulnera el *non bis in idem* por el hecho de aplicar simultáneamente el art. 139.1.4^a y el art. 140.1.2^a CP, sin embargo, la doctrina se decanta más bien por el concurso real entre el homicidio o asesinato en sus tipos básicos y el delito contra la libertad sexual.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS, REVISTAS Y NOTICIAS

- ALONSO ÁLAMO, M., «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 117, III, Época II, 2015, pp. 5-49.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Delitos de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Alvarez García, F. J. (dir.), [libro electrónico], ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 485-509. [consultado 11 de junio de 2021]. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/show/9788490338759#ulNotainformativaTitle>
- CUENCA GARCÍA, M. J., «Problemas interpretativos y de "non bis in idem" suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 118, I, Época II, 2016, pp. 116-149.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L., «Del homicidio y sus formas», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Díez Ripollés, J. L., y Gracia Martín, L., (coord.) et al, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 26-144.
- FERRER SAMA, A., «Artículo 10», en *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, 1^a Edición, Ed. Sucesores de Nogués, Murcia, 1946, pp. 325-437.
- GONZALEZ CUSSAC, J. L., «Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J. L., (dir.) et al., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 465-486.
- MORALES PRATS. F. / SANZ MORÁN. A., «Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las ultimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013)», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 33, 2014, pp. 127-161.
- MORILLAS CUEVAS, L., «Del Homicidio y sus formas (I). El Homicidio», en *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*. Morillas Cuevas, L., (coord.) et al, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 1-26.
- MUÑOZ CONDE. F., «Homicidio. Asesinato», en *Derecho Penal. Parte Especial*, 19.^a ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 45-56.

- MUÑOZ CONDE, F., «Homicidio. Asesinato», en *Derecho Penal Parte Especial*, ed. 21.^a, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 27-61.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Del homicidio y sus formas (arts. 138 a 143)», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a ed., Quintero Olivares, G., (dir.) et al., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 35-82.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)», en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares, G. (dir.), ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 315 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Del homicidio y sus formas (arts. 138 a 143)», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10.^a ed., Quintero Olivares. G., (dir.) et al., ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 27-79.
- ROMEO CASABONA, C. M., «Aspectos generales de los delitos contra la vida humana», en *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, p. 1-23.
- ROMEO CASABONA, C. M, «Los principios del Derecho Penal» en *Derecho Penal Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*. Romeo Casabona, C. M., (coord.) et al, Comares, Granada, 2013, pp. 33-49.
- ROMEO CASABONA, C. M., «El homicidio y sus formas», en *Derecho Penal Parte Especial Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Romeo Casabona, C. M., (coord.) et al, Comares, Granada, 2016, pp. 2-37.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente», en *Revista Penal*, nº. 43, enero 2019, pp. 156-171.
- SILVIA SÁNCHEZ, J. M., «El homicidio y sus formas», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 3.^a ed., Silvia Sánchez, J. M., (dir.) et al., Atelier, Barcelona, 2011, pp. 27-49.
- VELASCO, F., «Prisión permanente revisable: cinco años a la espera de la resolución del TC», *La Razón*, 27 de julio de 2020, (disponible en: <https://www.larazon.es/espagna/20200727/sjdggb6i6zf4xo2kzez36ohqoi.html> ; última consulta el 12/03/2021)

2. JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 53/1985 de 11 de abril (RTC 1985\53).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5^a), núm. 64/2017, de 23 de febrero (ARP 2017\117).
- Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1^a), Rollo de Sala, núm. 955/2017, de 6 de junio de 2017. Recuperado: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Archivo-de-notas-de-prensa/Condenado-a-39-anos-de-prision-un-hombre-que-abuso-sexualmente-y-mato-a-una-mujer-en-el-Parque-de-Maria-Luisa--Sevilla->
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, núm. 3/2018, de 15 de noviembre (ARP 2019\86).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 698/1993 de 29 de marzo (RJ 1993\2568).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 746/1996 de 23 de octubre (RJ 1996\9679).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 268/2012 de 12 de marzo (RJ 2012\4643).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 915/2012, de 15 de noviembre (RJ 2012\11208).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 703/2013, de 8 de octubre (RJ 2014\424).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 104/2014 de 14 de febrero (RJ 2014\1110).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 527/2014 de 1 julio. (RJ 2014\3528).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 335/2015, de 9 de junio (RJ 2015\2285).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 20/2016, de 26 de enero (RJ 2016\375).

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 86/2016 de 12 de febrero (RJ 2016\521).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 10/2017 de 19 enero (RJ 2017\277).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 80/2017, de 10 de febrero (RJ 2017\473).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 716/2018 de 16 de enero (RJ 2019\52).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 102/2018 de 1 de marzo (RJ 2018\758).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 367/2019 de 18 de julio (RJ 2019\2820).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 814/2020 de 5 de mayo (RJ 2020\960).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 391/2020 de 15 de julio (RJ 2020\2792).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 418/2020 de 21 de julio (RJ 2020\5152).