

EL NUEVO DELITO DE ASESINATO TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015

Universidad Autónoma de Barcelona

Grado en Derecho

Sergi Gerónimo Quintano

Directora: Dra. María José Cuenca García

Asignatura: Trabajo Fin de Grado

Fecha de entrega: 12 de mayo de 2016 (curso 2015/2016)

RESUMEN:

El 1 de julio de 2015 entran en vigor las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, que suponen una profunda y extensa reforma de la normativa penal. Entre otras muchas modificaciones, la reforma incluye una nueva modalidad de asesinato y unas inéditas circunstancias agravantes, de aplicación tanto para el delito de homicidio como para el delito de asesinato. En este trabajo, en primer lugar, se analiza la jurisprudencia tradicional de la alevosía del Tribunal Supremo y se especula sobre la posibilidad de un cambio de interpretación de la alevosía en su modalidad por desvalimiento, a raíz de la introducción de la novedosa circunstancia primera del art. 140.1 CP. A continuación, se aborda el estudio de los preceptos 139.4.1º CP (*“Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”*), 140.1.1º CP (*“Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad”*) y 140.1.2º CP (*“Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”*), analizando de cada uno de ellos sus posibles problemas de fundamentación, interpretación y de naturaleza concursal.

Finalmente, se llega a la conclusión de que la reforma penal, en relación con los preceptos estudiados, es profundamente insatisfactoria y, en consecuencia, se recomienda llevar a cabo una nueva reforma que enmiende sus numerosos defectos o que, alternativamente, se derogue en favor de la anterior redacción del Código Penal.

Índice:

Índice.....	1
Abreviaturas.....	2
1. INTRODUCCIÓN.....	3
1.1. Objeto del trabajo.....	3
1.2. Contexto de la reforma del Código Penal de 2015.....	4
2. EL NUEVO DELITO DE ASESINATO DEL ARTÍCULO 139 DEL CÓDIGO PENAL.....	7
2.1. La alevosía y su posible nueva interpretación.....	7
2.2. La nueva circunstancia agravante: “ <i>Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra</i> ”.....	18
3. LOS PROBLEMAS QUE ACOMPAÑAN AL ASESINATO HIPERAGRAVADO DEL ARTÍCULO 140 DEL CÓDIGO PENAL.....	28
3.1. Primer problema, que se deriva de la inclusión de la edad de la víctima o de su especial vulnerabilidad, del art. 140.1.1 ^a CP.....	28
3.2. Segundo problema, las graves consecuencias de la vinculación entre el delito de asesinato y el delito contra la libertad sexual, del art. 140.1.2 ^o CP.....	38
4. CONCLUSIONES.....	46
Bibliografía.....	49

Abreviaturas:

art./s.....	Artículo
cit.....	citado
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
CP.....	Código Penal
Ed.....	Editorial
etc.....	Etcétera
LO.....	Ley Orgánica
núm.....	número
p.....	página
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TS.....	Tribunal Supremo
Ult. ob. cit.....	Última obra citada
Vid.....	Véase

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Objeto del trabajo.

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis de la reforma del Código Penal, llevada a cabo a través de las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. En la medida que su estudio completo excedería las posibilidades de este trabajo, y a efectos de limitar la notable extensión que ello supondría, el análisis se centrará en los artículos 139.1.4º CP y 140.1 CP (circunstancias primera y segunda). El tema escogido es de gran relevancia, de un lado, por tratarse de una reforma de hondo calado que introduce un gran número de novedades importantes en nuestro Código Penal. De otro lado, por las implicaciones que su aprobación conlleva para la actividad diaria de los Tribunales y para la vida de los ciudadanos en general.

El objetivo es estudiar detenidamente el fundamento de los preceptos reformados, las cuestiones que su redacción suscita y los problemas que se pueden generar, a fin de llegar a una conclusión última acerca de la conveniencia o no de la reforma. Es decir, el propósito es realizar una valoración de la reforma mediante el estudio pormenorizado de los nuevos preceptos.

Para ello, se ha estructurado el trabajo de la siguiente forma: a) en primer lugar, se realiza una breve introducción para poner en contexto la reforma y el alcance de la misma; b) en segundo lugar, el análisis de la circunstancia primera del art. 140.1 CP me ha llevado a realizar un estudio previo de la jurisprudencia tradicional de la alevosía del Tribunal Supremo; c) en tercer lugar, se procede a analizar los artículos 139.1.4º, 140.1.1º y 140.1.2º, del Código Penal; d) finalmente, se contienen las conclusiones finales con la valoración de los preceptos estudiados.

1.2. Contexto de la reforma del Código Penal de 2015.

El 1 de julio de 2015 entraron en vigor las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, que han supuesto una profunda y extensa reforma de la normativa penal, pues se han modificado casi trescientos artículos de los más de seiscientos que contenía el anterior Código Penal¹. Sus principales novedades pueden resumirse en: a) la introducción de la prisión permanente revisable; b) la revisión del sistema de medidas de seguridad; c) la modificación del delito continuado; d) la reforma del sistema de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad y, finalmente, e) la supresión de las faltas. En cuanto a la *parte especial*, puede destacarse la ampliación del delito de asesinato agravado, la reforma de los delitos contra la libertad sexual, la aparición de nuevos delitos como la financiación ilegal de los partidos políticos, así como el matrimonio forzado o la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas, entre otras novedades².

El desarrollo legislativo de ambas leyes fue bastante atípico, puesto que con posterioridad a la presentación del Anteproyecto en 2012 y a la del Proyecto en 2013, se produjo un lapso temporal de varios meses en el que la tramitación se estancó por completo, para luego volver a despertar y llevarse a cabo una aprobación parlamentaria vertiginosa en cuestión de poco tiempo, aprobación a la que solamente mostró su apoyo el partido del gobierno y a la que se opusieron todos los demás grupos parlamentarios. Como colofón, las nuevas leyes contaron con una *vacatio legis* extraordinariamente reducida, de tan solo un mes y un día, frente a los habituales seis meses³.

La LO 1/2015, en su Preámbulo, señala que la reforma supone una

1. MUÑOZ CUESTA, J./ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 25.

2. MUÑOZ CUESTA/ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Cuestiones Prácticas (...)*, cit., p. 26.

3. Así pues, GONZÁLEZ CUSSAC (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 17-29.) califica el anormalmente breve período de *vacatio de “ruptura de los hábitos parlamentarios en materia de leyes penales”* y lamenta que, con ello, se “reduce a un período escaso la oportunidad para que la comunidad jurídica pueda estudiarla”.

“completa revisión y actualización, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal”⁴. A continuación, sigue justificando la reforma en la ”necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia”, mediante un “sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”⁴.

No obstante, GONZALEZ CUSSAC⁵ y ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL⁶ han destacado que la necesidad de llevar a cabo dichas reformas está lejos de ser evidente, pues en realidad no existía reclamo jurisprudencial ni doctrinal alguno, así como tampoco un aumento tangible en la comisión de delitos, que motivasen estos cambios, o por lo menos no en el sentido en el que finalmente se han materializado.

Así pues, esta reforma parece responder en realidad a la voluntad de contentar a los medios de comunicación y a la opinión pública, principalmente mediante la previsión de penas más duras, como por ejemplo con la inclusión de la pena de prisión permanente revisable. O también, tal y como apunta MUÑOZ CONDE, al “afán de darle un giro aún más conservador y autoritario que el que ya le había dado las anteriores reformas al ya casi viejo y venerable Código penal de 1995”⁷.

Este giro conservador y autoritario ha quedado plasmado en el nuevo delito de asesinato (art. 139 del Código Penal) y en su forma hiperagravada (art. 140 CP) – preceptos que serán objeto de estudio en este trabajo –, a través de la incorporación de circunstancias de complicada fundamentación y próximas al

4. Párrafos primero y segundo del primer apartado, del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

5. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios (...)*, cit., pp. 17-29.

6. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ VENTURA PÜSCHEL, A., “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis).”, en QUINTERO OLIVARES, G. , *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 315.

7. MUÑOZ CONDE, F., (Dir.), *Ánalisis de las reformas penales: presente y futuro*, Ed. Tirant lo Blanch , Valencia, 2015, p. 14.

derecho de autor, que en ocasiones irán acompañadas de la mencionada prisión permanente revisable. En esta línea, incluso se ha apuntado como posible fuente de inspiración para las reformas realizadas en estos preceptos, el derecho penal de autor alemán, aludiendo a reformas del Código Penal alemán que se remontan a 1941⁸.

Sea como fuere, el problema principal radica en que varias de estas reformas, tal y como veremos más adelante, afectan profundamente a “*muchas instituciones juridicopenales sobre cuyo alcance y límites se había llegado a un consenso jurisprudencial y doctrinal*”⁹. Es decir, el nuevo Código Penal deja una infinidad de dudas en el aire acerca de cómo se van a interpretar y aplicar algunos de los nuevos preceptos. Huelga decir que el efecto más palpable de todo ello para nuestro Derecho penal es un perjuicio considerable y grave a la seguridad jurídica, precisamente aquello que, según el Preámbulo, se pretendía proteger mediante la reforma.

Por consiguiente, los desafíos que pueda plantear la nueva redacción del Código Penal exigirán un importante esfuerzo, por parte tanto de los Tribunales como de la doctrina, a fin de arrojar algo de luz sobre aquellos puntos más oscuros y, con el tiempo, ser capaces de ofrecer soluciones satisfactorias que alivien los defectos más graves y, en suma, refuercen el principio de seguridad jurídica.

8. ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, cit., p. 316.

9. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo”, en MANZANARES SAMANIEGO, J. L. , *La reforma del Código Penal de 2015: conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. La Ley, Madrid, 2015, p. 17.

2. EL NUEVO DELITO DE ASESINATO DEL ARTÍCULO 139 DEL CÓDIGO PENAL.

2.1. La alevosía y su posible nueva interpretación.

El nuevo artículo 139.1 está redactado en los siguientes términos:

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

1.ª Con alevosía.

2.ª Por precio, recompensa o promesa.

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

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

Con esta nueva redacción del precepto, a las tres circunstancias clásicas ya presentes en el Código Penal de 1995 se le añade una cuarta, consistente en facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra, cuyo análisis se realizará en el siguiente apartado. En cuanto a las otras tres, tanto la circunstancia de la alevosía, la del precio, recompensa o promesa así como la del ensañamiento, permanecen inalteradas en cuanto a su redacción. Sin embargo, la reforma puede tener consecuencias en lo que a la interpretación de la alevosía se refiere, de modo que ésta será la circunstancia sobre la que centraremos nuestra atención en las próximas páginas.

Así, el artículo 22.1º CP, que no ha sido objeto de reforma, establece 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”*.

Al tenor de la redacción se desprende que esta circunstancia agravante será apreciada en aquellos casos en los que el sujeto activo se valga de medios idóneos a fin de garantizar una más segura perpetración del delito, eliminar las posibilidades de defensa por parte de la víctima y, a la vez, evitar riesgos para su persona¹⁰.

En concreto, nuestros Tribunales han ido delimitando los elementos propios y característicos de la alevosía, deben destacarse: a) en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; b) en segundo lugar, un elemento objetivo basado en que el autor utilice en la ejecución, medios, modos o formas que deben ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa del ofendido, sin que sea suficiente el convencimiento del autor acerca de su idoneidad; c) en tercer lugar, un elemento subjetivo fundado en que el dolo del autor se proyecte no solo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su utilización tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa de la víctima, eliminando de forma consciente el posible riesgo que pudiera suponer para el propio autor una eventual reacción defensiva de aquella; d) por último, un elemento teleológico, que impone la comprobación de que efectivamente se produjo una situación de total indefensión para la víctima, apreciándose, además, una mayor antijuricidad en la conducta producto del *modus operandi* del agresor, especialmente orientado a aquellas finalidades¹¹.

Así pues, la alevosía presenta un carácter mixto a raíz de dos aspectos que se complementan, a saber, la faceta objetiva y la subjetiva. Por todo ello, puede constatarse que la esencia de la alevosía “*se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes*

10. GOYENA HUERTA, J., “Artículo 22”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Comentarios prácticos al Código Penal: Parte General. Artículos 1-137*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 335.

11. Vid. SSTS 599/2012, de 11 de julio; 311/2014, de 16 de abril; 455/2014, de 10 de junio; 838/2014, de 12 de diciembre; 86/2015, de 25 de febrero, entre otras.

del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados”. De otro lado, subjetivamente “*el autor debe conocer los efectos que los medios, modos o formas en la ejecución, elegidos directamente o aprovechados, van a producir en la supresión de las posibilidades de defensa del agredido*”¹².

Debe destacarse que, a efectos de apreciar la circunstancia de alevosía, el agente activo ha de actuar de tal forma que elimine total y absolutamente la defensa de la víctima. Este es un aspecto clave, pues en los casos en los que simplemente se observe un desequilibrio de fuerzas entre agresor y ofendido, o una disminución parcial en las posibilidades de defensa de este último, no procederá apreciar la alevosía sino la agravante de abuso de superioridad (art. 22.2º CP). La circunstancia de abuso de superioridad ha sido definida por el Tribunal Supremo como una suerte de alevosía menor (también alevosía de segundo grado o quasi alevosía) caracterizada por una debilitación de la defensa de la víctima manifestada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor, junto a un elemento subjetivo consistente tanto en el conocimiento por parte del sujeto activo del desequilibrio existente entre él y su víctima, así como en la intención de aprovecharse de esa situación, en perjuicio de la defensa del ofendido¹³.

De esta manera, el Tribunal Supremo ha entendido que concurre abuso de superioridad en casos en los que, a pesar de existir una manifiesta desigualdad a favor del agresor (por el hecho de portar armas de fuego o ser varios los agresores, por ejemplo), las víctimas no tienen anuladas totalmente sus capacidades defensivas, bien porque tienen la posibilidad de sortear la agresión, pedir ayuda eficazmente o prever con suficiente antelación que van a ser agredidas¹⁴. Así pues,

12. Vid. SSTS 492/2007 de 7 de junio y 892/2007 de 29 de octubre.

13. Vid. SSTS 619/1994, de 18 de marzo; de 28 de octubre de 1995; 410/1996, de 6 de mayo; 166/2000, de 12 de febrero; 1224/2005, de 10 octubre, entre otras.

14. Por ejemplo, el TS, en su Sentencia 501/2014 de 18 de junio, apreció abuso de superioridad en vez de alevosía en un caso en que dos agresores atacaron a su víctima con barras de hierro y otros instrumentos contundentes. La víctima pudo defenderse de algunos golpes y luego salir huyendo, aunque fue alcanzada después y golpeada hasta quedar inconsciente. No se apreció alevosía porque no fue un ataque por sorpresa (se aproximaron a la víctima de cara y sin esconder las

portar un arma de fuego, por ejemplo, no comporta la existencia automática de la alevosía. Antes al contrario, su apreciación dependerá en última instancia de si se han anulado totalmente las posibilidades defensivas de la víctima o solamente se han reducido parcialmente.

De todos modos, no puede excluirse la circunstancia de alevosía en base a los movimientos defensivos que pueda realizar la víctima, aun cuando causen al agente “heridas de defensa”, como consecuencia del natural instinto de conservación, dirigidos a la autoprotección (por ejemplo, cubrirse la cabeza con los brazos para intentar reducir los daños en una agresión), entendiendo que este tipo de reacciones defensivas no suponen ningún obstáculo para la acción del agresor ni tampoco le suponen ningún riesgo¹⁵.

Igualmente, la doctrina del Tribunal Supremo viene distinguiendo tradicionalmente entre tres modalidades de alevosía distintas¹⁶:

a) La proditoria, también llamada aleve o a traición, caracterizada porque el ataque se perpetra mediante *trampa*, *emboscada*, *celada*, *asechanza*, *apostamiento* o por la espalda, es decir, escondiéndose a la vista de la víctima de tal forma que no pueda apercibirse de la presencia del atacante ni conocer sus

armas) y además tuvo posibilidades de defensa como demuestra el hecho de que pudo huir, aunque luego fuese alcanzado (el TS entiende que la víctima podría haber sido “más ágil”). Sí se aprecia abuso de superioridad, en cambio, por tratarse de una agresión de dos contra uno, en la que además los autores iban armados.

15. Así, en la STS 455/2014 de 10 de junio se considera que existía alevosía en varios agresores que entraron en un domicilio para cometer un robo y, al encontrarse al dueño totalmente desprevenido, le golpearon hasta causarle la muerte, entendiendo que los intentos de protegerse no eran equiparables a una defensa efectiva y real ante los atacantes. En este mismo sentido, la STS 316/2012 de 30 de abril distingue entre la defensa del ofendido (susceptible de excluir la alevosía) y la actividad de mera protección del mismo, como por ejemplo la persona que se tira al suelo al oír que le están disparando. En caso de no practicar distinción alguna, se podrían dar situaciones absurdas en las que la más mínima reacción de autoprotección de la víctima impedirían apreciar la existencia de alevosía.

16. Hoy en día, fruto de una moderna corriente jurisprudencial, los Tribunales han empezado a apreciar una nueva modalidad de alevosía calificada como *alevosía convivencial*, fundamentada en la especial relación de confianza que se genera por la convivencia del día a día con la otra persona, confianza que es defraudada cuando el agresor actúa, aprovechándose de la total despreocupación de la víctima y de la imprevisibilidad de que el ataque lo protagonice el propio conviviente. En este sentido, GOYENA HUERTA, “Artículo 22”, cit., p. 337.

intenciones homicidas o lesivas hasta el momento mismo del hecho¹⁷. El elemento esencial en esta modalidad de alevosía es el abuso de confianza del agente activo frente al ofendido, que se encuentra desprevenido y que no teme ninguna agresión. En este sentido el Tribunal Supremo ha señalado que la alevosía requiere “*esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor*”¹⁸. Asimismo, se ha indicado que “*la modalidad de alevosía proditoria requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor*”¹⁹. Esta modalidad es apreciable, así pues, cuando el agresor se oculta en algún lugar, esperando a que se acerque su víctima, a fin de cometer el delito aprovechándose de la indefensión de aquella, que no puede prever de ninguna manera el ataque²⁰.

b) La súbita o inopinada, caracterizada por el ataque *imprevisible, sorpresivo y repentino*, en el que el agresor no se oculta físicamente, pero no deja traslucir sus intenciones hasta el momento en que despliega la agresión, *ex improvissu*. En esta modalidad también juega un papel fundamental el abuso de confianza, toda vez que la indefensión de la víctima proviene de la creencia en que no será atacada por el agresor. Dicho en otros términos, la víctima, que se encuentra confiada con el agresor, se ve sorprendida en el actuar de aquél y no puede reaccionar a tiempo para oponer ningún tipo de resistencia, pues es imposible prepararse para una agresión cuando nada hace presagiar que se va a producir²¹.

Esta modalidad puede apreciarse, por ejemplo, en aquellos casos en los

17. Vid. SSTS 74/1999, de 1 de marzo; 9/2005, de 7 de febrero; 193/2005, de 10 de febrero; 1032/2006, de 25 de octubre; 892/2007, de 29 de octubre; 263/2009, de 18 marzo, entre muchas otras.

18. Vid. STS 210/96, de 11 de marzo.

19. Vid. STS 343/2000, de 7 de marzo.

20. A modo de ejemplo, en la STS 79/2002, de 13 de septiembre, el TS apreció alevosía en ataque por la espalda y sorpresivo a la víctima con arma punzante, después de esperarla, escondido, a que regresara a casa.

21. Vid. SSTS 74/1999, de 1 de marzo; 9/2005, de 7 de febrero; 193/2005, de 10 de febrero; 613/2006, de 1 de junio; 147/2007, de 19 de febrero; STS 527/2014, de 1 de julio, entre muchas otras.

que el sujeto activo, de forma rápida y fulgurante, sin previo aviso, saca una navaja, cuchillo o arma de fuego y la utiliza inmediatamente para lesionar o matar a la víctima, que se encuentra totalmente desprevenida²².

En este tipo de alevosía se ha discutido si puede aplicarse cuando existe una situación de conflicto o discusión previa al ataque que se estima alevoso. Así, el Tribunal Supremo ha señalado que, con carácter general, la “*existencia de una riña o de una pelea previas a la agresión excluyen la alevosía, pues cualquiera de los contendientes puede estar prevenido respecto a una agresión del contrario*”²³. Naturalmente, el efecto sorpresa en la agresión del sujeto activo al pasivo difícilmente podrá observarse cuando, con anterioridad a la misma, ha existido una reyerta o un enfrentamiento violento que haya alertado a la víctima frente a un previsible ataque por parte del otro²⁴. Una vez la víctima ya es consciente del peligro que corre, el ataque deja ser súbito e inesperado y, por ende, no procede la apreciación de esta agravante.

Esta doctrina, sin embargo, ha sido matizada en el sentido de que puede apreciarse alevosía aun cuando haya existido algún tipo de desavenencia o conflicto previo entre las partes implicadas, siempre y cuando se dé un salto cualitativo en la agresión²⁵. Este tipo de *alevosía sobrevenida* aparece cuando hay una diferencia sustancial entre la peligrosidad que se percibe en la riña o discusión y la agresión que se acaba produciendo. Por ejemplo, una leve discusión meramente verbal durante la cual, el sujeto activo, de forma totalmente imprevisible e inesperada coge un cuchillo y apuñala a la víctima, cuyas posibilidades de defensa están totalmente anuladas ya que nada hacía presagiar

22. En la STS 239/2004, de 18 de febrero se apreció alevosía en agente que apuñala a víctima con navaja por la espalda, de forma súbita e inopinada, tras la negativa de esta última a darle 50 céntimos.

23. Vid. STS 742/2007 de 26 de septiembre.

24. Así pues, en la STS 896/2006, de 14 septiembre, el TS no apreció alevosía en ataque al padre e hijo por un grupo de varias personas portando objetos contundentes y punzantes puesto que con anterioridad había acontecido un enfrentamiento violento y las víctimas conocían perfectamente que al salir a la calle se exponían a una situación de peligro (de hecho, se habían aprovisionado de navajas para poder hacer frente a una posible agresión).

25. En este sentido, la STS 999/2007, de 26 de noviembre.

una reacción así por parte del otro²⁶.

De manera que, cuando el carácter del conflicto “*experimenta una radical inflexión debido al inopinado drástico cambio en la actitud de uno de ellos; que rompe de manera sustancial el tenor de la relación, introduciendo un agudo desequilibrio en el desarrollo de la misma, en perjuicio del otro*”²⁷. En este mismo sentido, “*se ha señalado que es compatible la alevosía con una discusión previa cuando uno de los contendientes no puede esperar razonablemente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se deslice hacia una agresión desproporcionada que coja de sorpresa al acometido*”²⁸.

Asimismo, también podrá apreciarse alevosía cuando la fase de reyerta o riña y la fase de la agresión posterior estén claramente diferenciadas, esto es, que el enfrentamiento previo se haya dado por terminado por todos los contendientes tiempo atrás y, súbitamente, uno de ellos decida reanudar la agresión, cogiendo por sorpresa a la víctima, que ya no se encontraba en estado de alerta²⁹.

c) La de aprovechamiento o prevalimiento de la situación de indefensión de la víctima, bien por su corta edad, por su ancianidad, por su invalidez, o bien por hallarse privada de sentido por cualquier razón (victima anonadada, dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa, etc.), y en la que las posibilidades de defensa de la persona agredida quedaron eliminadas. Es decir, cuando la víctima se encuentra en una situación de desamparo derivada de su propia condición o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse³⁰.

26. En la STS 999/2007, de 26 noviembre, el TS entiende que hay alevosía en ataque del agresor con navaja, de forma súbita, sin que el ofendido pudiese esperar una reacción así, dado que con anterioridad solamente se habían intercambiado algunas palabras a modo de discusión mínima.

27. Vid. STS 1024/2006, de 25 de octubre.

28. Vid. STS 892/2007, de 29 de octubre.

29. A modo de ejemplo, la STS 571/2014 de 11 de junio, en la que el TS aprecia alevosía (a diferencia de la AP) en agente que atropella a víctima con el coche por la espalda, en un “acelerón” y con las luces apagadas. Previamente se había producido una discusión, en la que el agresor había hecho además de atropellar a los presentes, pero posteriormente se había alejado del lugar, así que la víctima, que andaba sola y despreocupada, creyéndose ya fuera de peligro, fue alcanzada por sorpresa, estando totalmente indefensa.

30. Vid. SSTS 74/1999, de 1 de marzo; 9/2005, de 7 de febrero; 193/2005, de 10 de febrero;

Salvo contadas excepciones³¹, la regla general es que el Tribunal Supremo ha venido apreciando esta modalidad de alevosía, prácticamente de forma automática, cuando las víctimas presentaban una avanzada edad. Lo mismo respecto a los niños de muy corta edad y a los recién nacidos. En relación a estos últimos, sin embargo, se ha planteado la siguiente cuestión: ¿realmente puede apreciarse alevosía, en su modalidad por desvalimiento, cuando el autor del delito no ha buscado de propósito la indefensión de la víctima, sino que ésta le ha sido proporcionada por la propia naturaleza del ofendido? Es decir, cabe preguntarse si la persona que mata a un recién nacido lo hace aprovechándose intencionadamente de la indefensión del bebé o, por el contrario, simplemente quiere ejecutar esa acción, pero no anula ni busca anular su defensa por el mero hecho de que el bebé nunca ha sido capaz de protegerse y, por tanto, es imposible eliminar una defensa que para empezar nunca ha existido.

Una parte de la doctrina se ha mostrado a favor de esta interpretación y, en consecuencia, en contra de la tesis de apreciar la alevosía por desvalimiento en los llamados “seres constitucionalmente indefensos”, como en el caso antes expuesto del recién nacido, de manera que debería sustituirse, en su caso, la apreciación de la alevosía por el abuso de superioridad. En este sentido, FELIP I SABORIT señala que “*parece claro, pues, que en el caso de seres desvalidos no se produce una organización de la ejecución del hecho tendente a la indefensión (ni siquiera una elección o aprovechamiento de una situación coyuntural), sino que, indefectiblemente, esta indefensión es inherente a la naturaleza o estado de la víctima*”³², de tal forma que, en su opinión, la interpretación jurisprudencial que propugna la apreciación de alevosía en estos supuestos parece vulnerar el principio de legalidad. Pese a que reconoce que provocar la muerte a personas

155/2005, de 15 febrero; 147/2007, de 19 de febrero; 892/2007, de 29 de octubre; 838/2014, de 12 de diciembre; 86/2015, de 25 de febrero, entre muchas otras.

31. De forma sorprendente, en la STS 1328/1998, de 6 de noviembre, el TS no apreció alevosía en ataque con cuchillo a una anciana de 75 años que se encontraba sola en casa, afirmando que “*la edad de 75 años no se identifica hoy necesariamente con la torpeza y debilitamiento propios de la ancianidad, y la soledad únicamente significa que el agredido no podrá contar con el auxilio de persona alguna (...)*”.

32. FELIP I SABORIT, D., “El homicidio y sus formas”, en SILVA SÁNCHEZ, JM, [et al.], *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, p. 40.

desvalidas es un acto de una gravedad innegable, concluye que esta laguna debería solventarse, en vez de judicialmente, a través del legislador.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 9 de marzo de 1989, también se había posicionado al respecto de forma similar, manifestando que, en supuestos así, los “*culpables no se aprovechan de la situación de desvalimiento en que el neonato se encuentra. Se opone a la naturaleza de las cosas tal afirmación. Los autores no aprovechan situación alguna. No hay ningún aseguramiento buscado. El niño nunca podrá defenderse, ni colocar al autor en situación arriesgada. Para que esto ocurra habría que esperar a que crezca. Pero los autores desean matarlo ahora. No emplean ningún medio, modo o forma que tienda a asegurar la muerte. Su única pretensión es matarlo. El elemento tendencial de la alevosía no concurre. No existe, por tanto, alevosía*

”.

Lo cierto es que esta interpretación hoy en día es excepcional, pues de forma mayoritaria la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por la opción contraria, esto es, apreciar alevosía en su modalidad de prevalimiento en lo referente a la muerte o lesiones de los “seres constitucionalmente indefensos”. En este sentido, el Tribunal Supremo ha rechazado la anterior doctrina en base a dos razones.

En primer lugar, porque para entender un acto como alevoso no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche, de modo consciente, de la situación de indefensión de la víctima y de la comodidad o facilidad que supone tal situación³³. En esta línea se ha señalado que es “*cierto que quien acaba con la vida de un recién nacido no tiene que desplegar un especial esfuerzo selectivo a la hora de decidirse por un medio de ejecución carente de riesgos. Pero también lo es que la propia selección de la víctima le garantiza una ejecución sin riesgo*”³⁴. Se considera en estos casos que la acción homicida o

33. Vid. SSTS de 29 de marzo de 1993; 529/1994, de 8 de marzo; 743/2003, de 26 de abril, entre otras.

34. Vid. STS 227/2014, de 19 de marzo.

lesiva “necesariamente entraña y lleva consigo el ánimo o intención del aprovechamiento de la situación indefensa de la víctima”³⁵, pues el agresor es plenamente consciente de que aquella se halla totalmente desamparada, sin la más mínima posibilidad de defensa, lo que le permite ejecutar el plan libre de riesgos para su persona.

En segundo lugar, porque se considera que esta interpretación resulta más acorde con las demandas y valores de la sociedad, ya que entender lo contrario sería “*tanto como llegar a soluciones realmente involucionistas en el tratamiento y sanción de delitos de tanta gravedad como son la muerte o lesiones de niños, ancianos, inválidos, etc., cuando es la propia sociedad la que en estos momentos está reclamando de manera unánime, una mayor protección en todos los órdenes a favor de esas personas por sí mismas desvalidas*”³⁶. En idéntico sentido se pronuncia también el Tribunal al constatar que, en caso de no atender a esta interpretación, “*sería tanto como excluir casi siempre la muerte violenta de esas personas del delito de asesinato, siendo así que en estos momentos la sociedad, dentro de una escala general de valores, se halla muy sensibilizada en favor de la protección de los niños y los ancianos, de tal forma que tratar de minimizar penalmente las agresiones contra ellos, nos parece un tanto ilógico e, incluso, un poco involucionista*”³⁷.

Pese a todo ello, realmente lo ideal sería que el propio legislador, a la hora de definir la alevosía, hubiese incluido alguna expresión a efectos de clarificar este debate. Sea como fuere, vista la tendencia de la jurisprudencia más moderna, no hay dudas de que la doctrina de apreciar alevosía en su modalidad por desvalimiento respecto de los “seres constitucionalmente indefensos” está firmemente asentada.

Siendo este el estado de la cuestión actual, la reforma del Código Penal de 2015 introduce una nueva circunstancia agravante tanto para el homicidio (art.138

35. Vid. STS de 22 de julio de 1991.

36. Vid. STS de 29 de marzo de 1993

37. Vid. STS de 22 de julio de 1991.

CP) como para el asesinato (art. 139 CP), contenida en el artículo 140.1.1^a CP: “*Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*”. No entraremos a estudiar en detalle esta circunstancia, puesto que su análisis se realizará en páginas posteriores, pero sí cabe anunciar que la aplicación de esta nueva circunstancia puede entrar en colisión con la interpretación actual del Tribunal Supremo, que acabamos de recoger. En este sentido, no será posible aplicar esta nueva circunstancia (que permite imponer la pena de prisión permanente revisable), en el caso de que el homicidio se haya calificado como asesinato, por la concurrencia de la alevosía por desvalimiento. Dicho en otras palabras, difícilmente se podrá tener en cuenta el factor de, por ejemplo, la muy corta edad de la víctima para apreciar la alevosía, y calificar su muerte como un delito de asesinato del art. 139.1 CP, como ha sido la tradición jurisprudencial hasta el momento, y, a la vez, volver a recurrir al factor de la edad o la especial vulnerabilidad del ofendido, para aplicar la circunstancia del art. 140.1.1^a CP, sin lesionar, con ello, el principio *non bis in idem*.

Como ya se apuntaba al inicio de este apartado, la reforma del CP del 2015 puede repercutir en la interpretación que actualmente está llevando a cabo el Tribunal supremo con respecto a la alevosía, en concreto, en su modalidad de desvalimiento, para así solventar la lesión del principio *non bis in idem*. Con todo, la doctrina actual está tan asentada que es poco previsible que los Tribunales renuncien a sus pronunciamientos, pero no se descarta una aplicación más restrictiva de esta modalidad de alevosía³⁸, probablemente en beneficio del abuso de superioridad.

38. Vid. FELIP I SABORIT, “El homicidio (...)", cit., p. 40.

2.2. La nueva circunstancia agravante: “*Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*”.

Esta cuarta circunstancia supone una novedad y consiste en ocasionar la muerte a una persona con la finalidad de, o bien facilitar la comisión de otro delito, o bien evitar que se descubra.

En primer lugar, ante la total ausencia de explicación del por qué de esta nueva circunstancia por parte del legislador³⁹, cabe preguntarse cuál es su posible fundamento, es decir, qué motivos han llevado a la inclusión de una nueva circunstancia junto con las tres clásicas sin que hubiese una demanda jurisprudencial ni doctrinal que la reclamase⁴⁰.

Con el objeto de dar respuesta a este interrogante, la doctrina ha ofrecido varias alternativas de justificación, entre las cuales están las que relacionan la agravación con una mayor necesidad de pena (la mayor peligrosidad que exhibe aquél que mata para facilitar un delito posterior o para encubrirlo merece una pena superior); un mayor contenido de injusto (existencia de una mayor antijuricidad, toda vez que se ponen en peligro otros bienes jurídicos aparte de la vida de la víctima); o en una mayor culpabilidad (identificación de móviles abyectos o especialmente reprochables), entre otras⁴¹.

39. El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, señaló que efectivamente la Exposición de Motivos no daba explicaciones sobre la nueva circunstancia cualificadora del asesinato, a la que calificaba de “*opción de política criminal*”, la cual suponía una novedad en relación a las circunstancias existentes. En el Preámbulo de la Ley definitiva tampoco aparece explicación alguna respecto a esta nueva circunstancia.

40. De hecho, el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se mostró contrario a que se añadiera la circunstancia cuarta, indicando que “*el Consejo Fiscal no considera adecuada la introducción de esta nueva circunstancia cualificadora del asesinato, pues es de prever que suscitará delicados problemas concursales de difícil resolución a la hora de calificar el delito facilitado o encubierto y podría incluso lesionar el principio non bis in idem*” y, por todo ello, sugería su supresión.

41. PANTALEÓN DÍAZ, M./ SOBEJANO NIETO, D., “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 29, 2014, pp. 213-237, en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/667605> [visitado el 14/02/16].

Ciertos autores han señalado que el motivo de la mayor gravedad en esta circunstancia cuarta radica en la instrumentalización que sufre la víctima, cuya muerte solamente se provoca para alcanzar un fin reprochable, como es facilitar la comisión de otro delito o su encubrimiento, supone convertir a la víctima en un simple medio, esto es, se la deshumaniza, lo que justificaría un castigo penal más contundente. En este sentido, GOYENA HUERTA expresa que, mientras que las tres primeras circunstancias comparten una especial vileza o maldad del sujeto activo, en la nueva modalidad lo que se castiga es el hecho de dotar al homicidio de un carácter instrumental, según el razonamiento de que “*matar a una persona es algo grave, pero matarla con el propósito de obtener una ventaja delictiva es aún más grave*”⁴². En el mismo sentido, FELIP I SABORIT argumenta que la instrumentalización de la vida del sujeto pasivo podría “*considerarse como un ataque cualificado a la dignidad humana de la víctima*”⁴³.

En particular, con respecto a la segunda modalidad (“*para evitar que se descubra*”), otros, como GÓMEZ MARTÍN, han justificado esta nueva circunstancia agravante en el carácter especialmente abyecto del que mata para eludir la responsabilidad penal derivada de un delito precedente, así como por el hecho de obstaculizar la labor de la Administración de Justicia en lo que a la averiguación de los hechos delictivos se refiere⁴⁴. Por ende, parece claro que el legislador cierra las puertas completamente al autoencubrimiento impune, o por lo menos para esta clase de supuestos⁴⁵.

42. GOYENA HUERTA, J., “Artículo 139”, en GÓMEZ TOMILLO, M. , *Comentarios prácticos al Código Penal: Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Tomo II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 54.

43. FELIP I SABORIT, “El homicidio (...)”, cit., p. 43.

44. A propósito del mismo supuesto, añade (GÓMEZ MARTÍN, V., “Del homicidio y sus formas”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 499.) que si la pretensión del legislador hubiese sido la de castigar el homicidio por su mera acumulación a un delito anterior, la nueva regulación constituiría una evidente muestra de *versari in re ilicita* y, en consecuencia, vulneraría abiertamente el principio de proporcionalidad de la pena.

45. El autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. Vid. SSTS 497/2012, de 4 de junio; 600/2007, de 11 de septiembre; 671/2006, de 21 de junio.

Varios autores, en cambio, han manifestado no encontrar fundamentos suficientes que expliquen una razón de ser para esta nueva circunstancia. Básicamente, la cuestión que se formulan es por qué un homicidio perpetrado para facilitar otro delito o para encubrirlo es más grave que uno que se lleva a cabo por cualquier otro motivo.

De esta forma, MUÑOZ CUESTA y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE reconocen no ver “*nada de extraordinario en la comisión de un delito con los fines que se recogen en esa norma que den lugar a una cualificación del asesinato*” y entienden que la solución concursal – medial o real – daría ya una eficaz respuesta a estas conductas delictivas⁴⁶. En este mismo sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ señala que la muerte “*cometida para facilitar la comisión de otro delito o para evitar su descubrimiento no es per se más grave que aquella motivada por otra finalidad diversa ni tampoco es su autor más culpable por ello*”⁴⁷. También ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL manifiestan no encontrar “*la razón, el por qué, de que tener una determinada motivación para realizar el hecho deba suponer una mayor sanción; es más, fuera de supuestos verdaderamente patológicos la realización de actos contra la vida va siempre más allá de la intención de matar*”⁴⁸. Asimismo, en relación con el asesinato que se perpetra con la finalidad de encubrir un delito previo, señalan que su fundamento (la frustración en la persecución para la Administración de Justicia) no es comparable (y por ende, no debería figurar como circunstancia agravante) con una mayor debilidad del bien jurídico o un incremento de lo injusto por la causación de males adicionales, como sucede en las demás circunstancias. Finalmente, SIERRA LÓPEZ tampoco percibe una mayor desaprobación en matar a otro por alguno de estos móviles ya que, al fin y al cabo, el deseo de huir de la acción de la

46. MUÑOZ CUESTA/ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Cuestiones Prácticas* (...), cit., p. 117.

47. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “Del homicidio y sus formas (Arts. 138 y SS.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 479.

48. ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...”, cit., p. 326.

justicia es comprensible⁴⁹.

En fin, a diferencia de lo que ocurre con las tres circunstancias tradicionales (alevosía, por precio, recompensa o promesa y con ensañamiento) que pueden explicarse por sus modos de ejecución o por el incremento del desvalor del resultado, sin necesidad de tener que recurrir a aspectos subjetivos⁵⁰, esto no sucede con la nueva circunstancia. Todo ello me lleva a pensar que el legislador, de la misma manera que ha estimado oportuno considerar más grave esta determinada conducta (matar para facilitar un delito o para encubrirlo), bien podría haber optado por castigar cualquier otra conducta distinta. El por qué ha decidido castigar éstas en concreto y no otras es una incógnita. Tal y como apuntaba el Consejo Fiscal en su Informe, se trata de una “*opción de política criminal*”, aunque hubiese sido deseable conocer a qué razones responde exactamente esta decisión.

Dejando al margen la cuestión del fundamento, la circunstancia cuarta también plantea diversas dudas en cuanto a su interpretación. En primer lugar, me centraré en su primera modalidad, es decir, en “*facilitar la comisión de otro delito*”, y posteriormente en la modalidad relativa al encubrimiento.

El primer interrogante que se me plantea es qué debe entenderse exactamente por el término *facilitar*. La Real Academia Española lo define como “*hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin*”. Tal y como apunta GOYENA HUERTA, la definición no despeja muchas dudas en la medida que *hacer fácil* o *hacer posible* pueden dar lugar a interpretaciones de distinto alcance, toda vez que *hacer fácil* se equipara con hacer más cómoda la ejecución, mientras que *hacer posible* significa remover un obstáculo insalvable.

49. Igualmente, concluye (SIERRA LÓPEZ, M.V., “Los principales problemas que suscita el delito de asesinato en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013”, en MUÑOZ CONDE, F. (Dir.), *Ánalisis de las reformas penales: presente y futuro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 56.) que la inclusión es injustificada y además grave, ya que implica la calificación automática de la muerte de otra persona como asesinato.

50. Sin embargo, en ocasiones se han justificado también estas circunstancias mediante aspectos subjetivos, en concreto, en la actitud interna especialmente reprochable del asesino. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, p. 35.

En cualquier caso, debe tomarse como referencia el primer significado, pues no parece razonable exigir que el homicidio sea indispensable para la comisión del posterior delito, ya que “*el hecho de matar a alguien con el solo propósito de hacer menos gravosa la ejecución de un segundo delito es una conducta más vil y más reprobable que la del que mata por necesidad*”⁵¹.

Por lo tanto, aunque esta modalidad plantea una suerte de concurso medial de delitos entre el homicidio y el siguiente delito, no hay que entender por ello que se requiera incondicionalmente que el homicidio sea medio necesario del segundo delito, distanciándose de este modo del art. 77 CP, el cual sí exige dicha condición⁵². Sea como fuere, es previsible que en no pocas ocasiones sea harto complicado probar ante los tribunales que efectivamente el autor ha matado con la finalidad de facilitar el segundo delito. Así, no cuesta imaginar casos en los que, por ejemplo, el homicida se acerque a su víctima una vez muerta y, tras advertir un objeto de valor que ésta llevaba, se lo apropie. En este supuesto hipotético está claro que la muerte no se ha producido para facilitar la sustracción de un objeto cuya existencia desconocía, pero demostrarlo puede resultar realmente difícil.

Igualmente, hay que tener en cuenta que el tipo no exige tampoco que el segundo delito o delito-fin llegue a consumarse, sino solamente que por un lado el sujeto activo tenga intención de matar para facilitar su comisión y, por otro, que la conducta que lleve a cabo sea objetivamente idónea para la consecución del fin. Por consiguiente, el asesinato puede verificarse en cualquier momento del *iter criminis* del delito-fin, desde el inicio de los actos preparatorios hasta la consumación⁵³. Obviamente, el único límite es que en el momento de causar la muerte no se haya perfeccionado con anterioridad el delito que se pretendía facilitar. Es decir, no puede entenderse que se ha matado para facilitar un robo cuando éste se llevó a cabo con éxito días atrás, por ejemplo. Ahora bien, este

51. GOYENA HUERTA, “Artículo 139”, cit., p. 55.

52. A propósito de ello, se califica de “flagrante contradicción axiológica” el hecho de que la aplicación del nuevo art. 77.3 conduzca a un marco penal de quince a veintidós años y medio, mientras que el nuevo art. 139, Ap. 1 núm. 4 permite alcanzar la pena de prisión de hasta veinticinco años. En este sentido, GÓMEZ MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, cit., p. 499.

53. FELIP I SABORIT, “El homicidio (...)", cit., p. 44.

límite queda exceptuado cuando se trata de un delito permanente, a saber, que el asesinato se lleve a cabo para mantener la situación antijurídica duradera que crea la consumación de este tipo de delitos⁵⁴. Con respecto a esto último, puede ponerse el ejemplo de aquél que mata para facilitar que una tercera persona pueda seguir secuestrada. En este caso, el secuestro se ha consumado con anterioridad al asesinato, pero sus efectos todavía perduran en el tiempo y la comisión del segundo delito facilita que así siga siendo. La dificultad que podrá plantearse en supuestos así será la de distinguir si el delito posterior se ha cometido para facilitar que perdure el secuestro o, por el contrario, para evitar su descubrimiento. De este modo, los delitos permanentes pueden difuminar la línea que separa una modalidad de la otra, pero en todo caso llevará a la aplicación de la nueva circunstancia cuarta.

Cuestión distinta es la de si también quedan incluidos aquellos supuestos en los que el asesino facilite a un tercero la comisión de un delito. En este caso existe división de opiniones. De este modo, algunos autores consideran que el art. 139.1.4º CP no exige que el autor del asesinato lo sea también del delito que esté facilitando. Así lo entiende FELIP I SABORIT, que añade que en todo caso la letal aportación del asesino lo convertirá, cuando menos, en partícipe penal del delito-fin⁵⁵. También lo entienden así PANTALEÓN DÍAZ y SOBEJANO NIETO, cuando argumentan que, de hecho, la conducta de quien mata para facilitar la comisión de un delito ajeno parece intuitivamente incluso menos comprensible que la de quien, impulsado por el fin de facilitar su propio delito, realiza el mismo acto⁵⁶.

Otros autores, en cambio, se posicionan en sentido opuesto, como ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL, que defienden que en ese otro delito, y al margen de otros posibles partícipes, ha de intervenir el autor que es lo que se corresponde con el fundamento que se le ha querido otorgar a esta circunstancia anclada sobre los motivos personales que han llevado al sujeto a la

54. PANTALEÓN DÍAZ/ SOBEJANO NIETO, “El asesinato (...)”, cit., p. 219.

55. FELIP I SABORIT, “El homicidio (...)”, cit., p. 44.

56. PANTALEÓN DÍAZ/ SOBEJANO NIETO, “El asesinato (...)”, cit., p. 218.

acción⁵⁷.

Me inclino por la primera opción al entender que resulta igual de grave matar para facilitarse a uno mismo la comisión de un delito que matar para facilitárselo a otro. Ninguno de los dos supuestos merece un reproche mayor o menor que el otro, así que resulta más apropiado no practicar, en este sentido, restricción alguna al precepto.

Por último, me adhiero a la reflexión de MUÑOZ CUESTA y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, al constatar que el precepto no hace ninguna distinción entre los delitos cuya comisión se pretende facilitar. Es decir, un homicidio se castigará como asesinato independientemente de si lo que se quiere facilitar es un delito contra la libertad o contra el patrimonio, por ejemplo, lo cual es poco respetuoso con el principio de proporcionalidad. Tal y como manifiestan dichos autores, fundar la calificación de asesinato sólo en la intención del sujeto y no en la gravedad del hecho en sí mismo puede resultar desproporcionado⁵⁸. Quizá hubiera sido adecuado por parte del legislador reservar la aplicación de esta circunstancia para aquellos delitos vinculados a penas de cierta entidad, así como a bienes jurídicos dignos de una especial protección, como la vida o la libertad.

En cuanto a la segunda modalidad (“para evitar que se descubra”), en este caso, la muerte debe perpetrarse con la intención de que la Administración de Justicia no pueda conocer los hechos o alguno de sus elementos esenciales, como por ejemplo sus autores⁵⁹. Por tanto, aquí el asesinato tiene lugar con posterioridad a otro delito. Hay que precisar, sin embargo, que para el caso en el que el otro delito ya haya sido descubierto, si el sujeto mata en su intento de huida no será de aplicación esta nueva circunstancia, siendo así que no se mata para no ser descubierto sino para escapar con éxito de la Justicia.

De nuevo, y al igual que sucedía en la modalidad previa, el precepto en

57. ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...”, cit., p. 326.

58. MUÑOZ CUESTA/ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Cuestiones Prácticas*, cit., p. 117.

59. FELIP I SABORIT, “El homicidio (...”, cit., p. 44.

esta ocasión tampoco determina si el autor del asesinato tiene que ser, a su vez, autor del otro delito. Es decir, ¿el precepto también es de aplicación para los casos en los que el asesino pretenda encubrir un delito cometido por una tercera persona? Entendemos que sí, que comprende ambos supuestos, pues tal y como razonamos en la modalidad anterior, aquí tampoco parece adecuado restringir el alcance del precepto. Respecto a la víctima del asesinato, ésta puede ser cualquiera: la víctima del delito que se quiere encubrir, un partícipe del mismo y, en general, todo aquél que pueda poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes.

Este mayor alcance lo distingue del encubrimiento del artículo 451 CP, que excluye de su aplicación a los que hayan participado como autores o cómplices en el delito anterior. A propósito del mismo, cabe la posibilidad de que surjan problemas concursales con sus modalidades segunda y tercera⁶⁰ para el caso en que el asesino no haya intervenido en el delito encubierto (y no se den los supuestos de exclusión del art. 454 CP⁶¹). En efecto, PANTALEÓN DÍAZ y SOBEJANO NIETO apuntan que si partimos de la base de que tanto el delito de encubrimiento del art. 451 CP como el de asesinato del art. 139.1.4º (en su modalidad segunda) encuentran su fundamento en una lesión a la administración de justicia, no será posible castigar al autor del homicidio (cuando no hubiese participado en el delito encubierto) por un asesinato y a la vez por un delito de encubrimiento, ya que se estaría vulnerando el principio *non bis in idem*. En este caso, estaríamos ante un concurso de leyes entre la circunstancia de cualificación del asesinato y el delito de encubrimiento, situación que, a su juicio, debería

60. El art. 451 CP señala que “será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: (...) 2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. 3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura (...”).

61. El art. 454 CP señala que “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451”.

resolverse condenando al autor por un delito de encubrimiento en concurso ideal con un simple homicidio⁶².

Este no es el único conflicto concursal posible, puesto que se pueden dar otras situaciones problemáticas como, por ejemplo, cuando una persona comete un delito contra la libertad sexual y acto seguido mata a su víctima para que no le delate a las autoridades. A estos efectos, debe destacarse que en este caso concurrirían dos de las nuevas circunstancias de cualificación de la reforma de 2015: de un lado la circunstancia cuarta del delito de asesinato del artículo 139 CP y del otro la del art. 140.1.2º CP (“*Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*”), precepto que estudiaremos más detalladamente en epígrafes posteriores, aunque ya podemos adelantar que este precepto recoge diversas circunstancias agravatorias que pueden concurrir tanto en el homicidio como en el asesinato, sancionando este último con la nueva pena de prisión permanente revisable.

De este modo, nos encontramos ante un problema que, tal y como se intuye, no es trivial. Para el caso de que desafortunadamente ocurra un supuesto como el expuesto, lo cierto es que la concurrencia de estas dos nuevas circunstancias impedirá la aplicación de la circunstancia segunda del art. 140.1 CP y la pena que lo acompaña, esto es, la pena de prisión permanente revisable. En contra de lo pretendido por el legislador, todo apunta a que esta nueva y grave pena no acompañará al delito de asesinato cuando concurra junto a un delito contra la libertad sexual.

Abandonando ya la problemática concursal, es necesario detenernos brevemente sobre qué debe entenderse por *descubrir*. Según ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL debe entenderse poner de manifiesto hechos delictivos cometidos por el sujeto que no sean conocidos, en cualquier grado del *iter criminis*. Asimismo, señalan que el dato del conocimiento de los hechos debe interpretarse en “*clave subjetiva*”, en tanto en cuanto resulta irrelevante si los hechos que se pretenden encubrir son realmente conocidos o no, toda vez que el

62. PANTALEÓN DÍAZ/ SOBEJANO NIETO, “El asesinato (...)", cit., p. 236.

elemento esencial es la voluntad del autor que asesina con intención de no ser descubierto. Por tanto, no importa si el esfuerzo de encubrimiento del asesino es objetivamente inútil, lo determinante es que él tenga el convencimiento de que ese asesinato puede ayudarle a no ser descubierto⁶³.

Por último, y al igual que sucedía en la modalidad anterior, el precepto tampoco gradúa proporcionalmente la pena en función de si los hechos delictivos que se encubren son constitutivos de un delito grave o menos grave. Además, nos encontraremos, de nuevo, frente a dificultades probatorias ante nuestros Tribunales, esto es, ¿de qué manera se constatará la conexión medio-fín entre el delito previo y el posterior asesinato? A la espera de que las futuras resoluciones judiciales nos den la respuesta a este nuevo interrogante, ya puede adelantarse que la misma no será pacífica.

63. Igualmente, añaden (ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, cit., p. 329.) que esta circunstancia es de aplicación incluso para los supuestos en los que el autor sepa que alguien conoce los hechos delictivos pero tenga constancia de que no va a delatarle.

3. LOS PROBLEMAS QUE ACOMPAÑAN AL ASESINATO HIPERAGRAVADO DEL ART. 140 CP.

3.1. Primer problema, que se deriva de la inclusión de la edad de la víctima o de su especial vulnerabilidad, del art. 140.1.1º CP.

El nuevo artículo 140 del Código Penal dispone:

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

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

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

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

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

La primera circunstancia encuentra su razón de ser en una pretendida mayor vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima, es decir, en su escasa o nula capacidad para oponerse al atentado contra su vida. Los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar esta situación de desvalimiento es la edad de la víctima o la existencia de una enfermedad o discapacidad, elementos de por sí dispares que han dado lugar a algunas críticas⁶⁴.

En primer lugar, concurrirá la circunstancia cuando el sujeto pasivo sea

64. Así, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (“Del homicidio (...”, cit., p. 469.) señala que el precepto resulta criticable porque “*los términos de la comparación no son homogéneos valorativamente, pues nada tiene que ver en cuanto a su posible vulnerabilidad un chico de quince años con un oligofrénico profundo o con alguien paralizado a causa de una gran invalidez*”.

menor de dieciséis años. Antes que nada, conviene resaltar la confusión generada por nuestro legislador alrededor de la presunción de vulnerabilidad vinculada a la edad, conformando de esta manera un sistema caótico en el que se manejan cifras distintas de forma prácticamente arbitraria. A modo de ejemplo, la edad penal empieza a los 14 años, la edad de consentimiento sexual se eleva a los 16 (aunque se prohíbe a los menores de 18 años participar en espectáculos exhibicionistas, incluso cuando sean privados – art. 189 CP –), los delitos de lesiones se agravan cuando la víctima sea menor de 12 años (art. 148.3º CP), las detenciones ilegales cuando el ofendido sea menor de 18 años (art. 165 CP), y así un largo etcétera.

De este modo, el límite de los dieciséis años que establece esta circunstancia viene a sumarse a la larga e incoherente lista de límites de edad de nuestro Código Penal y ordenamiento jurídico en general. Por esta razón, el legislador debería haber explicado el motivo de esta decisión: ¿por qué el límite de los dieciséis años y no otro?⁶⁵. Este baile de edades, en palabras de ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL, no es admisible y a lo único que conduce es a dislates valorativos⁶⁶.

La explicación para la presunción de vulnerabilidad de esta nueva circunstancia puede encontrarse, bien en las condiciones de inferioridad e indefensión de los sujetos pasivos menores edad, bien en el diferente grado de madurez y desarrollo de los mismos⁶⁷. Al respecto, MUÑOZ CUESTA y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE entienden que, sin lugar a dudas, matar dolosamente a una persona cuando es menor de 16 años implica, por lo general, y salvo casos excepcionales, una superioridad por parte del agresor y una situación de

65. De hecho, el Consejo Fiscal, en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el punto octogésimo quinto, manifestó que “*las razones que motivan la diferente selección de la edad de protección especial en el caso del asesinato debe ser debidamente explicada en la parte expositiva del texto*”. Esta explicación no fue finalmente incluida en la redacción final de la ley.

66. ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...”, cit., p. 322.

67. MUÑOZ RUIZ, J., “Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 338.

indefensión del menor de edad, por lo menos parcial, que hace merecedor a aquél de una mayor pena⁶⁸.

Sin embargo, este razonamiento es criticable en la medida que no siempre esta superioridad por parte del agente respecto del menor será tan claramente distingible, sobre todo por el límite cronológico relativamente alto de los dieciséis años que el legislador ha fijado. Pongamos por caso el asesinato de un menor de edad apunto de cumplir los dieciséis años a manos de una persona de dieciocho años recién cumplidos, y de menor estatura y fuerza física que el primero, por ejemplo. En un supuesto así, cuesta apreciar una mayor vulnerabilidad por parte de la víctima que justifique la aplicación de esta circunstancia y, por ende, la imposición de una pena tan grave como la prisión permanente revisable.

En este sentido se pronuncia GÓMEZ MARTÍN, al entender que en casos así la desigualdad constitucional entre uno y otro puede perfectamente no resultar significativa, de manera que “*la extraordinaria agravación de la pena prevista tras la reforma carecería de toda justificación material*”⁶⁹. De otro lado, ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL resaltan que mediante esta circunstancia “*se equipara la muerte causada a un niño de dos, cinco o diez años con la causada a uno de quince años, lo que carece de todo sentido valorativo*”⁷⁰.

En definitiva, el hecho de partir de un dato meramente objetivo, como es el límite de los dieciséis años, sin atender en absoluto a las características de la víctima, puede dar lugar a resultados injustos y desproporcionados, pues con independencia de la edad de la víctima (mientras sea menor de dieciséis, se entiende) o incluso con independencia de si realmente ha existido indefensión frente al agresor, automáticamente se apreciará esta circunstancia agravante.

En segundo lugar, cuando la víctima sea especialmente vulnerable por

68. MUÑOZ CUESTA/ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Cuestiones Prácticas* (...), cit., p. 118.

69. GÓMEZ MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, cit., p. 501.

70. ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...”, cit., p. 323.

razón de edad, enfermedad o discapacidad, se puede acudir aquí, también, a los mismos motivos que servían de fundamento para el supuesto previo, a saber, la mayor indefensión que presentan las víctimas en estas situaciones. En este caso, a diferencia del anterior, a la hora de apreciar la concurrencia de esta circunstancia cualificadora solamente se tienen en cuenta las características personales del ofendido. Es decir, en contraposición con el supuesto previo en el que se partía de un dato objetivo (ser menor de dieciséis años), aquí deberán tenerse en cuenta elementos puramente subjetivos que permitan determinar la existencia de esa especial vulnerabilidad. SIERRA LÓPEZ señala, que dada la indeterminación de la expresión, *”dicha vulnerabilidad podrá ser momentánea o permanente, física o psicológica, buscada o encontrada; y no sería necesario que el sujeto activo abusase de la situación de vulnerabilidad, sino que sería suficiente con que éste conociese dicha situación”*⁷¹.

Por tanto, deben darse dos requisitos: a) que la víctima sea especialmente vulnerable, es decir, que tenga reducidas o eliminadas sus capacidades de autodefensa; b) que dicha vulnerabilidad derive de su edad o por el hecho de padecer una enfermedad o una discapacidad. Por tanto, quedan fuera los supuestos de especial vulnerabilidad por razón de la situación, que deberán tenerse en cuenta a través de las agravantes genéricas⁷².

En cuanto a la especial vulnerabilidad por razón de edad, debe entenderse que se refiere a las personas de edad avanzada, puesto que los menores de dieciséis años quedan incluidos en el primer supuesto.

MUÑOZ RUIZ señala que la vulnerabilidad por razón de enfermedad puede referirse a sujetos *“que padecen cualquier afección del cuerpo o de la mente que altere de manera duradera e importante el normal funcionamiento del organismo; esto es, una enfermedad tanto somática como psíquica”*⁷³. Respecto

71. SIERRA LÓPEZ, M.V., “Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (El proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013)”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, nº 33, 2014, p. 137.

72. MUÑOZ RUIZ, “Delitos contra la vida (...”, cit., p. 339.

73. Ult. ob. cit.

de la enfermedad psíquica, señala que puede acoger tanto la enajenación como cualquier otra alteración de las facultades mentales del sujeto, añadiendo, por último, que no es indispensable que la enfermedad deba ser incurable⁷⁴.

Finalmente, por lo que se refiere a la especial vulnerabilidad por discapacidad, se elige este término en concreto, el de *discapacidad*, seguramente para equiparar la normativa española con la europea⁷⁵. El artículo 25 del Código Penal define la discapacidad como “*aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

Llegados a este punto, el principal problema que plantea esta nueva circunstancia, es su posible concurrencia con la alevosía por desvalimiento. En páginas anteriores ya explicábamos que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo apreciar alevosía por desvalimiento en todos aquellos casos en los que la víctima está total y absolutamente indefensa por razón de su corta o avanzada edad, en contraposición con parte de la doctrina científica que entiende que en estos casos no existe alevosía sino abuso de superioridad, en tanto en cuanto la inexistencia de defensas por parte de la víctima no es fruto de las actuaciones del sujeto activo (por lo que, de forma rigurosa, no se cumplen los presupuestos de la alevosía del art. 22.1º CP), sino que esta desprotección es inherente a la naturaleza de la víctima.

Así pues, tal y como habíamos adelantado, la interpretación actual del Tribunal Supremo puede colisionar con esta nueva circunstancia⁷⁶, lo que

74. Ult. ob. cit.

75. La definición de discapacidad acuñada por el CP tiene su origen en la definición acordada en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 y firmada y ratificada por España, el 3 de mayo de 2008.

76. De hecho, GÓMEZ MARTÍN (“Del homicidio y sus formas”, cit., p. 501.), señala que, en apariencia, esta nueva circunstancia parece recoger “*una modalidad específica de alevosía, por aprovechamiento de una situación de especial indefensión de la víctima de acuerdo con la propia jurisprudencia en materia de alevosía con menores e incapaces*”.

impediría su aplicación en atención al principio *non bis in idem*. En efecto, tanto la alevosía por desvalimiento como esta nueva circunstancia comparten el mismo fundamento, esto es, agravar la conducta homicida de aquél que se aprovecha del que carece de medios para defenderse. En consecuencia, podrá apreciarse una o la otra, pero nunca las dos de forma conjunta. Este conflicto ya fue advertido en su debido momento por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe⁷⁷, pero el legislador finalmente no tuvo en cuenta esta consideración.

A efectos de encontrar un motivo que explique este aparente descuido por parte del legislador, podemos barajar dos hipótesis:

a) El legislador desoyó estas advertencias en la medida que su intención era contraponerse a la doctrina tradicional que considera alevosa toda acción contra los considerados “seres indefensos”, tesis que mantiene el TS, inclinándose a favor, por tanto, de la línea doctrinal contraria. Esto es, el legislador era consciente de que la circunstancia primera del nuevo art. 140.1 sería incompatible con la doctrina del TS, pero mantuvo deliberadamente su redacción con la intención de, precisamente, desplazar dicha doctrina e impedir que las muertes de los “seres indefensos” pudieran ser calificadas de asesinato por alevosía. Así lo entiende SIERRA LÓPEZ, al señalar que “*la interpretación más coherente parece que sea la de que el legislador se ha inclinado por la tesis de un sector doctrinal en relación a la alevosía que considera que en casos de muerte de personas indefensas debería aplicarse el delito de homicidio con la agravante de abuso de superioridad*”⁷⁸. De resultas de ello, concluye que “*la alevosía reduce su contenido ciñéndose a los supuestos en los que el sujeto busca o provoca la situación de aseguramiento e indefensión*”⁷⁹.

77. El CGPJ, en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, había apuntado, en referencia al artículo 140.1, que las “*circunstancias primera y tercera evidencian una tendencia al non bis in idem. En efecto, buena parte de los supuestos a los que se refiere la primera (menor de edad o persona especialmente vulnerable) terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma*”, cit., p. 152.

78. SIERRA LÓPEZ , “Homicidio y asesinato (...”, cit., p. 156.

79. SIERRA LÓPEZ, “Los principales problemas (...”, cit., p. 60.

b) La redacción actual del precepto no tiene por objeto consolidar una línea doctrinal en perjuicio de la otra, sino que obedece a un error del legislador. Es decir, el legislador pretendía que los asesinos de seres indefensos pudieran ser castigados con la grave pena de la prisión permanente revisable, pero no fue consciente de los problemas de *non bis in idem* que eran susceptibles de generarse.

A mi juicio, esta segunda hipótesis es más plausible. La reforma del Código Penal de 2015, en líneas generales, presenta como característica común un mayor endurecimiento de las penas. En el caso del homicidio y el asesinato, se elevan las penas (el asesinato del art. 139 CP pasa de una pena máxima de veinte años de prisión a una de veinticinco) y se añaden nuevas circunstancias agravantes que recogen de forma concreta supuestos especialmente reprobables. De manera que, no parece muy razonable que, dentro de este contexto de escalada e ímpetu punitivo, el legislador haya optado por una interpretación que haga inútil la nueva pena estrella, esto es, la prisión permanente revisable, justamente para aquellos casos que la sociedad considera más graves, a saber, el asesinato de personas totalmente indefensas.

Ahora bien, ¿qué puede haber motivado este importante error? ¿cuál es su posible causa? Para empezar, esta primera circunstancia del art. 140.1 CP parece ser una respuesta concreta del legislador a casos de asesinato muy mediatisados, que han sacudido a la sociedad española en estos últimos años⁸⁰. En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL señalan que el planteamiento del legislador se debe a su afán de hacer Derecho Penal simbólico, de “*demonstrar una teórica inflexibilidad con el delito y de entregar a las víctimas la selección de la política criminal: las reclamaciones de los padres de niñas asesinadas en trágicas circunstancias llevó al Gobierno de la nación a ofrendar la cadena perpetua en el altar del populismo*”⁸¹.

80. Vid. SSTS 1190/2011, de 10 de noviembre (caso Mari Luz); 62/2013, de 29 de enero (caso Marta del Castillo); 587/2014, de 18 de julio (caso Bretón), por ejemplo.

81. ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...”, cit., pp. 317-318.

Este *populismo punitivo* puede acarrear mayores problemas de los que posiblemente llegue a solventar, sobre todo cuando se hacen promesas que luego no pueden ser cumplidas o, en nuestro caso concreto, con preceptos que no son susceptibles de aplicación o que, cuando menos, no podrán aplicarse en toda su extensión, alejándose del fin para el que habían sido concebidos. Así, lo que en un primer lugar parecería ser una medida firme y severa dirigida a calmar los ánimos de las víctimas, puede convertirse en una peligrosa arma de doble filo cuando las mismas escuchen, atónitas, que la pena de prisión permanente revisable no puede serle impuesta al asesino de su hijo de muy corta edad, por ejemplo, por culpa de un defecto legislativo. Es de esperar que si, desafortunadamente, se llega a dar un supuesto así, se acrecentaría tanto el dolor de las víctimas como el clamor de la sociedad en general en reclamación por una justicia más efectiva. Es decir, que se produciría precisamente el efecto contrario que la reforma persigue. Por supuesto, en el centro de todo este caos, en el ojo del huracán, se hallarían los jueces, impotentes a la hora de dar una respuesta satisfactoria a las víctimas, a causa de la negligencia del legislador.

Por lo tanto, muy posiblemente el deseo del legislador por contentar a las víctimas y a los medios de comunicación le han llevado a cometer errores de bulto, traducidos en preceptos que son inservibles para cumplir su cometido. Así pues, al margen de la conveniencia o no de introducir penas tan graves como la prisión permanente revisable junto con circunstancias que justifiquen su aplicación, creo que el legislador, por lo menos, debería haberse preocupado de garantizar la eficacia de los nuevos preceptos.

En cualquier caso, con independencia de la hipótesis por la que nos inclinemos, lo cierto es que esta agravante resulta ser incompatible con el delito de asesinato del art. 139.1.1º CP, siempre y cuando la víctima sea un ser indefenso. Esto es, no podrá aplicarse nunca la pena de prisión permanente revisable al asesino de un bebé pero sí al asesino de un chico de quince años, por ejemplo. Con todo, no habrá problemas en aplicar esta circunstancia cuando el homicidio se haya calificado como asesinato, en base a una circunstancia distinta

de la alevosía (causar la muerte por precio, recompensa o promesa; con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; o para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra), aunque la víctima se trate de un ser indefenso.

Así pues, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, tras la reforma, existen dos posibilidades a la hora de calificar la muerte de un ser indefenso: a) calificarla de homicidio agravado (recordemos que las circunstancias del art. 140.1 CP también son aplicables al delito de homicidio del art. 138 CP); b) calificarla como asesinato alevoso por desvalimiento de la víctima (en caso de que el Tribunal Supremo continúe manteniendo su doctrina de los seres indefensos). En supuestos así, GÓMEZ MARTÍN entiende que la calificación más apropiada sería la de homicidio agravado, al ser ley especial, que desplazaría al asesinato alevoso del art. 139.1.1º CP⁸², aunque otros autores llegan a soluciones diferentes⁸³. En la práctica, habrá que ver si el Tribunal Supremo renuncia a sus pronunciamientos o no.

De todas formas, cabe decir que, con la reforma, se ha producido una práctica equiparación a efectos de pena entre el homicidio agravado (de quince a veintidós años y medio) y el asesinato básico (de quince a veinticinco años), lo que desde el punto de vista de la diferente gravedad de lo injusto no parece respetar los criterios de proporcionalidad y se aleja de nuestra tradición jurídica⁸⁴. Por lo tanto, pese a la defectuosa técnica legislativa empleada por el legislador, se ha conseguido, *de facto*, un aumento punitivo importante. Téngase en cuenta que, antes de la reforma, el asesinato del art. 139 CP iba acompañado de una pena de quince a veinte años, es decir, menos que el nuevo homicidio agravado (de quince a veintidós años y medio).

82. GÓMEZ MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, cit., p. 501.

83. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (“Del homicidio (...)”, cit., p. 481.) dice que en caso de concurso de leyes entre el homicidio agravado y el asesinato básico, debería resolverse a favor de este último por aplicación del art. 8, regla 4º del CP (“*el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*”). Además, entiende que inclinarse por el homicidio agravado sería absurdo por contrariar la asentada doctrina jurisprudencial al respecto.

84. ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, cit., p. 323.

Así pues, quizás la muerte de seres indefensos pase a calificarse, de ahora en adelante, como un homicidio agravado en vez de asesinato, pero en la práctica esto no tendrá grandes consecuencias, ya que en lo referente a la pena, la distinción entre ambos delitos ha quedado notablemente diluida.

En definitiva, los principales problemas que plantea esta primera circunstancia del art. 140.1 CP son, de un lado, la posibilidad de que se den resultados manifiestamente desproporcionados, cuando la especial vulnerabilidad de la víctima no sea apreciable pero el límite objetivo de la edad obligue a su aplicación automática; de otro lado, la concurrencia con la doctrina de los seres indefensos del TS, que impedirá la aplicación de esta circunstancia en los caso de asesinato alevoso en su modalidad de aprovechamiento, obligando a su vez a los tribunales a inclinarse por el asesinato básico o el homicidio agravado, perjudicándose de este modo la seguridad jurídica.

3.2. Segundo problema, las graves consecuencias de la vinculación entre el delito de asesinato y el delito contra la libertad sexual, del art. 140.1.2º CP.

La circunstancia agravante del nuevo art. 140.1.2º CP está redactada en los siguientes términos:

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

Esta segunda circunstancia se apreciará cuando el autor mate a su víctima justo después de haber cometido un delito, consumado o en grado de tentativa, contra la libertad sexual de aquella⁸⁵.

En primer lugar, es preciso resolver cuáles son los fundamentos sobre los que descansa esta circunstancia segunda. No hay una respuesta unánime para esta cuestión, antes al contrario, se han alegado diversos motivos a fin de justificar su inclusión.

Un primer motivo podría fundarse en la voluntad del legislador de castigar al autor que, después de cometer un delito contra la libertad sexual, mata a su víctima para evitar que le delate. Es decir, se castiga la obstaculización en las labores de investigación de la Administración de Justicia, al igual que sucedía en la ya estudiada circunstancia cuarta del artículo 139.1 CP. En este sentido, se ha señalado que, si efectivamente el fundamento de la agravante es la obstaculización a las labores de la Administración de Justicia por el agresor que mata para eludir su identificación, deberían haberse incluido otras posibilidades para el caso en que la víctima del homicidio o asesinato y la del delito sexual sean diferentes pero se hallen vinculadas, como la violación de un menor de corta edad, que no podría identificar al agresor, y el asesinato subsiguiente de sus padres, presentes en los

85. FELIP I SABORIT (“El homicidio”, cit., p. 34) entiende, además, que también se les puede aplicar esta agravante a los *partícipes* del delito contra la libertad sexual y autores del posterior asesinato. Otros, como SIERRA LÓPEZ (“Homicidio y asesinato”, cit., p. 157), entienden precisamente lo contrario (la agravante debe reservarse para los autores de ambos delitos). Personalmente, me inclino por esta última interpretación, pues me parece más acorde con la redacción del precepto.

hechos, que sí podrían hacerlo⁸⁶.

Igualmente, GÓMEZ MARTÍN razona que también se podría concluir que la pretensión de legislador era la de castigar simplemente la acumulación de un determinado delito – un delito contra la libertad sexual – con el homicidio o el asesinato posterior, añadiendo que, de ser así, la “*nueva regulación constituiría una evidente muestra de versari in re illicita, y, en consecuencia, vulneraría abiertamente el principio de proporcionalidad de la pena*”⁸⁷.

Otro motivo podría basarse en razones criminológicas, ya sea por considerar que hay una mayor peligrosidad en los sujetos que cometen esta clase de delitos, o ya sea por el afán de dar una respuesta contundente a una conducta que es calificada por el conjunto de la sociedad de muy grave y altamente reprochable. SIERRA LÓPEZ critica que la específica alusión a los delitos contra la libertad sexual hace pensar que se “*está teniendo en cuenta a un determinado tipo de autor con un mayor grado de perversidad: al móvil sexual se une el de matar*”⁸⁸. En otras palabras, se recurre al Derecho penal de autor para fundamentar esta nueva agravante.

Tal y como ya comentábamos en la introducción del presente trabajo, aparentemente el legislador se ha servido como fuente de inspiración de preceptos que fueron introducidos en tiempos del nacionalsocialismo alemán. Así, el art. §211 del Código Penal alemán, introducido el 15 de septiembre de 1941⁸⁹, establece que asesino es quien “*por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano*”. El asesinato está castigado con

86. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Del homicidio (...)", cit., p. 471.

87. GÓMEZ MARTÍN, “Del homicidio y sus formas", cit., p. 502.

88. SIERRA LÓPEZ, “Homicidio y asesinato (...)", cit., p. 157.

89. El art. §211 del Código Penal alemán solamente ha sido reformado en dos ocasiones, en primer lugar, para sustituir la pena de muerte, que la redacción original contemplaba, por la cadena perpetua (reforma de 1 de octubre de 1953) y en segundo lugar, para sustituir la cadena perpetua por la prisión permanente (reforma de 1 de septiembre de 1969). En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)", cit., p. 316.

la “*pena privativa de la libertad de por vida*”. Nótese la influencia de este precepto en las distintas circunstancias que hemos ido estudiando, empezando por la descripción de “*para facilitar otro hecho o para encubrirlo*” (a imagen y semejanza de nuestra circunstancia cuarta del art. 139.1 CP), pasando por la introducción de la prisión permanente revisable y acabando en los motivos de “*satisfacer el instinto sexual*” o “*de otra manera por motivos bajos*”, que se corresponden con la circunstancia segunda del art. 140.1 CP que ahora estudiamos.

Cabe decir que este artículo §211 del Código Penal alemán se considera obsoleto, si no directamente censurable por anacrónico, en los ámbitos académicos y políticos alemanes⁹⁰, de manera que la decisión de nuestro legislador de tomarlo como referencia resulta ser bastante desafortunada, si es que realmente esa ha sido su intención, tal y como aparenta.

En último lugar, GOYENA HUERTA ha apuntado como posible fundamentación la necesidad de poner fin a “*la anómala situación penológica que se producía en los casos de homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual especialmente grave, para los que el principio de la acumulación jurídica de las penas del art. 76 CP cercenaba – cuando no anulaba – la eficacia real de una de las penas*”⁹¹. Así, mientras que antes de la reforma la comisión de un delito contra la libertad sexual especialmente grave y su posterior homicidio o asesinato suponían una pena conjunta de un máximo de veinte o veinticinco años de prisión, respectivamente, con la inclusión de esta nueva circunstancia la pena máxima pasa a ser, en caso de homicidio, de treinta años de prisión, y, en caso de asesinato, la prisión permanente revisable.

En fin, de nuevo, el legislador no ha dado absolutamente ninguna explicación, siquiera una pista, acerca de los motivos que justifican la aparición de

90. ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...”, cit., p. 316.

91. GOYENA HUERTA, J., “Artículo 140”, en GÓMEZ TOMILLO, M. , *Comentarios prácticos al Código Penal: Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Tomo II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 62-63.

esta nueva circunstancia, por lo que no disponemos de una respuesta que nos pueda ayudar a darle sentido a esta nueva agravación. De hecho, tampoco podemos saber a ciencia cierta por qué el legislador ha seleccionado única y exclusivamente los delitos contra la libertad sexual, cuando se podrían haber considerado otros delitos atentatorios a intereses personalísimos de la víctima, como por ejemplo un delito de detenciones ilegales o de secuestro, en lugar de limitar el alcance de la agravante a solo los delitos sexuales⁹².

Dejando al margen la cuestión de su fundamento, a la redacción de esta agravante se le pueden formular cuatro críticas:

a) Primera, se ha optado simplemente por un “delito contra la libertad sexual”, categoría muy amplia que abarca diversos delitos de gravedad dispar, que pueden ir acompañados de penas que van desde meras multas a ingresos en prisión de hasta quince años, cuando lo más lógico hubiera sido distinguir entre los mismos y seleccionar exclusivamente, a efectos de apreciar esta circunstancia, aquellos delitos contra la libertad sexual más graves. De esta forma, con la redacción actual, por ejemplo, se produce en la práctica una completa equiparación entre aquellos delitos más graves con los más leves. Así, es indiferente que el autor, antes de asesinar a su víctima, haya cometido sobre la misma un delito de violación del art. 179 CP (de seis a doce años de prisión) o un delito de abusos sexuales del art. 181 CP (de uno a tres años), pues en ambos casos se le castigará con la prisión permanente revisable. Huelga decir que este tratamiento homogéneo e indiferenciado de todos los delitos contra la libertad sexual es poco respetuoso con el principio de proporcionalidad.

b) Segunda, el legislador recoge solamente la *libertad sexual* cuando debería haber añadido también la *indemnidad sexual*, de esta manera aquellos sujetos pasivos que, por razón de su edad o incapacidad, carezcan de la autonomía necesaria para determinar su comportamiento en el ámbito sexual⁹³, también

92. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Del homicidio (...)”, cit., pp. 470-471.

93. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 209.

hubiesen quedado incluidos dentro de esta circunstancia. La redacción actual, interpretada de forma restrictiva, como no puede ser de otro modo en atención al principio de taxitividad legal e interpretativa de nuestro Derecho Penal, deja fuera del ámbito de protección a las víctimas menores de dieciséis años⁹⁴ y a los incapaces, en la medida que el bien jurídico protegido con respecto a estas personas es la indemnidad – y no libertad – sexual. Por ello, esta circunstancia no podrá aplicarse al autor de un delito contra la libertad sexual y del subsiguiente delito de homicidio o asesinato, cuando la víctima sea menor de dieciséis años o incapaz.

En este caso, a diferencia de lo que sucedía con la circunstancia primera del art. 140.1 CP antes estudiada, es aparentemente imposible encontrar hipótesis o argumento alguno que excuse al legislador de este descuido. La doctrina que distingue entre libertad sexual e indemnidad sexual está totalmente asentada, tanto es así que el propio Título VIII del Código Penal, que contiene los delitos de esta naturaleza, se rubrica “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”. Igualmente, el principio de taxatividad obliga al legislador a delimitar claramente lo que se castiga mediante la norma penal⁹⁵, lo que implica, a su vez, interpretar la ley rigurosa y restrictivamente. En consecuencia, el legislador debería haber sido plenamente consciente de las graves consecuencias que tendría el hecho de no hacer referencia a la indemnidad sexual. Por otro lado, en caso de que la omisión fuese deliberada, ¿qué sentido podría tener excluir a los menores de dieciséis años y a los incapaces del ámbito de protección de esta circunstancia? No encuentro respuesta a este interrogante. Todo ello me lleva a concluir que la omisión de la indemnidad sexual es fruto de un error difícilmente excusable. De plantearse un supuesto en el que una víctima menor de dieciséis años sea agredida sexualmente y luego asesinada, los tribunales estarán impedidos para aplicar esta circunstancia, salvo que realicen interpretaciones extensivas que vayan más allá de la literalidad del precepto, alternativa esta que no sería admisible.

94. Actualmente, la edad de consentimiento sexual está fijada en los dieciséis años (art. 183.1 CP).

95. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 105.

c) Tercera, la elección del término *subsiguiente*⁹⁶ puede ser problemática. En efecto, según su significado, debe interpretarse que el asesinato ha de cometerse inmediatamente después del delito contra la libertad sexual. En consecuencia, si el asesinato se comete unos días o incluso unas pocas horas después, no procederá la aplicación de esta agravante⁹⁷. Asimismo, tampoco podrá apreciarse su concurrencia cuando la muerte se produzca durante la ejecución del delito contra la libertad sexual, por ejemplo a causa de las lesiones que se pueden producir durante una agresión sexual⁹⁸. Por todo ello, ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL señalan que “*hubiera sido más coherente construir la circunstancia refiriéndose no a un homicidio subsiguiente sino a uno «acompañante» (con motivo u ocasión) al delito sexual de que se trate*”⁹⁹. Mediante esta formulación, se incluirían también los asesinatos cometidos durante el atentado contra la libertad sexual.

d) Cuarta y última, es predecible la aparición de conflictos concursales entre esta circunstancia segunda y el artículo 139.1.4º CP, en concreto en su segunda modalidad (“*para evitar que se descubra*”). No es difícil imaginar supuestos en los que el autor, después de cometer el delito contra la libertad sexual, mate a su víctima para evitar que le delate. En casos así, los hechos encajarían con los requisitos de ambos preceptos. Sin embargo, como señala SIERRA LÓPEZ, no podrían apreciarse los dos preceptos a la vez, pues de lo contrario se estaría infringiendo el principio de legalidad *non bis in idem*¹⁰⁰.

A modo de ejemplo, imagínese el caso de una víctima de un delito de acoso sexual (art. 184 CP) asesinada posteriormente por el autor de dicho delito para procurarse su encubrimiento. ¿Cómo puede resolverse este supuesto? En mi opinión, debería aplicarse el artículo 139.1.4º CP, en atención al principio de

96. La Real Academia Española define “subseguir” en los siguientes términos: “*Dicho de una cosa: seguir inmediatamente a otra*”.

97. MUÑOZ CUESTA/ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Cuestiones Prácticas*, cit., p. 119.

98. FELIP I SABORIT, “*El homicidio (...)*”, cit., p. 34.

99. ÁLVAREZ GARCÍA/ VENTURA PÜSCHEL, “*Delitos contra la vida humana independiente (...)*”, cit., p. 323.

100. SIERRA LÓPEZ, “*Los principales problemas (...)*”, cit., p. 62.

especialidad del art. 8.1º CP¹⁰¹, puesto que se ajusta con más precisión al caso concreto, en la medida que se ha matado para *evitar que se descubra* el delito de acoso sexual precedente. Es decir, ha existido una relación medio-fin entre ambos delitos, un plus que la circunstancia segunda del art. 140.1 CP no exige.

A propósito de la relación entre estas dos circunstancias, GÓMEZ MARTÍN, entre otros¹⁰², considera que únicamente cuando se cumplan los presupuestos de la circunstancia del art. 139.1.4º CP, a saber, que el asesinato se perpetre para encubrir el delito anterior (el delito contra la libertad sexual), podrá apreciarse la concurrencia de la agravante del art. 140.1.2º CP. De lo contrario, señala, se “*provocaría la incongruencia valorativa de exigir menos para lo que con mayor pena está castigado*”¹⁰³. Como ya hemos visto, la agravante del art. 139.1.4º CP exige que entre los dos delitos exista una relación medio-fin, algo que no se exige en la circunstancia del 140.1.2º CP, que simplemente requiere que el delito de homicidio o asesinato sea subsiguiente al delito contra la libertad sexual. Personalmente, no considero que deba realizarse esta interpretación sistemática entre ambos preceptos, a efectos de exigir esta acumulación de requisitos para la circunstancia del 140.1.2º CP.

Finalmente, se nos presenta un ulterior problema relacionado con los conflictos concursales, en concreto, respecto a cómo calificar el supuesto que describe esta segunda circunstancia del art. 140.1 CP. Hay dos posibilidades:

a) Apreciar la existencia un delito de homicidio/asesinato agravado por la circunstancia del art. 140.1.2º, en concurso real con un delito contra la libertad sexual. Esta solución no sería posible en caso de entenderse que el bien jurídico protegido por la agravante del art. 140.1.2º es la libertad sexual, en tanto en cuanto se generaría un problema de *non bis in idem* con el delito contra la libertad sexual que, naturalmente, también protege el mismo bien jurídico. De esta manera, la única solución posible es, a mi juicio, entender que el art. 140.1.2º CP se

101. El art. 8.1º CP señala que, en caso de que los hechos sean susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del CP, “*el precepto especial se aplicará con preferencia al general*”.

102. En el mismo sentido, SIERRA LÓPEZ, “Homicidio y asesinato (...)", cit., p. 157.

103. GÓMEZ MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, cit., p. 502.

fundamenta en la *perversidad del delincuente sexual*. En otras palabras, hay que acudir necesariamente al Derecho penal de autor para poder calificar los hechos como un delito de homicidio/asesinato agravado por la circunstancia del art. 140.1.2º CP en concurso real con el delito contra la libertad sexual. Esta solución es poco satisfactoria ya que daña el principio inspirador de nuestro Derecho penal, en virtud del cual nuestro Derecho penal se centra en los hechos, en lugar de en el autor y sus características personales.

b) La segunda posibilidad consiste en apreciar la existencia de solamente un delito de homicidio/asesinato agravado por la circunstancia del art. 140.1.2º CP. En esta segunda opción, se entiende que hay un concurso de leyes entre el homicidio agravado/asesinato hiperagravado y el delito contra la libertad sexual, quedando este último absorbido por el primero. Según esta solución no se vulnera el principio *non bis in idem* ni tampoco hay que recurrir al Derecho penal de autor. Ahora bien, en este caso no se tiene en consideración la gravedad del delito contra la libertad sexual, puesto que, igual pena le corresponderá al autor de un delito de acoso sexual que al de un delito de agresión sexual, por ejemplo. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ señala que esta segunda posibilidad no parece muy atendible, toda vez que el propio artículo alude a un hecho subsiguiente al delito contra la libertad sexual y, por lo tanto, diferente al mismo, por lo que “*no cabría entenderlo como comprensivo de su desvalor*”¹⁰⁴.

Por tanto, ya nos inclinemos por una posibilidad u otra, lo cierto es que las soluciones a las que conducen resultan ser, en ambos casos, problemáticas y poco satisfactorias.

104. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Del homicidio (...)", cit., p. 472.

4. CONCLUSIONES.

A tenor de los preceptos estudiados a lo largo de este trabajo, se observan una serie de problemas que han ido apareciendo de forma reiterada y que pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

a) Falta de fundamentación en general por parte del legislador. En efecto, en todos y cada uno de los preceptos reformados ha quedado patente la ausencia total de explicaciones por el legislador a efectos de justificar las novedades introducidas. Teniendo en cuenta la gravedad de las penas que acompañan a algunos de los nuevos preceptos, resulta inexcusable que no se expongan los razonamientos que hayan llevado a su inclusión. Una reforma debidamente motivada da sentido a su propia existencia, puede explicar al ciudadano por qué el Estado cree conveniente castigar unos comportamientos de forma más dura que otros y qué fines espera lograr de esta manera y, también, ayuda a jueces, fiscales y estudiosos del Derecho, en general, a interpretar mejor el sentido de los nuevos preceptos, para así solventar con más precisión los problemas que los mismos generen. Por el contrario, la inexistencia de motivación por parte del legislador, como ocurre en los preceptos estudiados, obliga a adentrarse en el terreno de las suposiciones, facilitándose, así, que nazcan corrientes doctrinales divergentes, jurisprudencia contradictoria y, en suma, una pluralidad de interpretaciones diferentes para justificar la reforma. La tarea de motivar las novedades legislativas, entiendo, le corresponde al legislador, pues es quien las lleva a cabo y quien tiene la obligación para con los ciudadanos, a los que se debe, no sólo de explicarles detalladamente el motivo de sus actos, sino también, sobre todo, de aportarles seguridad jurídica.

b) Redacción en ocasiones oscura, confusa, cuando no defectuosa, que suscita muchas dudas interpretativas. Así pues, tal y como se ha ido constatando, la redacción de los preceptos reformados es poco afortunada. Se han elegido términos, expresiones o construcciones gramaticales que en no pocas ocasiones son susceptibles de varias interpretaciones, todas ellas, en principio, válidas. Otras veces, los términos utilizados – o también los que son obviados – parecen dejar

fuera del ámbito de protección de la norma a grupos que, dado el carácter general de la reforma, debería incluir, como sucede con la circunstancia segunda del art. 140.1 CP, al no hacer mención la *indemnidad sexual* de la víctima. De nuevo, esta falta de precisión en la redacción, junto a la falta de fundamentación a la que antes aludíamos, constituyen, de nuevo, un atentado contra la seguridad jurídica de nuestro Derecho Penal. De este modo, serán los Tribunales los encargados de ir delimitando poco a poco el sentido de los nuevos preceptos, ardua tarea que el legislador les ha trasladado.

c) Finalmente, la aparición de problemas concursales inexistentes hasta la fecha. Ciertamente, todos los preceptos estudiados plantean problemas de esta naturaleza y tienden a lesionar el principio *non bis in idem*. De esta manera, la colisión entre ciertos preceptos incompatibles comportará su inaplicación, lo que puede impedir, a su vez, la imposición de la pena estrella de la reforma, esto es, la prisión permanente revisable. Por tanto, el legislador no ha sido todo lo cuidadoso que debiera a la hora de introducir las circunstancias agravantes estudiadas, puesto que debería haberse cerciorado antes de que, efectivamente, se podrían aplicar sin lesionar el principio *non bis in idem*, y poder servir, así, al fin de la reforma, cualquiera que sea éste. En fin, esta cuestión también será una fuente de controversias importante, como no podría ser de otro modo.

Por todo lo expuesto, debe concluirse que la reforma del Código Penal del 2015, a través de las LO 1 y 2/2015, de 30 de marzo, por lo menos en relación con los cambios efectuados en los artículos 139 y 140 CP, es sumamente deficiente. Se trata de una reforma sin fundamentos claros que la justifiquen, ciertamente malograda en el aspecto técnico y rayana a menudo en el despropósito y que, incluso, será de imposible aplicación en determinados supuestos. Dejando al margen cuestiones sobre la necesidad del incremento punitivo experimentado – en atención a la realidad criminológica de nuestro país –, así como sobre la conveniencia de la introducción de la prisión permanente revisable o el castigo más duro de un perfil de autor en concreto y, en suma, con independencia del enfoque político-criminal que se le haya querido dar a la reforma, lo cierto es que

el mínimo exigible es que dicha reforma se hubiese llevado a cabo de forma metódica, meticulosa, diligente y concienzuda, a fin de prevenir, en la medida de lo posible, los eventuales defectos y solventarlos de antemano. Sin embargo, no ha sido este el caso. Tanto es así, que el legislador ha resultado ser negligente por no haber atendido a las recomendaciones del CGPJ y del Consejo Fiscal, contenidas en sendos Informes, así como a las advertencias de parte de la doctrina científica, que ya apuntaron sobre los problemas venideros en sus análisis doctrinales al Anteproyecto. Así pues, la voluntad del legislador de dar respuesta al anhelo punitivo de la sociedad, especialmente al de las víctimas, debería haber ido acompañada de un mejor hacer.

En consecuencia, la única conclusión posible, a mi parecer, es que el Código Penal del 2015 debería ser objeto de otra reforma que enmendara todos sus defectos o, alternativamente, debería ser directamente derogado, en beneficio de la anterior redacción de nuestro Código Penal.

Bibliografía:

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./ VENTURA PÜSCHEL, A., “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- FELIP I SABORIT, D., “El homicidio y sus formas”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., [et al.], *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo”, en MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *La reforma del Código Penal de 2015: conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. La Ley, Madrid, 2015.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Del homicidio y sus formas”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.)/ VERA SÁNCHEZ, J.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.)/ GÓRRIZ ROYO, E./ MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2^a edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- GOYENA HUERTA, J., “Artículo 22”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal: Parte General. Artículos 1-137*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

- GOYENA HUERTA, J., “Artículo 139”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal: Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Tomo II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- GOYENA HUERTA, J., “Artículo 140”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal: Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Tomo II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F. (Dir.)/ DEL CARPIO DELGADO, J./ GALÁN MUÑOZ, A. (Coords.), *Ánálisis de las reformas penales: presente y futuro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CUESTA, J./ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- MUÑOZ RUIZ, J., “Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

- PANTALEÓN DÍAZ, M./ SOBEJANO NIETO, D., “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 29, 2014, pp. 213-237, en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/667605> [visitado el 14/02/16].
- SIERRA LÓPEZ, M.V., “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 de Derecho y Proceso Penal*, nº 33, 2014.
- SIERRA LÓPEZ, M.V., “Los principales problemas que suscita el delito de asesinato en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013”, en MUÑOZ CONDE, F. (Dir.)/ DEL CARPIO DELGADO, J./ GALÁN MUÑOZ, A. (Coords.), *Ánalisis de las reformas penales: presente y futuro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.)/ GÓRRIZ ROYO, E./ MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015.

Agradecimientos:

Quiero expresar mi más sincero agradecimiento a la Dra. María José Cuenca García, directora de este trabajo, por toda su ayuda, paciencia y dedicación.

