

PROBLEMAS INTERPRETATIVOS Y DE “NON BIS IN IDEM” SUSCITADOS POR LA REFORMA DE 2015 EN EL DELITO DE ASESINATO

MARÍA JOSE CUENCA GARCÍA*

Fecha de recepción: 25/11/2015

Fecha de aprobación: 08/05/2016

RESUMEN: El presente artículo analiza los principales problemas interpretativos y aplicativos que plantea la última reforma del asesinato por LO 1/2015. Por un lado, el peligro de bis in ídem que encierra la nueva circunstancia del tipo básico consistente en actuar: “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra” (art. 139.1, 4ª CP), que inevitablemente confluirá con la norma sancionadora de ese otro delito final o previo. Por otro lado, los problemas de delimitación de los “asesinatos especialmente graves”, por razón de la menor edad o especial vulnerabilidad de la víctima (art. 140.1.1ª CP), que invaden el terreno de lo que hasta la fecha se había considerado asesinato alevoso; así como de la nueva modalidad de asesinato, subsiguiente a un delito contra la libertad sexual (art. 140.1.2ª CP), que constituye una nueva muestra de populismo punitivo, que inexorablemente se traduce en normas carentes de toda justificación racional y ámbito aplicativo certero.

PALABRAS CLAVE: asesinato, alevosía, non bis in idem, concursos, populismo punitivo.

SUMMARY: *This article analyzes the main problems of interpretation and application which the last reform of the murder by LO 1/2015 raises. On the one hand, the danger of double jeopardy enclosing the new circumstances of basic type consisting on acting: “to facilitate the commission of another crime or to prevent discover” (Art. 139.1, 4th CP), which inevitably will converge with the sanctioning rule of that other*

* Profesora Agregada de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona.

final or prior offense. On the other hand, the problems of delimitation of the “particularly serious murders”, because of the nonage or special vulnerability of the victim (art. 140.1.1ª CP), which encroach upon what had been considered murder in a cold-blooded manner so far; as well as upon the new form of murder, subsequent to an offense against sexual freedom (art. 140.1.2ª CP), which is a new sign of punitive populism, which inevitably leads to rules lacking any rational justification rules and accurate scope of applicability

KEYWORDS: *murder, premeditation, non bis in idem, contests, punitive populism*

SUMARIO: I. Consideraciones generales sobre la reforma. II. La circunstancia de la alevosía en el delito de asesinato: 1. Breve evolución desde su codificación. 2. Naturaleza de la circunstancia. 3. El elemento de “la indefensión” de la víctima. III. Alcance de la reforma en relación a la alevosía. IV. La nueva circunstancia típica del asesinato: la finalidad de facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA.

Toda reforma penal debe estar justificada en su necesidad u oportunidad, en la que debe reflejarse la cambiante realidad social, adaptando las respuestas normativas a sus transformaciones. Pero es igualmente cierto, como señala la Fiscalía General del Estado, que el Código Penal en tanto que protege los bienes jurídicos más importantes y “en cuanto incorpora el catálogo de sanciones más graves a los ataques más intolerables a esos bienes jurídicos, debe estar presidido por la certeza, la seguridad jurídica y la taxatividad”¹.

Asimismo, toda reforma penal, como la recientemente aprobada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, debe limitarse a los supuestos estrictamente necesarios, buscando el mayor consenso entre los diferentes grupos políticos, con especial atención a la doctrina científica, la jurisprudencia y el Derecho comparado.

Sin embargo, la realidad es otra. En primer lugar, las continuas modificaciones en el ámbito penal español están lesionando el principio de seguridad jurídica, reconocido en el art. 9.3 CE y el principio de legalidad, arts. 9.3 y 25.1 CE, que en sentido estricto se identifica con el principio de determinación y certeza normativa de la conductas ilícitas y de

¹ Informe del Consejo Fiscal (CF), de 8 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pág. 3

las sanciones correspondientes². Y, en segundo lugar, la presente reforma, y en particular la nueva tipificación del delito de asesinato, así como las circunstancias agravatorias del mismo, objeto de este estudio, se encuentran desprovistas de toda justificación. De una parte, los cambios tan sustanciales que se han producido en este tipo penal no responden a una demanda doctrinal, ni jurisprudencial, ya que se trata de una figura delictiva tradicionalmente consolidada³. Y, de otra, el legislador no explica las razones que le han llevado a esta modificación de calado, ya que en el Preámbulo de la ley (X) sólo manifiesta lo siguiente:

La reforma prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, que son ahora definidos en el artículo 140 del Código Penal: asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie.

Se revisa la definición de asesinato (no agravado), que pasa a incluir los supuestos en los que se causa la muerte de otro para facilitar la comisión de otro delito o evitar su descubrimiento. Y se amplía el marco penal dentro del cual los tribunales deben fijar la pena justa, si bien se mantiene la imposición de la misma en su mitad superior en los casos de concurrencia de varias de las circunstancias que cualifican el asesinato.

Ante la falta de aclaración sobre los motivos concretos, quizás la explicación pueda encontrarse en el Derecho comparado, en concreto en el Derecho penal alemán⁴, como veremos posteriormente.

En cuanto al propósito general de la reforma, según el Preámbulo (I), éste radica en *la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia*, para ello es preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno, se introduce la prisión permanente revisa-

² SSTC núm. 22/1990, de 15 de febrero y núm. 276/1994, de 17 de octubre.

³ SIERRA LÓPEZ, M^a del 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*, núm. 33, 2014, pág. 134.

⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./VENTURA PÜSCHEL, A., “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)”, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 315 y ss. PEÑARANDA RAMOS, E., “Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP”, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Álvarez García, F.J. (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 483 y ss.

ble para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandan una pena proporcional al hecho cometido. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato, (...), y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto.

Por su parte, el Informe del CGPJ apunta otros propósitos del legislador: en primer lugar, que han sido razones de oportunidad las que le han llevado a proponer tales medidas, no debiendo ampararse en la imagen y funcionamiento de la Administración de Justicia, que necesitaría de otro tipo de reformas dirigidas a agilizar la sobrecarga de los órganos judiciales. Y, en segundo lugar, el legislador parece preocuparse por responder a las demandas de la sociedad, puesto que, si bien es cierto que los denominados “juicios paralelos” pueden condicionar la opinión pública y defraudarla ante resoluciones judiciales que no responden a sus expectativas “de mayor rigor o ejemplaridad”, en ningún caso esas razones justificarían que las normas penales se adaptaran a lo que la sociedad demanda⁵.

En el delito de asesinato, la pena de prisión, y en especial, la prisión permanente revisable, recupera versiones de las ideas de intimidación y retribución, más propias del Derecho penal tradicional⁶. A estos fines respondería la elevación del límite máximo de la pena de prisión prevista en el tipo básico del art. 139.1 CP hasta los veinticinco años. Asimismo, la ampliación del marco penal, que pasa de ser de cinco a diez años, fijando un marco penal tan extenso que, como recoge el Informe del CGPJ, “puede hacer ilusoria la exigencia de la determinación de la pena en el precepto penal inherente al principio de legalidad penal”,

⁵ Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), de 16 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, págs. 9 y ss. Como ya apuntaba MUÑOZ CONDE (“Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 de noviembre de 2008”, *Revista Penal*, núm. 24, julio 2009, págs. 108 y ss.), a raíz del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, de 14 de noviembre de 2008, el legislador, en su Exposición de Motivos, ya venía a decir que debía procederse “a adoptar las normas penales a lo que la sociedad demanda”, aunque sea a costa de la seguridad, confianza y estabilidad del sistema. Puede trasladarse a la reforma actual, la reflexión que ya entonces hizo Muñoz Conde: estamos ante un proceso de deterioro del Derecho Penal del Estado de Derecho, “en aras de una pretendida eficacia de las normas penales en la lucha contra la delincuencia”.

⁶ Cabe recordar que la LO 8/1983, de 25 de junio, modificó la pena del delito de asesinato (art. 406 CP), elevando el límite mínimo a veintiséis años, ocho meses y un día, con un máximo de treinta años (Reclusión mayor en su grado máximo).

arts. 25.1 y 9.3 CE⁷. En efecto, este nuevo marco penal de quince a veinticinco años contradice el principal objetivo de la reforma que, como ya se ha apuntado y en atención a lo que dispone el Preámbulo de la ley en su apartado I: se encuentra en la necesidad de poner a disposición de la Administración de Justicia “un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles”⁸, pues la mayor amplitud del margen de recorrido en la determinación judicial de la pena disminuye las posibilidades de anticipar el concreto contenido de la condena. Asimismo, tampoco se ajusta a esta idea de la “previsibilidad” de las resoluciones judiciales la nueva pena de prisión permanente revisable, que acompaña al tipo agravado del asesinato del art. 140 CP.

Respecto a esta nueva pena, Peñaranda Ramos entiende que, no es la previa existencia de casos especialmente graves de asesinato lo que justifica la introducción de la misma, sino a la inversa, es la nueva pena de prisión la que explica la también nueva modalidad de asesinato, perfilando así “algunos supuestos de asesinato con tintes tan odiosos que prácticamente resultase indiscutible la justicia de su imposición”⁹. Sin embargo, coincido con Álvarez García y Ventura Püschel, en que aquí surge de nuevo el Derecho penal simbólico, entregando a las víctimas el diseño de la política criminal, de manera que se da respuesta “a las reclamaciones de los padres de niñas asesinadas en trágicas circunstancias”¹⁰.

El resultado de estos nuevos marcos penales lleva aparejado el incumplimiento de las exigencias que establece el Ordenamiento Jurídico de: “determinación” de la pena, inherente al principio de legalidad penal; de sus fines resocializadores, infringiéndose su naturaleza humanitaria,

⁷ Informe del CGPJ, de 16 de enero de 2013, cit., pág. 151.

⁸ PEÑARANDA RAMOS, “Delito de asesinato (...)”, ob.cit., págs. 482-483. Junto a la previsibilidad de las resoluciones, el legislador en el Preámbulo de la Ley nos dice que la ampliación del marco penal se justifica para que los tribunales puedan fijar “la pena justa”. Ahora bien, como destaca DEL CARPIO DELGADO (“La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8004, 2013, pág. 3) “lo cierto es que esta “justicia” sólo podrá traducirse en la posibilidad de imponer una pena más grave”, al ampliarse el límite temporal máximo, manteniendo el límite mínimo.

⁹ PEÑARANDA RAMOS, “Delito de asesinato (...)”, ob.cit., págs. 487 y ss. En similar sentido SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ (“Del Homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss.)”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J.L. (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 473) quien, además, denuncia que con esta “artificiosa y compleja construcción jurídica” el legislador ha renunciado a adoptar estrategias preventivo generales o preventivo especiales “socialmente útiles”.

¹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, ob.cit., págs. 317-318.

con las previsiones excesivamente largas de las mismas; así como, de la necesaria proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito. En suma, en los nuevos marcos penales del delito de asesinato se enfatiza el carácter afflictivo de la pena de prisión.

Al inicio de estas páginas ya se ha apuntado la innecesaria reforma del delito de asesinato, en tanto en cuanto no responde, ni a demandas doctrinales, ni jurisprudenciales, ni a razones de política criminal. Asimismo, como es sabido, toda reforma penal debe sustentarse en los principios de legalidad, de intervención mínima, de proporcionalidad y de reinserción social, que en la presente no quedan garantizados. Todo ello motiva el estudio de algunos aspectos de este delito, para poder aportar alguna que otra luz a los interrogantes que su lectura suscita. Más aún, cuando el legislador de 2015 abandona la opción adoptada por el legislador de 1995, en la que, de una parte, redujo de un modo significativo el ámbito del delito de asesinato y, de otra, lo fundamentó en un derecho penal del hecho, suprimiendo rasgos propios de un derecho penal de autor¹¹, que parecería recuperar la reforma.

En cuanto al tipo básico del delito de asesinato, la reforma introduce una cuarta circunstancia: *“para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”*, de la que el Preámbulo de la ley no da justificación alguna. Por su parte, el Informe del Consejo Fiscal va más allá, aconsejando su supresión y señala que, no sólo suscitará problemas concursales “de difícil resolución a la hora de calificar el delito facilitado o encubierto”, sino que incluso podrá llegar a lesionarse el principio *non bis in ídem*¹².

De nueva redacción es el tipo del art. 140 CP, que recoge los considerados “asesinatos especialmente graves”, de los que en el presente trabajo se estudiarán las dos primeras circunstancias por los problemas de solapamiento normativo que se advierten y a cuyo esclarecimiento pretenden contribuir estas páginas: “1ª. *Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*” art. 140.1.1ª CP; “2ª. *Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*” art. 140.1.2ª CP. En la primera de ellas, existe un problema de delimitación entre el asesinato con alevosía del tipo básico del art. 139.1.1ª CP y el asesinato cualificado por razón del sujeto pasivo del art. 140.1.1ª CP, que, de no esclarecerse, evidencia, como señala el

¹¹ LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 36.

¹² Informe del Consejo Fiscal (CF), de 8 de enero de 2013, cit., pág. 125.

Informe del CGPJ “una tendencia al *non bis in idem*”¹³, puesto que en atención a la construcción jurisprudencial de la alevosía buena parte de los supuestos de la minoría de edad o persona especialmente vulnerable terminarán en aquella. El ámbito de aplicación de la segunda circunstancia resulta confuso, dado que podemos encontrarnos ante casos susceptibles de incluirse en la nueva circunstancia cuarta del tipo básico del delito de asesinato, así como en el tipo cualificado.

Como fácilmente puede advertirse, la complejidad aplicativa que plantean las nuevas figuras contrasta con el ideal de la “previsibilidad” que promete el Preámbulo de la reforma. Las nuevas figuras delictivas no están determinadas normativamente, en otras palabras, no están definidas de manera suficientemente precisas, lo que puede provocar una gran inseguridad jurídica al trasladar a los jueces los problemas interpretativos que debiera haber evitado el legislador; abriendo la posibilidad de “resoluciones divergentes ante casos similares”, en detrimento del principio de igualdad¹⁴.

II. LA CIRCUNSTANCIA DE LA ALEVOSÍA EN EL DELITO DE ASESINATO

1. BREVE EVOLUCIÓN DESDE SU CODIFICACIÓN

La circunstancia de alevosía ha estado presente a lo largo de toda la codificación penal española. Aparece ya en el primer Código Penal de 1822, únicamente como circunstancia calificativa del asesinato (art. 609), como la previa acechanza, la traición, la sorpresa y la indefensión de la víctima, para cometer el delito con seguridad y sin riesgo del agresor¹⁵.

¹³ Informe del CGPJ, de 16 de enero de 2013, cit., pág. 152.

¹⁴ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, ob.cit., págs. 318-319.

¹⁵ El art. 609 disponía: “Son asesinos los que matan a otra persona no solo voluntariamente y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: (...)”

2) Con previa acechanza, ya aguardando a la persona asesinada, o a la tenida en lugar suyo, en uno o más sitios para darle muerte (...).

3) Con alevosía o a traición sobre seguro, ya sorprendiendo, descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato, ya emplazándola en una riña o pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor; o para quitar la defensa al acometido”.

Por tanto, ya en esta regulación se encuentran presentes las notas que la caracterizan: la traición y actuación sobre seguro, la sorpresa, la indefensión de la víctima, la ausencia de riesgo para el agresor y la eliminación de la posible defensa del ofendido¹⁶.

Con el Código de 1848, la alevosía pasa a encuadrarse también entre las agravantes genéricas (art.10.2) que disponía: “*el ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro*”¹⁷. El legislador prefirió entonces una definición escueta frente al carácter descriptivo del CP de 1822, en la que se encuentra presente tanto la idea de la indefensión (*traición*) como la exigencia del aseguramiento (*sobre seguro*).

En la reforma parcial del CP de 1850, el delito de asesinato mantiene el mismo contenido que el anterior, pero aparece recogido en el art. 333, y lo que se modifica es la redacción de la circunstancia genérica. En ella se sustituye la conjunción copulativa “y” por la disyuntiva “o”, generando gran confusión en su aplicación, lo que originó “una desigualdad en el castigo de hechos idénticos”¹⁸.

Es el Código Penal de 1870 el que incorpora a su art. 10.2 la definición de alevosía que se ha mantenido hasta la actualidad: “*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución, que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido*”¹⁹.

Como subraya Altés Martí, con la regulación del CP 1870 se inicia una nueva etapa en la definición de la alevosía, favorablemente acogida por la doctrina, que la valoró positivamente: su limitación a los delitos contra las personas, y la descripción detallada y clara que permitirá a los tribunales “una pauta precisa en orden a su aplicación”. Sin embargo, la referencia “a la situación de indefensión del ofendido” y la derogación del infanticidio, llevaría a una interpretación extensiva de la alevosía²⁰.

¹⁶ CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La alevosía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, págs. 21 y ss; ALTÉS MARTÍ, M.A., *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la Agravante del Nº. 1 del Art. 10 del Código Penal)*, Universidad de Valencia, 1982, págs. 18 y ss; MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, págs. 14 y ss.

¹⁷ En el Código de 1848 el delito de asesinato se recoge en el art. 324 CP.

¹⁸ ALTÉS MARTÍ, *La alevosía*, ob.cit., pág. 26; MARTÍN GONZÁLEZ, *La alevosía* (...), ob.cit., pág. 18.

¹⁹ La definición original decía “efectuar” y no “ejecutar”, pero se establece su sustitución por el Decreto de 1 de enero de 1871, vid. ALTÉS MARTÍ, *La alevosía*, ob.cit., pág. 27.

²⁰ ALTÉS MARTÍ, *La alevosía*, ob.cit., págs. 26 y ss.

En el Código Penal de 1928 el asesinato se ubica en el art. 519 y la alevosía resulta de nuevo formulada. El art. 66.1 señala:

“Ejecutar el hecho con alevosía; entendiéndose que la hay cuando se obra a traición, sobre seguro, o cuando dadas las condiciones personales del agresor y agredido, o las circunstancias del hecho o los medios de ejecución empleados, se dificulta y se debilita la defensa”.

Como destaca Martín González, se observa un cierto retorno al Código Penal de 1822, aunque en este precepto la idea central de la agravante es la referencia a la situación de indefensión de la víctima²¹.

El Código Penal de 1932, fruto de la República, acoge el delito de asesinato en el art. 412 y reproduce el concepto de alevosía del CP de 1870, en el número 1 del art. 10, pero con una importante variación: se suprime la referencia a los “delitos contra las personas” por la de “delitos contra la vida y la integridad corporal”²².

En el Código Penal de 1944, el delito de asesinato se regula en el art. 406 y la alevosía vuelve a definirse como se recogía en el CP de 1870, reproducida en el Texto revisado de 1963 y en el Texto refundido de 1971²³.

Durante la década de los años ochenta, hasta la aprobación del Código Penal de 1995, se gestaron varios Proyectos y Anteproyectos. Destacaremos aquí los Proyectos de 1992 y 1994, en los que se añade un inciso final al art. 21.1 CP, que definía la alevosía, y que decía así: “o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa”. De esta manera se daba satisfacción a una consolidada corriente jurisprudencial que consideraba, y continúa considerando, que la muerte de un menor o persona indefensa siempre es alevosa. En el mismo sentido se pronunciaba el CGPJ que, en su Informe sobre el Anteproyecto de 1992, dejaba claro que “los supuestos del último inciso son, propiamente, alevosos”²⁴. Sin embargo, dicha mención fue suprimida en el Texto final del Código Penal de 1995.

Finalmente, quedan explícitamente protegidas las personas especialmente vulnerables en las modalidades de homicidio y asesinato agravado; sin embargo, en vez de acotar de forma más precisa su ámbito de aplicación, aumentan los problemas para delimitarlo, como se tratará posteriormente.

²¹ MARTÍN GONZÁLEZ, *La alevosía* (...), ob.cit., pág. 21.

²² ALTÉS MARTÍ, *La alevosía*, ob.cit., págs. 35 y ss; MARTÍN GONZÁLEZ, *La alevosía* (...), ob.cit., págs. 21 y ss.

²³ ALTÉS MARTÍ, *La alevosía*, ob.cit., pág. 36.

²⁴ Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de abril, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 46, 1992, pág. 714.

2. NATURALEZA DE LA CIRCUNSTANCIA

No hay unanimidad doctrinal ni jurisprudencial sobre el punto de vista que se acoge para diferenciar lo “objetivo” de lo “subjetivo”, en materia de circunstancias agravantes²⁵. En el presente trabajo no se parte del “binomio antijuricidad-culpabilidad”, tan presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que atribuye una mayor antijuricidad a las circunstancias agravantes objetivas y una mayor culpabilidad a las subjetivas²⁶, sino que, como ya señalaba Antón Oneca, los propios términos objetivos y subjetivos admiten varias acepciones, acogiéndose aquí la defendida por dicho autor: las circunstancias objetivas se referirán al hecho externo y las subjetivas a la valoración de la persona responsable²⁷.

Bajo este criterio, Muñoz Conde y García Arán realizan la clasificación de las circunstancias, atribuyendo un fundamento objetivo a aquéllas en las que se aprecie una mayor gravedad del mal causado por el delito o bien suponga una mayor facilidad de ejecución “que supone mayor desprotección del bien jurídico”. Y, un fundamento subjetivo a aquéllas en las que esté presente “una mayor desvalorización del autor”, referida a su vida anterior, a su forma de pensar o a su actitud ante el Ordenamiento Jurídico, sin que ese reproche se refiera al hecho cometido²⁸.

De acuerdo con esta toma de posición debe dotarse a la circunstancia agravante de alevosía de un fundamento objetivo, ya que, el interponer “*medios, modos o formas*” que tiendan directa o especialmente a asegurar la ejecución del hecho, conlleva una mayor facilidad para cometer el delito²⁹.

²⁵ MARTÍN GONZÁLEZ, *La alevosía (...)*, ob.cit., págs. 35 y ss. En torno a la naturaleza jurídica vid. la monografía de GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, págs. 153 y ss.

²⁶ De manera sorprendente, la STS (RJ) 5577/2004, de 29 de julio, rechaza dicho binomio y señala que dichos elementos objetivos y subjetivos de la alevosía “*son elementos del tipo de delito de asesinato que no se refieren a tal binomio, sino a la contraposición de los elementos que pueden ser directamente percibidos sensorialmente (elementos objetivos) o que se infieren a través de ciertos indicadores de la subjetividad del autor*”.

²⁷ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2^o edición, anotada y puesta al día por Hernández Guijarro, J.J./Beneytez Merino, L., Ed. Akal/Iure, Madrid, 1986, págs. 384 y ss.

²⁸ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 511 y ss.

²⁹ Ult.ob.cit. FELIP I SABORIT (“El homicidio y sus formas”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Silva Sánchez, J.M^a (Dir.), Ed. Atelier, Barcelona, 2011, pág. 35), refiriéndose a la figura del asesinato señala que: “el asesinato es un ataque más grave al bien jurídico vida humana independiente por razones objetivas: por su mayor peligrosidad al facilitarse la realización del delito (alevosía,...)”.

Los partidarios de la posición subjetiva, mayoritariamente defendida por los autores clásicos, fundamentan la alevosía en la “insidia”, “perversidad” o “maldad del delincuente”³⁰. Se pone el acento en el factor personal, pues representan una mayor peligrosidad del autor³¹. Por su parte, gran parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo también destaca que en la circunstancia agravante de alevosía se observa un ánimo tendencial, revelador de vileza y cobardía en el obrar, que justifica el plus incriminatorio³².

No obstante, el Tribunal Supremo no acoge completamente la teoría subjetiva, sino que considera que la alevosía es una circunstancia de naturaleza mixta, caracterizada por el “binomio antijuricidad-culpabilidad”. Así, la STS de 17 de noviembre de 2003 recuerda que *“para que se considere concurrente la alevosía es necesario que se constate la presencia de unos requisitos objetivos y subjetivos que sirvan para reflejar la mayor antijuricidad y culpabilidad del agente que justifican la agravación de la conducta de éste y, en su caso, su conversión en un tipo penal distinto y mayor entidad penal como lo es el asesinato respecto al homicidio”*³³. En la doctrina, también algún autor realiza esta identificación³⁴.

³⁰ Vid. por todos, CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, págs. 69 y ss. Más recientemente, GARCÍA VALDÉS, C. /MESTRE DELGADO, E. /FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*, Segunda edición (según las reformas del Código Penal de 2015), Ed. Edisofer S.L., Madrid, 2015, págs. 35-36.

³¹ CAMARGO HERNÁNDEZ, *La alevosía*, ob.cit., págs. 39 y ss., JIMÉNEZ ASENJO, E., “El elemento psicológico en la alevosía”, *Anuario de Derecho Penal*, Tomo VII, 1954, págs. 451 y ss.

³² Vid., entre otras, SSTS (RJ) 440/1992, de 24 de enero; 2152/1994, de 14 de marzo; 4510/1995, de 5 de junio; 1948/1997, de 21 de marzo; 8084/1998, de 16 de octubre; 4850/1999, de 15 de abril; 3013/2002, de 26 de abril; 1061/2004, de 18 de febrero; 604/2005, de 3 de febrero; 1380/2012, de 2 de noviembre de 2011 y 2339/2014, de 16 de abril.

³³ STS (RJ) 7232/2003, de 17 de noviembre y, entre otras, SSTS (RJ) 9352/1994, de 30 de noviembre; 1948/1997, de 21 de marzo; 257/2001, de 28 de diciembre de 2000; 3013/2002, de 26 de abril; 7848/2003, de 9 de diciembre; 1061/2004, de 18 de febrero; 604/2005, de 3 de febrero; 854/2005, de 15 de febrero; 2439/2009, de 13 de marzo; 1380/2012, de 2 de noviembre de 2011; 2318/2013, de 27 de enero; 2339/2014, de 16 de abril y 2699/2014, de 1 de julio. Asimismo, en algunas de estas sentencias se destaca que los medios alevosos *“ponen de relieve una cierta vileza y cobardía en el que se valió de ellos”*.

³⁴ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, *Código Penal Comentado*, Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.), Ed. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 135 y ss; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., “Agravante de alevosía (art. 22.1 CP)”, *Comentarios al Código Penal*, Arroyo Zapatero, L. (Dir.), Iustel, Madrid, 2007, págs. 136 y ss.

Frente a la anterior postura, considero que el fundamento subjetivo en el que se apoyan las anteriores posiciones debe rechazarse y ello porque en coherencia con los principios de un derecho penal del hecho, la pena no puede fundamentarse en ciertas circunstancias personales del autor, como por ejemplo, su personalidad, su carácter, etc., no debiendo, entonces, exigirse junto al elemento objetivo ese ánimo ruin o cobarde, que encontramos presente en algunas sentencias del Tribunal Supremo; en suma, si la sanción penal se basa en la forma de ser del sujeto, sus actitudes morales etc., se ingresa en la culpabilidad por el carácter o la conducción de vida propia del derecho penal de autor³⁵. Sobre esta cuestión volveremos en páginas posteriores.

En el mismo sentido se pronuncia parte de la doctrina española que, incluso, afirma que no hay nada más natural que el sujeto que realiza un delito quiera asegurarse su ejecución, buscando la indefensión de la víctima, pues lo “anormal” sería lo contrario³⁶. En atención a ello, como ya señalaba Córdoba Roda “resulta difícil comprender el que tan sólo por perseguir el sujeto un tal aseguramiento deba apreciarse una causa de agravación”³⁷. Aquí estribaba la razón de buscarle una “fundamentación peligrosista”³⁸, por ello, entiende Prats Canut que la jurisprudencia ha do-

³⁵ GARCÍA ARÁN, M., “Art. 139 CP”, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dirs.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 23; CASTELLO NICAS, N., “El asesinato y sus circunstancias”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 64, 1998, pág.6.

³⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 724-725.

³⁷ CORDOBA RODA, J., “Art. 10, n.1”, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, pág. 556. En parecidos términos se expresa CARBONELL MATEU, J.C., “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Vives Antón, T.S. (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 222-223. Por su parte, MORALES PRATS (“Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas”, *Delitos contra la vida e integridad física*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 274), comparte algunos aspectos de la crítica de Carbonell Mateu, “pero no al objeto de cuestionar sin más la subsistencia de la alevosía, sino como advertencia frente a una aplicación mecánica y desmesurada de la misma”. Resulta interesante el posicionamiento de la doctrina italiana, que considera que la *alevosía proditoria* –la acechanza, la emboscada– no puede agravar, por sí sola, el delito de homicidio, entendiéndose que esas conductas son consustanciales al mismo. Vid. QUINTO-OLLOQUIEGUI, A., “Aspectos jurídicos, dogmáticos y jurisprudenciales de la agravante del art. 22.1 del CP español. Comparación con el Derecho italiano”, *Revista electrónica de la AIDP*, 2014, págs. 27 y ss.

³⁸ Que, como señalan BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE (*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, pág. 500) “no se aviene con su naturaleza y que además va contra los principios garantistas del derecho penal”.

tado a la alevosía de unos contenidos moralizantes como son “traición”, “cobardía” o “perversión del sujeto”, que no se desprenden del texto legal y que “introducen elementos de inseguridad jurídica”³⁹.

3. EL ELEMENTO DE “LA INDEFENSIÓN” DE LA VÍCTIMA.

Varios son los elementos que conforman la circunstancia agravante de alevosía. Sin embargo no realizaremos un análisis doctrinal del alcance de cada uno de ellos, sino que estas líneas centrarán la atención en dos controvertidos aspectos que tienen relación con el objeto de este trabajo:

- a) De una parte, la exigencia de que la eliminación de la defensa de la víctima, provenga de los medios, modos o formas objetivamente adecuados, siendo el autor consciente de que éstos tenderán a asegurar la ejecución y a impedir su defensa.
- b) Y, de otra, la asunción por parte de la jurisprudencia, de que en el enjuiciamiento del delito de *asesinato por desvalimiento* se capta un mayor reproche o repulsa social.

El primer requisito se desprende del tenor literal del apartado primero del art. 22 CP que requiere de la presencia de tres elementos para la apreciación de la circunstancia de alevosía: 1º) la existencia de un delito contra las personas (elemento normativo); 2º) que se utilice, en la ejecución, medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que pudiera proceder de la defensa de la víctima (elemento objetivo); y, 3º) el dolo del autor proyectado a asegurarse la ejecución e impedir su defensa (elemento subjetivo).

Frente a la literalidad de la ley, el Tribunal Supremo señala que el núcleo esencial de la alevosía “*se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes*”⁴⁰. Esto es, como recoge, entre otras, la STS de 26 de abril de 2002, para que exista alevosía “*no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución sino que es suficiente que se aproveche, en cualquier momento y de*

³⁹ PRATS CANUT, J.M., “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Parte General, Quintero Olivares, G. (Dir.), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 296. En la última edición de 2011, el art. 22.1 CP ha sido comentado por Quintero Olivares, G., *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 285 y ss.

⁴⁰ Entre otras, SSTS (RJ) 6543/2006, de 14 de septiembre; 6885/2006, de 25 de octubre; 5251/2008, de 18 de septiembre; 2439/2009, de 13 de marzo; 1677/2009, de 18 de marzo; 4629/2009, de 2 de julio; 7913/2009, de 24 de noviembre; 2318/2013, de 27 de enero; 1741/2014, de 19 de marzo y 2339/2014, de 16 de abril.

*forma consciente, de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone*⁴¹. A partir de esta interpretación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, junto a las modalidades de alevosía proditoria, “*equivalente a la traición*”⁴²; y la súbita, inopinada o sorpresiva⁴³, en las que sí se encuentra presente la eliminación de las posibilidades de defensa provenientes de las modalidades ejecutivas realizadas por el autor, señala una tercera modalidad, la alevosía “*por desvalimiento*”, en la que “*el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa*”, como cuando se ataca a un niño⁴⁴.

A su vez, esa interpretación jurisprudencial conecta con el segundo de los aspectos mencionados más arriba, y es que esta tercera modali-

⁴¹ STS (RJ) 3010/2002, de 26 de abril. Sin embargo, la STS (RJ) 5215/1995, de 23 de octubre, ha precisado el contenido del elemento objetivo de la alevosía, señalando que: “*es necesario que esa indefensión proceda del mismo ataque que el agresor utiliza contra la víctima, y no de otra circunstancia ajena. Por eso la definición legal utiliza la expresión “empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla”. Es decir, es el sujeto activo el que tiene que utilizar una agresión que por su propia manera de ser ocasione la tan repetida indefensión; no existiendo alevosía cuando la carencia de posibilidades de defensa no deriva de las características del propio ataque (...)*”. En el mismo sentido, la reciente STS (RJ) 3130/2014, de 14 de julio, cuando recoge que “*el núcleo de la alevosía consiste en aniquilar las posibilidades de defensa (...)*”.

⁴² Y “*que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera*”. Vid. SSTs (RJ) 7913/2009 de 24 de noviembre y 1035/2014, de 29 de enero.

⁴³ “*En la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible*”. Vid. SSTs (RJ) 7913/2009 de 24 de noviembre y 1035/2014, de 29 de enero.

⁴⁴ Vid. nota 40, así como SSTs (RJ) 3010/2002, de 26 de abril; 1380/2012, de 2 de noviembre de 2011; 7739/2013, de 27 de noviembre; 1035/2014, de 29 de enero; 2699/2014, de 1 de julio y 2719/2015, de 7 de mayo. Una excepción representa la STS (RJ) 2563/1989, de 9 de marzo, en la que se señala que “*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 (...) 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*”. El aprovechamiento de una especial situación de desamparo aparece recogido en el Código Penal italiano, como circunstancia agravante genérica, en el art. 61.5, al prever como tal “*el haber aprovechado el culpable circunstancias de la persona, incluida la edad, de tal forma que se obstaculice la defensa pública o privada*”. Vid. QUINTO-OLLOQUIEGUI, A., “Aspectos jurídicos, dogmáticos y jurisprudenciales (...)”, ob.cit., págs. 13 y ss.

dad de alevosía merezca de una especial “repulsa social” que hace que la muerte dada a un menor sea “merecedora del especial plus de punición que supone la calificación de asesinato”⁴⁵. O, en palabras de Carbonell Mateu “creamos una figura especial de delito en base exclusivamente a una repulsa social ética”⁴⁶.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de marzo de 1994, citando la de 29 de marzo de 1993, recoge los dos aspectos aquí destacados y afirma que: “para constituir una actuación alevosa no es imprescindible que de antemano el agente comisor busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, si no que es suficiente con que se aproveche de modo consciente de la situación de indefensión de la víctima y de la “facilidad” y “comodidad” que supone tal situación y porque, admitir lo contrario sería dejar sin la condigna sanción delitos de tanta gravedad como la muerte o lesiones de niños, ancianos, inválidos y cuando la sociedad reclama mayor protección de estas víctimas desvalidas”.

La mayoría de la doctrina critica esta interpretación jurisprudencial al vulnerar el principio de legalidad, contradiciendo el tenor literal del apartado primero del art. 22 CP. Las razones para rechazar la aplicación de esta tercera modalidad de alevosía se centran en tres motivos, como afirma Córdoba Roda: en primer lugar, la alevosía se concibe como una circunstancia que agrava la responsabilidad atendiendo a los “medios ejecutivos interpuestos”, y no por el hecho de que la víctima “sea en sí misma indefensa”; en segundo lugar, del sentido literal de la definición legal se desprende que el sujeto activo interpone el medio ejecutivo con el fin de evitar la defensa que “pueda” hacer el ofendido, y en el caso de los menores, no existe posibilidad de defensa; y, en tercer lugar, la alevosía presupone que el agente haya querido interponer un medio, modo o forma que tienda al aseguramiento del resultado criminal, “y en el ataque al menor “no pudo” el agente prescindir de esa cualidad por ser inherente al sujeto pasivo”. En estos casos, la doctrina mayoritaria es partidaria de acudir a la circunstancia agravante de abuso de superioridad⁴⁷.

⁴⁵ En este sentido, vid., entre otras, la STS (RJ) 10477/2000, de 28 de diciembre.

⁴⁶ CARBONELL MATEU, “De las circunstancias que agravan (...)”, ob.cit., pág. 219. En el mismo sentido, MARTÍN GONZÁLEZ (*La alevosía (...)*, ob.cit., pág. 136) señala que, “sean cuales sean los sentimientos y los valores afectados”, no puede prescindirse de la descripción legal, pues estamos ante un Derecho penal “regido por los principios de certidumbre y seguridad”.

⁴⁷ CÓRDOBA RODA, “Art. 10, n.1”, ob.cit., pág. 546; del mismo, “Artículo 22.1ª”, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 274; CAMARGO HERNÁNDEZ, *La alevosía*, ob.cit., pág. 66; ALTÉS MARTÍ (*La alevosía*, ob.cit., págs. 238 y ss.) señala que, si lo que realmen-

Tal vez, y para garantizar el principio de legalidad, vulnerado por la interpretación jurisprudencial acabada de aludir, y como acabamos de señalar, cuestionada por la mayoría de la doctrina penalista, el legislador en los Proyectos de 1992 y 1994 añadió, a la definición tradicional de alevosía, la mención “*o cuando el hecho se ejecutara sobre persona absolutamente indefensa*”⁴⁸. En realidad se pretendía adecuar el texto a la interpretación jurisprudencial, lo que supone tanto como reconocer que ésta era inadecuada.

Ante esta propuesta, y en contra de su inclusión, se pronunciaron Díez Ripollés y Arias Eibe, pues consideran este inciso final “profunda-

te se quiere es castigar más duramente la muerte de menores, debería establecerse de forma expresa, pero “nunca pretenderlo por la vía de la interpretación más o menos arbitral de las circunstancias”; por su parte, ANTÓN ONECA (*Derecho Penal*, ob.cit., pág. 386) considera que a los tribunales les ha parecido poca agravación aplicar a estos supuestos el abuso de superioridad y, dado que “el hecho de matar es valorado como acto gravísimo por todo el mundo, y para alcanzar esta apreciación ética no han vacilado en adoptar una interpretación extensiva”; MARTÍN GONZÁLEZ, *La alevosía* (...), ob.cit., págs. 132 y ss; GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 108 y ss; MORALES PRATS, “Las formas agravadas (...)”, ob.cit., pág. 275; CASTELLÓ NICAS (“El asesinato (...)”, ob.cit., pág. 16) estima que, el estado desamparado de la víctima no predetermina que el hecho se califique como alevoso, aunque apunta que tampoco cabe la aplicación de la agravante de abuso de superioridad; DEL ROSAL BLASCO, B., “La alevosía en el Código Penal de 1995”, *Delitos contra las personas, Manuales de Formación Continuada 3*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 292-293; GÓMEZ RIVERO, C., “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000-2, págs. 42 y ss; GARCÍA ARÁN, “Art. 139 CP”, ob.cit., pág. 24; PRATS CANUT, “De las circunstancias (...)”, ob.cit., pág. 233; ARIAS EIBE, M.J., “La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-03 (2005), pág. 3; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, ob.cit., págs. 499 y ss; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, ob.cit., pág. 523; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 49 y ss; FELIP I SABORIT, “El homicidio y sus formas”, 2011, ob.cit., pág. 37. Se inclinan por la postura jurisprudencial, JIMÉNEZ ASENJO, “El elemento psicológico (...)”, ob.cit., págs. 460 y ss. y, MUÑOZ CUESTA, J., “Alevosía”, *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 29-30; TERRADILLOS BASOCO, J. M^a., “Homicidio y sus formas”, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. I, Berdugo Gómez de la Torre, I. (Dir.), Ed. Iustel, Madrid, 2016, pág. 7.

⁴⁸ Resulta interesante la STS (R. 62/2007, de 18 de junio, en la que se recoge dicha demanda, así señala que: “*el legislador pudo precisar con mayor rigor los términos que delimitan la agravación, que en nuestro caso actúa como complemento tipológico que alumbra el subtipo de asesinato, incluyendo, cosa que no ha hecho, alguna expresión clarificadora, como la prevista en el Proyecto de Código Penal de 1992* (...)”.

mente perturbador”, ya que posibilitaba un automatismo en la aplicación de la agravante, instaurándose una responsabilidad penal de carácter objetivo⁴⁹. Por el contrario, Morales Prats y Del Rosal Blasco, señalaron que la no inclusión de la ampliación propuesta por dichos Proyectos mantiene en el “ámbito de la especulación interpretativa” –en palabras del primero– la calificación de los supuestos en los que se da muerte a seres *indefensos* o en nítida *situación de inferioridad* (niños, ancianos, personas impedidas, ...). En suma, –y en palabras del segundo autor– se desaprovechó “la oportunidad que brindaba la redacción de un nuevo Código penal” para poder “acotar de forma más precisa su ámbito de aplicación”⁵⁰.

III. ALCANCE DE LA REFORMA EN RELACIÓN A LA ALEVOSÍA

El artículo 140 CP regula el asesinato hiperagravado y comparte con el homicidio agravado del artículo 138.2 a) CP las circunstancias de su primer número. El art. 138 CP dispone: “1. *El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.* 2. *Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del art. 140 (...)*”. Y, el art. 140.1 CP establece que: “*El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando “la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*”. De manera que, el hecho delictivo puede calificarse, en función del sujeto pasivo, bien como homicidio agravado, bien como asesinato hiperagravado.

En primer lugar, recordemos que esta circunstancia agravatoria (la menor edad) hace referencia a supuestos que, hasta ahora, eran considerados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como alevosos, a través de la denominada *alevosía por desvalimiento*, que como se ha visto, fundamenta su protección en *la especial vulnerabilidad de las víctimas*. Esta “*consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desam-*

⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992”, *La Ley*, Vol. 2, 1993, pág. 902; ARIAS EIBE, “La circunstancia agravante (...)”, *ob.cit.*, pág. 4.

⁵⁰ MORALES PRATS, “Las formas agravadas (...)”, *ob.cit.*, págs. 275-276; DEL ROSAL BLASCO, “La alevosía (...)”, *ob.cit.*, pág. 273. En el mismo sentido, FELIP I SABORIT (“El homicidio y sus formas”, 2011, *ob.cit.*, pág. 37) señala que de *lege ferenda* sería deseable la inclusión de las personas desvalidas (especialmente niños) entre las modalidades típicas del delito de asesinato, puesto que “es una de las formas más graves de homicidio, merecedora de una pena equivalente a la del asesinato”.

*paro de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas incapaces, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comato)*⁵¹.

En cuanto a la menor edad de la víctima, Camargo Hernández señala que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre los períodos de edad de la víctima, en los que ha sido apreciada la alevosía, con referencia a sentencias del Tribunal Supremo desde 1877 hasta 1943, comprenden “desde el nacimiento hasta los 14 años”⁵². Analizando jurisprudencia más cercana a nuestros días, se ha apreciado alevosa la muerte de niños recién nacidos o de pocos meses⁵³, de edades comprendidas entre los dos a cinco años⁵⁴ y, víctimas de seis a diez años⁵⁵.

La justificación que acompaña a la consideración de la alevosía en este supuesto queda ya reflejada en la STS de 29 de marzo de 1993, reproducida en ulteriores sentencias. En ésta se señala que, para entender un acto como alevoso no es imprescindible que el autor busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, “sino que es suficiente que se aproveche, de modo consciente, de la situación indefensa de la víctima y de la comodidad o facilidad que supone tal situación”. Y, continúa, “porque, aparte de puros tecnicismos, admitir 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 (...), 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”⁵⁶. De manera que, y según el Tribunal Supremo, de una parte, se considera un “puro tecnicismo”, el exigir que se respete el principio de legalidad de la norma penal y, de otra, justifica

⁵¹ STS (RJ) 1035/2014, de 29 de enero. También, SSTS (RJ) 3757/2008, de 26 de junio; 7913/2009, de 24 de noviembre; 122/2010, de 13 de noviembre; 5974/2012, de 30 de abril; 7606/2013, de 18 de noviembre; 1035/2014, de 29 de enero y 1606/2014, de 24 de enero.

⁵² CAMARGO HERNÁNDEZ, *La alevosía*, ob.cit., págs. 68 y ss.

⁵³ SSTS (RJ) 10477/2000, de 28 de diciembre; 3462/2007, de 18 de junio; 7809/2007, de 5 de noviembre; 5939/2008, de 24 de octubre; 1741/2014, de 19 de marzo y 2341/2015, de 9 de junio.

⁵⁴ SSTS (RJ) 4368/1991, de 22 de julio; 10749/1993, de 29 de marzo; 2540/2004, de 19 de abril; 4175/2004, de 16 de junio; 3840/2006, de 28 de abril; 3462/2007, de 18 de junio; 4629/2009, de 2 de julio; 7589/2011, de 10 de noviembre; 2243/2014, de 21 de mayo y 3086/2014, de 18 de julio.

⁵⁵ SSTS (RJ) 4047/1981, de 5 de febrero; 1864/1994, de 8 de marzo; 3086/2014, de 18 de julio y 2719/2015, de 7 de mayo.

⁵⁶ STS (RJ) 10749/1993, de 29 de marzo.

la vulneración del mismo, en aras a dar respuesta a lo que la sociedad reclama, esto es, “una mayor protección a favor de las personas por sí mismas desvalidas”. En suma, la norma penal se interpreta para adaptarla a lo que la sociedad demanda, a costa del principio de legalidad, olvidando que para las “personas desvalidas” estaba la circunstancia de abuso de superioridad (art. 22.2ª CP).

Quizás por ello, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto que derivaría en la LO 1/2015, advertía que la circunstancia primera del art. 140.1 plantearía problemas de “non bis in idem”, puesto que buena parte de los supuestos a los que se refiere la menor edad de la víctima o persona especialmente vulnerable, “terminarán en la alevosía” en atención a la construcción jurisprudencial de la misma⁵⁷, esto es, la consideración de la alevosía por desvalimiento aplicable a menores y personas desvalidas, aunque no se utilicen medios o formas de comisión alevosas. Es decir, pese al tenor del texto entonces todavía prelegislativo, el CGPJ consideraba inamovible dicha jurisprudencia del TS y daba por hecho que se mantendrá la alevosía por desvalimiento, con un contenido de injusto igual al de la circunstancia primera del art. 140.1 CP (víctima menor o vulnerable), por lo que, de apreciarse conjuntamente, vulneraría el principio “non bis in idem”⁵⁸.

En mi opinión, aquí el CGPJ anuncia un problema que sólo se produciría de mantenerse la interpretación jurisprudencial que ya era criticada antes de la reforma, pero que tras ésta, resulta insostenible. En efecto, la repetida tesis jurisprudencial sobre la alevosía inherente a la menor edad de la víctima, conduce a estimar que toda muerte de menor debe ser calificada como asesinato, lo que con el texto hoy en vigor no puede ya mantenerse, por un motivo evidente: el art. 138.2 a) en relación al art. 140.1,1ª CP establece  sin lugar a dudas, *un homicidio agravado por la menor edad de la víctima*, lo que impide seguir considerando que tales supuestos deben calificarse, en todo caso e irremediabilmente, como asesinato.

En relación a la determinación de la edad del menor que merece una especial protección, tanto el Informe al Anteproyecto de la Ley, del Consejo General del Poder Judicial, como el del Consejo Fiscal, llamaron la atención a la discordancia entre los dieciséis años establecidos para la cualificación del asesinato y los trece años en los delitos contra la liber-

⁵⁷ Informe del CGPJ, de 16 de enero de 2013, cit., pág. 152.

⁵⁸ En el mismo sentido, MUÑOZ RUIZ, J., “Delitos contra la vida y la integridad física”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 356.

tad e indemnidad sexual⁵⁹. Las razones que motivaban esta disparidad de criterios no se encontraban explicadas en la Exposición de Motivos, por ello, el Consejo Fiscal instó a homologar la edad de trece años como elemento calificador del asesinato⁶⁰. El legislador, en la redacción final de la reforma, atendió a dicha recomendación, asimilando ambas edades, pero no a los trece, sino a los dieciséis, recogiendo en el Preámbulo (XII) las razones de la elevación de la edad en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. A grandes rasgos, dicha elevación se justifica para ajustar nuestra norma penal a lo dispuesto en la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Ahora bien, siguen sin encontrarse las razones que han motivado a determinar la edad del menor a los dieciséis años para la cualificación del homicidio y del asesinato.

La doctrina destaca, más allá de la equiparación en la edad con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el “sistema caótico” que sigue el legislador al determinar hasta qué edad puede considerarse que un menor es especialmente vulnerable. Así, por ejemplo, en el delito de lesiones, el art. 148.3º CP las cualifica *si la víctima fuere menor de doce años* y, en la detención ilegal o secuestro del art. 165 CP se cualifican *si la víctima fuere menor de edad*, esto es, menor de dieciocho años⁶¹. Podría encontrarse la explicación del límite de los dieciséis años en la menor madurez y desarrollo del menor, pero el legislador debería haberlo razonado, al excluir de esta especial protección, en los delitos de homicidio y asesinato, a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho⁶².

El mismo precepto extiende la cualificación a los supuestos en que la víctima sea una “*persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*”. Con ello se excluye de la alevosía aquellos supuestos que la doctrina del Tribunal Supremo acogía “*como aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento*”⁶³. De esta manera, la vulnerabilidad por razón de la edad o enfermedad abarcaría, de un lado, a

⁵⁹ Informe del CGPJ, de 16 de enero de 2013, cit., págs. 152 y ss.; Informe del Consejo Fiscal (CF), de 8 de enero de 2013, cit., pág. 128.

⁶⁰ Informe del Consejo Fiscal (CF), de 8 de enero de 2013, cit., pág. 128.

⁶¹ SIERRA LÓPEZ, “Homicidio y asesinato: las modificaciones (...)”, ob.cit., págs. 136 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, ob.cit., pág. 322.

⁶² SIERRA LÓPEZ, “Homicidio y asesinato: las modificaciones (...)”, ob.cit., pág. 137.

⁶³ SSTS (RJ) 3069/1993, de 2 de abril; 1747/1998, de 28 de febrero; 3013/2002, de 26 de abril; 3757/2008, de 26 de junio; 5251/2008, de 18 de septiembre; 1669/2009, de 6 de febrero; 2439/2009, de 13 de marzo; 1380/2012, de 2 de noviembre de 2011; 5974/2012,

las personas mayores, que por razón de su avanzada edad tienen menos posibilidades de defenderse de la agresión y, de otro, aquellas personas enfermas que no tienen posibilidad de defenderse y de ello se aprovecha el autor.

Por lo que se refiere a la inclusión de la *vulnerabilidad por discapacidad*, el Preámbulo de la ley de reforma, no justifica su inclusión aunque sí el uso del nuevo término. Así, fundamenta en la necesidad de equiparar la normativa española a la europea, “*la actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad*”, para lo que modifica el artículo 25 CP, a fin de “*ofrecer una definición más precisa de las personas que constituyen objeto de una especial protección penal*”⁶⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya objetivizó la circunstancia de la *alevosía por desvalimiento*, pero ahora, con la reforma de 2015 el legislador va más allá y, no sólo equipara edad y vulnerabilidad, sino que las excluye de la *alevosía*, como así demandaba la doctrina penalista cuando rechazó su inclusión a propuesta de los Proyectos de reforma del Código Penal de 1992 y 1994⁶⁵. En consecuencia, a partir de la actual reforma, se identificará un caso de especial gravedad del asesinato o de especial gravedad del homicidio, simplemente en atención a la edad de la víctima. En cambio, la especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad deberá ser probada, para poder aplicar esta cualificación⁶⁶.

En conclusión: los supuestos que se incluían en la denominada *alevosía por desvalimiento* pasan ahora a configurar la primera de las circunstancias agravatorias del art. 140.1 CP, aplicable, tanto al delito de homicidio, como al delito de asesinato.

En este punto, no puede obviarse una importante cuestión: en el Anteproyecto de 2012 las circunstancias agravatorias del apartado primero del art. 140 CP, del delito de asesinato, no figuraban como agra-

de 30 de abril; 8621/2012, de 15 de junio; 8430/2012, de 15 de noviembre; 3781/2014, de 7 de octubre y 1596/2015, de 14 de abril.

⁶⁴ Exposición de Motivos (XXVII) de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Vid. SIERRA LÓPEZ, “Homicidio y asesinato: las modificaciones (...)”, ob.cit., págs. 138-139; especialmente, REQUEJO CONDE, C., “Víctimas especialmente vulnerables. Tratamiento penal”, <http://www.protectingvictims.eu/upload/pages/67/victimas.it.eu.pdf>. El art. 25 CP dispone que: “A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, pueden limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (...)”.

⁶⁵ Vid. Infra II.3.

⁶⁶ SIERRA LÓPEZ, “Homicidio y asesinato: las modificaciones (...)”, ob.cit., pág. 138.

vantes específicas del delito de homicidio y su inclusión es consecuencia directa de la crítica que el Consejo Fiscal realizó en su Informe, en el que advertía “una clara incongruencia sistemática en el hecho de que el proyectado artículo 140.1 recoja tres circunstancias agravatorias de la figura especial del asesinato que, sin embargo, no figuran como agravantes específicas del delito base de homicidio, por lo que, casos de concurrir en la ejecución de un delito de homicidio común su influencia en la determinación de la pena quedaría condicionada a su eventual subsunción en alguna de las circunstancias agravantes genéricas previstas en el art. 22 CP –v. gr. el abuso de superioridad, cuando la víctima es especialmente vulnerable– o en su caso a su consideración como un elemento a valorar en el proceso de individualización de la pena conforme a los parámetros establecidos en el art. 66 CP”⁶⁷. Para resaltar la importancia de la contradicción sistemática, el Informe añade: “se consume así la paradoja de que al que mata dolosamente no le sean aplicables las cualificaciones del art. 140.1 si en la ejecución del hecho no ha incurrido en alguna de las modalidades típicas del asesinato previstas en el art. 139 CP”⁶⁸. Para solventar esta deficiencia sistemática, el Consejo Fiscal consideró necesario que en ulteriores trámites del Anteproyecto “las circunstancias cualificadoras que se introducen en sede de asesinato por medio del art. 140.1 sean previstas igualmente como agravantes específicas del delito de homicidio del art. 138 CP, aunque no con el efecto de aplicar la pena de prisión perpetua revisable, como se hace en el asesinato, sino de exasperar la pena prevista en el art. 138 mediante su aplicación en su mitad superior, o, si se estima pertinente, mediante la previsión de su elevación, obligatoria o facultativa, en un grado”⁶⁹.

En consecuencia, y a instancia de la crítica apuntada por el Consejo Fiscal, el Preámbulo de la LO 1/2015 (X) justifica que estas mismas circunstancias “*por coherencia*”, pasen a ser también circunstancias que cualifiquen el delito de homicidio, considerando el legislador “pertinente” su elevación “obligatoria” en un grado, esto es, la máxima propuesta por el Consejo Fiscal.

Llegado a este punto, pueden formularse varias hipótesis interpretativas y de aplicación de esta nueva circunstancia agravatoria.

La primera de ellas parte de su configuración objetiva, así como de su ámbito de aplicación, puesto que, el legislador, al posibilitar la aplicación de esta circunstancia agravatoria al delito de homicidio, reconoce

⁶⁷ Informe del Consejo Fiscal (CF), de 8 de enero de 2013, cit., págs. 127 y ss.

⁶⁸ Informe del Consejo Fiscal (CF), de 8 de enero de 2013, cit., pág. 128.

⁶⁹ Informe del Consejo Fiscal (CF), de 8 de enero de 2013, cit., pág. 128.

que la muerte de un menor de dieciséis años o persona especialmente vulnerable no constituye automáticamente el delito de asesinato alevoso⁷⁰. Con esta regulación, se ha inclinado por la tesis del sector doctrinal mayoritario que defendía, frente a estos supuestos, la aplicación del delito de homicidio con la agravante de abuso de superioridad, que ahora se sustituiría por la cualificación por razón de la edad o vulnerabilidad de la víctima. De manera que, cuando no concurra la utilización de medios, modos o formas que tiendan a eliminar la defensa de la víctima, aunque ésta sea menor o persona especialmente vulnerable, la muerte se calificará como homicidio agravado.

Como consecuencia de ello, el contenido de la circunstancia agravatoria de alevosía del artículo 22.1 CP, se limitará a la modalidad proditoria o a traición, y a la súbita o sorpresiva. Ahora bien, si la muerte de un menor ya no constituye de forma automática la tradicional *alevosía por desvalimiento*, en el delito de lesiones a menores se producirá un agravio. Y ello porque el artículo 148 CP recoge como agravantes específicas del delito de lesiones, en su apartado segundo, la alevosía y, en su apartado tercero, “*si la víctima fuere menor de doce años (...)*”, de manera que, frente a un supuesto de lesiones a un menor, sólo cabrá la aplicación de la agravante específica de menor de doce años, en cambio, en el delito de homicidio, la agravante del art. 140.1.1^a CP, que también atiende a la edad del sujeto pasivo, se podrá aplicar a víctimas menores de hasta dieciséis años, al igual que en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, pues en éstos el legislador también ha elevado la edad hasta los dieciséis años –art. 183.1 CP. Sin embargo, dicho contrasentido podría solventarse aplicando la circunstancia de abuso de superioridad (art. 22.2^a CP), cuando la víctima sea mayor de doce y menor de dieciséis.

De manera que, limitada la interpretación de la alevosía a las modalidades proditoria y sorpresiva, los supuestos que permitirían la aplicación de la hiperagravación del art. 140.1.1^a CP y, con ello, la prisión permanente revisable serían: de una parte, calificar la muerte como asesinato, por las circunstancias segunda, tercera o cuarta del art. 139.1 CP⁷¹ y, además, que la víctima sea menor de dieciséis años o especialmente

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 43.

⁷¹ El art. 139.1 dispone: “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”.

vulnerable –art. 140.1.1^a CP. De otra parte, cabe la posibilidad de calificar la muerte de un menor como asesinato por alevosía sorpresiva del art. 139.1.1^a CP, puesto que este tipo de alevosía puede fundamentarse en el aprovechamiento de una previa relación de confianza entre agresor y víctima. Ahora bien, esta posibilidad no cabe si la víctima es un recién nacido o un menor de corta edad.

Frente a esta situación, y como segunda hipótesis, considero que el Tribunal Supremo no abandonará tan fácilmente la interpretación jurisprudencial que ha mantenido desde siempre, en el sentido de entender la muerte de un recién nacido o un menor de corta edad como alevosa⁷². Así, y a pesar de la reforma, podría, por ejemplo, construir un nuevo concepto de la alevosía en contra de la letra de la Ley, como ha venido haciendo hasta la presente reforma con la *alevosía por desvalimiento*, para poder calificar la muerte de estos sujetos, únicamente, como asesinato. En este sentido, podría distinguirse entre el abanico de edades de cero a dieciséis años, un espacio que garantice dicha calificación.

En este punto, si se parte de los pronunciamientos jurisprudenciales más lejanos, los períodos de edad de la víctima en los que el Tribunal Supremo consideraba la muerte de un niño como alevosa, abarcaban desde el nacimiento hasta los catorce años, sin embargo, los más recientes sitúan la máxima edad alrededor de los diez. Entonces, y acogiendo la edad máxima de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, si se considerara alevosa la muerte de un menor hasta los diez años, se calificaría como delito de asesinato por alevosía, del art. 139.1.1^a CP, castigado con una pena de diez a veinticinco años de prisión. De manera que, la muerte de un mayor de diez y menor de dieciséis, debería calificarse como delito de homicidio agravado por la circunstancia primera del art. 140.1 CP, con un pena de quince años y un día a veintidós años y seis meses –art. 138.2 a) CP.

Ahora bien, si la única preocupación del Tribunal Supremo es penar de forma más severa la muerte de estos “*seres indefensos*”, por aquel mayor reproche o repulsa social, como se acaba de señalar, a raíz de la reforma, si se califica la muerte de un menor de cero a dieciséis años como homicidio agravado, la pena no dista demasiado de la señalada por el delito de asesinato alevoso. En consecuencia, a efectos penológicos se conseguiría lo pretendido por la jurisprudencia, castigar de forma más severa la muerte de un menor frente a la muerte de un adulto. Sin embar-

⁷² De igual opinión, FELIP I SABORIT, D., “El homicidio y sus formas”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Silva Sánchez, J. M^a. (Dir.), Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pág. 40.

go, la doctrina ya ha denunciado la práctica equiparación que se produce a efectos de pena entre homicidio doloso y asesinato alevoso, lo que no parece respetar los criterios de proporcionalidad “desde el punto de vista de la diferente gravedad de lo injusto”⁷³.

En suma, nos encontramos ante una paradoja, puesto que la inclusión en el delito de asesinato de la pena de prisión permanente revisable, parecía venir justificada por los últimos casos acaecidos en nuestro país, en los que las víctimas tenían edades comprendidas entre los dos y los diez años, así el caso M^a Luz, Bretón, etc. Sin embargo, a éstas no podrá aplicarse la máxima pena recogida en el Código Penal, puesto que difícilmente podrá fundamentarse la alevosía sorpresiva en esta franja de edad, lo que permitiría aplicar la hiperagravación por ser, además, la víctima menor de dieciséis años.

Como última cuestión, únicamente cabe señalar que, a los pocos días de entrar en vigor la reforma del Código Penal, un hombre degolló a sus hijas de cuatro y nueve años de edad, para vengarse de su ex esposa. Inmediatamente, algunos medios de comunicación anunciaron que estábamos ante el primer acusado que se enfrentaría a la prisión permanente revisable, después de que el fiscal le atribuyese dos delitos de asesinato a menores de dieciséis años. Lo que es seguro es que los jueces, no sólo van a tener que resolver sus problemas de encaje, tanto en el delito de asesinato como en el de homicidio, dada su asentada doctrina respecto a la *alevosía por desvalimiento*, sino que, además, tendrán que explicar a la sociedad, que demandaba mayor contundencia punitiva ante hechos como el último acaecido, el motivo por el que no podrá aplicarse la máxima pena prevista en nuestro ordenamiento jurídico.

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

Con la reforma del Código Penal de 2015 se introduce una nueva conducta en el delito de asesinato. Así, el art. 139.1.4^a CP dispone que será reo de asesinato, el que matare a otro “*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*”.

Lo primero que debe señalarse, es la ausencia de explicación de esta nueva circunstancia en el Preámbulo de la Ley (X), como ya apuntaba el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de

⁷³ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, ob.cit., pág. 323.

2012⁷⁴. En efecto, únicamente se informa que la definición de asesinato (no agravado) se ha revisado, pasando a *“incluir los supuestos en los que se causa la muerte de otro para facilitar la comisión de otro delito o evitar ser descubierto”*.

Frente a la falta de justificación de la nueva modalidad por parte del legislador, el Consejo Fiscal, ya en su Informe al Anteproyecto de 2012, solicitaba la supresión de la misma, al considerar que la introducción de esta nueva circunstancia cualificadora del asesinato suscitaría, no sólo “delicados problemas concursales de difícil resolución a la hora de calificar el delito facilitado o encubierto”, sino que incluso podría lesionarse el principio *non bis in idem*⁷⁵.

La doctrina, por su parte, también se ha pronunciado en contra de su introducción, al considerar que su inclusión, a diferencia de las otras tres circunstancias clásicas del delito de asesinato, no se asienta en sólidos fundamentos⁷⁶. Así, la muerte alevosa, por precio, promesa o recompensa o, con ensañamiento, suponen un mayor contenido de injusto, por la forma de ejecución o por el incremento del desvalor de resultado, que explican la calificación del hecho como asesinato. En cambio, el propósito o intención de matar para “facilitar” la comisión de otro delito o para “evitar” que se descubra, aun cuando no resulta extraño en el Derecho Comparado⁷⁷, no encuentra encaje en un derecho penal del hecho, propio, en principio, de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Como señala Peñaranda Ramos, esta circunstancia que fue acogida por el legislador alemán de 1941, “en pleno auge del Derecho penal de autor”, fundamenta en elementos subjetivos la existencia de un homicidio de especial gravedad, que merece la calificación de asesinato⁷⁸. Esto es, la sanción se incrementa en función de la *motivación* para realizar el hecho, como destacan Álvarez García y Ventura Püschel, en realidad se

⁷⁴ Informe del CGPJ, de 16 de enero de 2013, cit., pág. 151. Asimismo, este señala que esta nueva circunstancia se trata “de una opción de política criminal que supone una novedad en relación a las circunstancias existentes”.

⁷⁵ Informe del Consejo Fiscal (CF), de 8 de enero de 2013, cit., pág. 125.

⁷⁶ SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Del Homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss.)”, ob.cit., pág. 477.

⁷⁷ Vid. Código Penal alemán, art. 211.2, que dice así “*para facilitar otro hecho o para encubrirlo*”. Esta circunstancia también se encuentra en el Derecho Penal italiano, en el art. 576.1 en relación con el art. 61.2: “*haber cometido el delito como medio para realizar u ocultar otro o para conseguir o asegurar (...) la impunidad de otro delito*”. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, ob.cit., pág. 325.

⁷⁸ PEÑARANDA RAMOS, “Delito de asesinato (...)”, ob.cit., pág. 483.

trata de “una actualización de la vieja polémica sobre los “motivos reprochables”, que no es por ello más grave, ni su autor es más culpable⁷⁹.

En suma, la doctrina, de forma unánime⁸⁰, ya se ha pronunciado en contra de esta nueva circunstancia, pues no había ni una demanda doctrinal, ni jurisprudencial al respecto que, como ya se ha señalado al inicio de estas páginas, debe tenerse en consideración, para justificar su necesidad u oportunidad. De manera que, su extraña construcción lo único que puede originar son problemas concursales y de *non bis in idem*, como ahora se analizará.

La primera modalidad de la conducta delictiva: “*para facilitar la comisión de otro delito*”, recuerda la estructura del delito complejo, así, por ejemplo: el delito cualificado por el resultado del art. 501 del CP anterior a la reforma de 1995, que tipificaba el robo con homicidio. Sus dificultades interpretativas llevaron a su derogación con la reforma de 1995, calificándose, desde entonces, como robo con violencia o intimidación en concurso ideal con el delito de homicidio o asesinato, en el supuesto que concurriera con la circunstancia de alevosía.

Con la nueva regulación, lo esencial es que la producción de la muerte *facilite* la comisión del delito fin, de manera que debe existir una relación entre la causación de la muerte y el ulterior delito, concurriendo de forma ideal el nuevo delito de asesinato del apartado cuarto del art. 139.1 CP, con el delito fin. Entonces, de no existir tal relación, por ejemplo: porque la muerte es un simple acompañamiento de la comisión de otro delito, la calificación del hecho deberá ser homicidio o asesinato en concurso real con el otro delito⁸¹.

⁷⁹ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, ob.cit., pág. 326.

⁸⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob.cit., 2015, págs. 46 y ss.; SIERRA LÓPEZ, “Homicidio y asesinato: las modificaciones (...)”, ob.cit., págs. 152 y ss.; SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Del Homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss.)”, ob.cit., pág. 477; PEÑARANDA RAMOS, “Delito de asesinato (...)”, ob.cit., pág. 483; ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, ob.cit., págs. 325 y ss. TERRADILLOS BASOCO (“Homicidio y sus formas”, ob. cit., pág. 25) señala que el legislador, quizás en su empeño punitivista, ha optado por una “alternativa difícilmente justificable”. Por su parte, FELIP I SABORIT (“El homicidio y sus formas”, 2015, ob. cit., págs. 43-44) apunta que se trata de “un delito de resultado cortado, ya que el sujeto debe perseguir fines que trascienden la simple causación de la muerte (facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubran), sin que sea preciso que estos posteriores resultados se produzcan, bastando con que, junto a la intervención específica del sujeto, la conducta sea objetivamente idónea para la consecución de dichos fines”. Dicho autor, ya advierte que deberá estarse a su desarrollo jurisprudencial, “dada la enorme capacidad expansiva del precepto”.

⁸¹ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, ob.cit., pág. 326.

Varios son los problemas que plantea esta nueva circunstancia. En primer lugar, problemas probatorios, ya que resultará complicado demostrar que la muerte se ha llevado a cabo para facilitar la comisión de otro delito⁸². Así, por ejemplo: en el supuesto en que se produzca una riña entre dos sujetos, resultando muerto uno de ellos y, con ocasión del hecho, se le sustrae la cartera y los objetos de valor que llevaba. Ahora bien, quizás este primer problema pueda solventarse, si se parte de una consideración objetiva de lo que se entiende por *facilitar* la comisión de otro delito, esto es, si se trata de una facilitación objetiva debe tenerse en cuenta el plan del autor, lo que significará una primera restricción del ámbito típico de la circunstancia, en atención a su concreta dinámica comisiva⁸³. Por ejemplo: el plan del autor consiste en atracar un banco obteniendo los códigos de acceso para lo que debe matar al vigilante. La propia dinámica comisiva, en atención al plan del autor, nos puede ayudar a demostrar que la muerte se ha llevado a cabo para facilitar la comisión del ulterior delito.

A lo anterior, debe añadirse la exigencia de una proximidad entre el hecho de matar y la realización del segundo ilícito penal, así como su preparación o el intento para conseguir producir el ulterior delito⁸⁴. Ahora bien, en atención al plan del autor no es preciso que haya comenzado la ejecución del delito *facilitado*, ni tan siquiera su exteriorización, esto es, no es preciso que se hayan realizado ni actos ejecutivos, ni actos preparatorios, es suficiente que se atienda al plan del autor. Con ello, se plantea un segundo problema, como señalan Álvarez García y Ventura Püschel: cabe apreciar esta figura simplemente con la concurrencia de actos preparatorios, de modo que, queda privada de justificación el considerar que esté basada en la idea de un doble ataque a bienes jurídicos diferentes⁸⁵. Y, además, si como aquí se ha apuntado, la facilitación objetiva tiene en consideración el plan del autor, sería éste el fundamento de la agravación de la responsabilidad, lo que supone una anticipación del castigo de un hecho futuro, en contra del principio del hecho y más propio del derecho penal de autor⁸⁶.

⁸² SIERRA LÓPEZ, "Homicidio y asesinato: las modificaciones (...)", ob.cit., pág. 154.

⁸³ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, "Delitos contra la vida humana independiente (...)", ob.cit., pág. 326-327.

⁸⁴ PEÑARANDA RAMOS, "Delito de asesinato (...)", ob.cit., pág. 493.

⁸⁵ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, "Delitos contra la vida humana independiente (...)", ob.cit., pág. 327.

⁸⁶ PEÑARANDA RAMOS, "Delito de asesinato (...)", ob.cit., pág. 493; PERALTA, J.M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 301 y ss.

Un tercer problema, como también apunta la doctrina, es que no se explica que la concurrencia de esta circunstancia eleve la muerte a la categoría de asesinato, ni tampoco se explica la intensificación de la pena, puesto que, en la producción de la muerte no se requiere un mayor desvalor de resultado⁸⁷.

Como señala Muñoz Conde, un ulterior problema se plantearía en el supuesto en el que para facilitar la comisión de otro delito, la muerte se produjera con alevosía. Si son compatibles ambas circunstancias, la primera con la cuarta, llevaría a la aplicación del apartado segundo del art. 139 CP, lo que dicho autor considera de dudosa conciliación con el principio *non bis in idem*⁸⁸.

Ciertamente, si el sujeto utiliza un modo de ejecución que tienda directa y especialmente a asegurar la muerte, para que ello le facilite la comisión del segundo delito, entonces, la muerte es alevosa conforme al apartado primero del art. 139.1 CP y, además, como la causación de esta muerte tiene un ulterior fin, la *facilitación* de otro ilícito penal, le podrá ser aplicable el apartado cuarto del art. 139.1 CP. Ahora bien, podría considerarse que cuando la muerte se cometa concurriendo el núcleo esencial de la alevosía, en un contexto en el que se pruebe que la finalidad de la misma es para facilitar la comisión de otro delito, y con el fin de no vulnerar el principio *non bis in idem*, aplicar el apartado cuarto como precepto especial –art. 8.1^a CP– frente al general del apartado primero, en concurso con el delito facilitado.

Resulta fácil augurar los problemas interpretativos y de aplicación de esta nueva circunstancia. Frente a la crítica doctrinal de este precepto, creo que los tribunales adoptarán la solución del concurso medial, mantenida hasta la reforma, entre la muerte, ya sea calificada como homicidio o asesinato y el subsiguiente delito cometido, alegando para inaplicar la nueva circunstancia, o bien la ausencia de prueba del elemento de la *facilitación*, o directamente la vulneración del principio *non bis in idem*.

Distinta problemática presenta el segundo inciso de la circunstancia cuarta “para evitar que se descubra”. Su fundamento va referido a la afectación de la Administración de Justicia, esto es, al injusto del delito contra la vida, se le añade un contenido de injusto adicional que consiste en el interés

⁸⁷ PEÑARANDA RAMOS, “Delito de asesinato (...)”, ob.cit., pág. 493; SIERRA LÓPEZ, “Homicidio y asesinato: las modificaciones (...)”, ob.cit., págs. 154-155.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob.cit., 2015, pág. 47. El art. 139.2 CP dispone que “Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior”.

del Estado en la persecución de delitos⁸⁹. Ahora bien, ¿el precepto se refiere únicamente a la comisión de un delito precedente, cuyo autor mata a la persona que conoce el hecho, para evitar que se descubra la autoría?, o ¿cabe también el supuesto de muerte cometida para evitar que se descubra un delito que se pretende cometer pero no se ha cometido aún? Esto es, ¿aquí se castiga la muerte para ocultar un hecho anterior consumado o, también si se trata de ocultar un delito aun no cometido ni siguiera en fase de tentativa?

Puesto que este caso se diferencia de aquél en que se comete la muerte para facilitar la comisión de otro delito (lógicamente, posterior), parece que la finalidad de evitar que “se descubra” se refiere a un delito ya cometido, lo que conduce a la sanción añadida del autoencubrimiento –tradicionalmente, impune–, o bien, a la de situaciones que no están incluidas en el delito de encubrimiento del art. 451 o que se benefician de la excusa absolutoria por parentesco (art. 454 CP). La cuestión es, de una parte, si la intención de ocultar un delito justifica suficientemente que se califique como asesinato lo que inicialmente podía constituir un homicidio doloso y, de otra, que aquí parece que se está castigando junto al homicidio, el autoencubrimiento, en sí mismo atípico⁹⁰.

Pero podemos ir más allá, el art. 452 CP dispone que no podrá imponerse al encubridor “*pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto*”, puesto que si no fuera así habría un problema de proporcionalidad de la sanción⁹¹. De manera que, si el sujeto mata para encubrir, por ejemplo, un delito de robo con fuerza del art. 240.2 CP, que impone una pena de dos a cinco años, se calificará como asesinato, de la misma manera que si se pretende encubrir un secuestro, castigado según dispone el art. 164 CP con una pena de seis a diez años de prisión, sin olvidar que, además del delito de asesinato deberá responder concursal-

⁸⁹ PEÑARANDA RAMOS, “Delito de asesinato (...)”, ob.cit., pág. 494; ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, ob.cit., pág. 328; JUANATEY DORADO, C., “Asesinato”, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. I, *La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, Boix Reig, J. (Dir.), Ed. Iustel, Madrid, 2016, pág. 56.

⁹⁰ La jurisprudencia alemana, como señala PERALTA (*Motivos reprochables (...)*, ob.cit., pág. 302), en algunas decisiones restringe el alcance de la literalidad del texto del art. 211 StGB (“*para facilitar otro hecho o para encubrirlo*”) y exige que “dicha acción esté especialmente premeditada desde un comienzo”, para poder apreciarla. En cambio, “los casos más “espontáneos” (...) no merecen una pena tan intensa y, por ende, a pesar de lo que dice el texto corresponde aquí atenuar la pena”.

⁹¹ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, “Delitos contra la vida humana independiente (...)”, ob.cit., pág. 328, recogiendo un argumento de Pantalón Díaz y Sobejano Nieto; PEÑARANDA RAMOS, “Delito de asesinato (...)”, ob.cit., pág. 494.

mente de aquel delito que pretendía ocultar. De nuevo se lesiona la necesaria proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito.

Mayores problemas presenta este precepto si lo relacionamos con el apartado segundo del art. 140.1 CP, que impone la pena de prisión perpetua revisable cuando la muerte “*fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*”. De manera que, deberá dilucidarse el ámbito de aplicación del art. 140.1.2^a CP para, de una parte, deslindarlo de la circunstancia cuarta del delito de asesinato, por ejemplo: en un supuesto en el que se produce un acoso sexual entre compañeros de trabajo y, ante la amenaza de la víctima de denunciarlo ante la autoridad, el acosador la mata; y, de otra, resolver su concurrencia como agravante específica del homicidio o asesinato.

Si entramos a analizar la circunstancia segunda del art. 140.1 CP, lo primero que llama la atención es el silencio del legislador respecto de otros delitos igualmente graves como el secuestro o la detención ilegal o un delito contra la integridad moral, incluso los ataques a menores, y lo restringe únicamente a los delitos contra la *libertad sexual*⁹², lo que, por un lado, incluye *todos* los afectantes a tal bien jurídico (desde el acoso sexual hasta la violación) y, por otro, deja fuera a los relativos a la “indemnidad sexual” que, según unánime interpretación, es el bien jurídico afectado cuando la víctima es menor.

En mi opinión, la no inclusión de estos últimos ha sido un olvido del legislador, ya que si pensamos en los casos acaecidos en los últimos años en nuestro país en los que junto a la agresión sexual se ha producido la muerte de la víctima, encontramos el caso de M^a Luz, una niña de cuatro años, a cuya familia el Gobierno, en su momento, prometió que casos como el de su hija serían penados con mayor contundencia. Aunque quizás, o incluso puede afirmarse, el legislador estaba pensando en otro de los casos más mediatizados de los últimos años como es el caso de Marta del Castillo, que en el momento de su muerte tenía diecisiete años. Por lo que, si este suceso hubiera acaecido tras la reforma de 2015, al presumirse que hubo una previa agresión sexual (no pudo contrastarse este extremo, al no haberse encontrado el cadáver de la víctima) se le aplicaría este nuevo precepto penal.

A partir de aquí, y tal como ya se ha señalado al inicio de estas páginas, parece ser que la creación de esta circunstancia agravatoria, no se sustenta en razones criminológicas, puesto que no existen datos que

⁹² MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob.cit., 2015, pág. 53; SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Del Homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss.)”, ob.cit., pág. 468 y ss.

indiquen una especial proliferación de homicidios subsiguientes a delitos sexuales⁹³. En cambio, como se desprende del Preámbulo, la reforma parece obedecer exclusivamente a la satisfacción de lo que ahí se denominan demandas “sociales” y que, al no remitirse a estudio alguno, cabe entender más exactamente, como demandas “mediáticas”. En efecto, la exigencia mediática de satisfacción a la víctima es un fenómeno que domina de manera preocupante muchas de las decisiones político criminales de los últimos tiempos⁹⁴.

Junto a esta nueva muestra de populismo punitivo, la vinculación con los delitos contra la libertad sexual puede basarse en un supuesto perfil de autor con un mayor grado de perversidad, pues al móvil sexual se une el de matar⁹⁵. Ello nos lleva a afirmar que aquí, no se atiende exclusivamente al hecho sino al autor, su personalidad, su carácter, su mayor peligrosidad. Aquí, el Derecho penal está castigando al delincuente sexual que, además, mata a su víctima; nuevamente, en contra de castigar *conductas* propias de un derecho penal del hecho, se están castigando *personalidades*, lo que es propio de un derecho penal de autor e impropio de un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro⁹⁶.

Ahora bien, si es la perversidad del delincuente sexual lo que se pretende castigar, no se entiende que la modalidad típica se haya acotado a “todos” los delitos contra la libertad sexual, ya que no es lo mismo la muerte subsiguiente a un acoso, que la subsiguiente a una violación.

Así las cosas, antes de la reforma estos supuestos se solucionaban aplicando un concurso real de delitos conforme al art. 73 CP, entre, por ejemplo: un delito de violación del art. 179 CP, castigado con una pena de prisión de seis a doce años, y un delito de homicidio del art. 138 CP, castigado con una pena de diez a quince años, sancionándose ambas infracciones de manera acumulativa con un mínimo de dieciséis y un máximo de veintisiete.

Tras la reforma podría plantearse que la opción del legislador es considerar de preferente aplicación la cualificación específica, esto es,

⁹³ SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Del Homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss.)”, ob.cit., pág. 469.

⁹⁴ Vid., en este sentido, GARCÍA ARÁN, M. /BOTELLA CORRAL, J. (Dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁹⁵ SIERRA LÓPEZ, “Homicidio y asesinato: las modificaciones (...)”, ob.cit., pág. 157.

⁹⁶ GÓMEZ MARTÍN, V., *El derecho penal de autor*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 25 y ss. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2015, págs. 136 y ss.; 196 y ss.

el homicidio agravado o el asesinato hiperagravado, lo que supondría no apreciar el concreto delito cometido contra la libertad sexual. Tal solución equivaldría a la mantenida para la tercera circunstancia del art. 140.1, que se refiere a la comisión de la muerte “*por quien perteneciere a un grupo u organización criminal*”. En este último supuesto, se opta por el concurso de normas como en todos los delitos cualificados por pertenencia a organización en los que prevalece la aplicación del precepto que contiene la cualificación específica (por ejemplo, art. 570 bis, 3 CP en relación con el art. 177 bis, 6 CP). A mi juicio, si se traslada lo anterior a la cualificación por vinculación con un delito sexual, se producirán varios despropósitos. De una parte, no se atenderá al desvalor intrínseco del delito sexual, porque no puede considerarse comprendido en este nuevo precepto, que sólo recoge el carácter “subsiguiente” de la muerte respecto del delito sexual y, por lo tanto, apunta a un hecho distinto. Y, por otra parte, el precepto se refiere de forma genérica a cualquier delito contra la libertad sexual de los contemplados en el Título VIII del CP, de manera que se castigará con la misma pena a aquel que mata después de acosar o de abusar sexualmente a la víctima, que aquel que lo ha hecho después de violarla⁹⁷.

En consecuencia, para poder abarcar el desvalor del delito contra la libertad sexual, así como atender a sus diferencias penológicas, deberíamos acudir a la solución concursal, por otra parte, difícilmente evitable desde el momento en que la ley menciona un hecho “subsiguiente” a otro, lo que indica pluralidad de hechos identificables y acotados en su momento de comisión. Tales características no se producen, a mi juicio, en la cualificación por pertenencia a organización criminal, porque dicha circunstancia se comete como delito independiente cuando se da una situación permanente en el autor, consistente en la relación con una estructura organizativa, lo que no posee las mismas características de hecho individualizable en un comportamiento concreto que se dan en el delito sexual. Por ello en la agravación por criminalidad organizada es posible eludir el concurso real –como pluralidad de *hechos*– y optar por el concurso de leyes.

Si se comparte lo anterior, cuando tras el delito contra la libertad sexual se causa la muerte, calificada como homicidio o asesinato alevo-so, debería aplicarse el homicidio o el asesinato agravados por la circunstancia segunda del art. 140.1 CP, en concurso real con el respectivo delito sexual realizado. Sin embargo, con ello resultan evidentes nuevos

⁹⁷ DEL CARPIO DELGADO, J., “La pena de prisión permanente (...)”, ob.cit., pág. 4.

e importantes problemas. Si el fundamento de esta nueva circunstancia se sitúa en la protección de la libertad sexual, se produce un *bis in idem*, ya que el ataque a la libertad sexual que sirve para calificar la conducta como delito contra la misma, se vuelve a tomar en consideración, si además, se aplica el apartado segundo del art. 140.1 CP. De manera que, el contenido de injusto del delito contra la libertad sexual se tomará en consideración dos veces.

Si –como creemos–, se estima inevitable el concurso real de delitos, resultan posibles dos soluciones, ninguna de las cuales es plenamente satisfactoria: a) en concurso real con el delito sexual, para evitar el *bis in idem*, debe dejar de aplicarse la agravante específica a que nos venimos refiriendo, lo que supone, en la práctica, vaciarla de contenido y tenerla por no puesta y, b) evitar el reproche por *bis in idem*, buscando otros fundamentos a la agravación que la “legitimen”, lo que es tanto como retorcer la ley para justificar decisiones punitivistas y populistas que aquí no se comparten.

En efecto, otros posibles fundamentos de la agravación son difícilmente compartibles: por un lado, cabe apreciar nuevamente un desvalor de las características del autor, esto es, se castiga al delincuente sexual que después mata porque se considera más peligroso, presumiéndose dicha peligrosidad si se aplica la agravación de forma automática. Desde otro punto de vista, cabría advertir aquí la pretensión de desvalorar, no ya el concreto delito sexual, sino el hecho de que la muerte esté *vinculada* al mismo, esto es, su conexión con el delito sexual. Éste es, sin duda, un fundamento evanescente y formal, que permitiría evitar el *bis in idem*, conduciendo, a cambio, a penas gravísimas que pueden alcanzar la prisión permanente revisable para el asesinato, que, además, estaría en concurso real con el delito sexual.

En suma: o ignoramos que existen dos hechos y evitamos el concurso real o bien, si se aprecia dicho concurso, habremos de tener por no puesta la circunstancia agravante que nos ocupa para evitar el *bis in idem* o le buscaremos imaginativos fundamentos para salvar el despropósito legislativo.

En mi opinión, aunque declarar la inaplicabilidad de una norma penal suele resultar incómodo, deben denunciarse los problemas de *non bis in idem* que acompañan a esta circunstancia y evitar su aplicación dada la obligatoriedad de mantener interpretaciones adecuadas a la Constitución que, para los jueces, se contiene en el art. 5 de la LOPJ. O bien, promover la revisión de su constitucionalidad.

Por último, resta una referencia a un ulterior problema que suscita esta nueva circunstancia. Se trata de casos en que la misma situación pueda incluirse, además, en la nueva circunstancia cualificativa del asesinato consistente en la finalidad de ocultar otro delito (circunstancia 4ª del art. 139.1 CP), es decir, cuando se mata para ocultar la comisión del delito contra la libertad sexual. Sierra López considera que en estos casos debe aplicarse la circunstancia 2ª del art. 140.1 (muerte subsiguiente a un delito sexual)⁹⁸. En mi opinión, si la muerte se comete para ocultar un delito sexual ya cometido, será, sin duda, *subsiguiente* al mismo. En suma, la finalidad de ocultar un delito ya cometido a que se refiere la circunstancia cualificativa del asesinato del art. 139.1,4ª, junto al fundamento que antes hemos analizado, incluye también la vinculación con el delito anterior que expresa la agravante 2ª del art. 140.1, por lo que en aplicación del principio de especialidad (art. 8,1 CP), prevalece el citado art. 139,1,4ª CP, en concurso real con el delito sexual cometido (lógicamente, si los ha cometido el mismo sujeto).

En resumen, la crítica estrictamente político criminal a las decisiones rigoristas y/o populistas del legislador puede resultar ya cansina en la literatura penal reciente y no por ello menos justificada. Pero en la reforma del delito de asesinato, se han generado, además, un cúmulo de problemas técnicos de aplicación, absolutamente innecesarios pero que en cambio, necesitarán del mayor esfuerzo interpretativo por parte de quienes tienen encomendada la aplicación del derecho, lo que, en definitiva, perjudica la seguridad jurídica.

⁹⁸ SIERRA LÓPEZ, “Homicidio y asesinato: las modificaciones (...)”, ob.cit., págs. 156-157. En el mismo sentido, JUANATEY DORADO, “Asesinato”, ob. cit., pág. 62; MUÑOZ RUIZ, “Delitos contra la vida y la integridad física”, ob.cit., pág. 357.

