



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2015 / 2016
Convocatoria: Septiembre

LA AGRAVACIÓN DEL ASESINATO EN LA REFORMA DE 2015
The aggravation of the murder in the reform of 2015

Realizado por el alumno/a D. Noelia Gallo Merchán

Tutorizado por el Profesor/a D. Ulises Hernández Plasencia

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

ABSTRACT

With the new draft of the Penal Code carried out by the Organic Law 1/2015, of January 30, it has got in the articles relative to the murder-139 and 140 CP-, first, a new circumstance that determines the commission of a murder " to facilitate the commission of another crime or to prevent it from revealing itself ", producing his incorporation problems of all kinds, from consummation up to compete for them. Also, the reform has introduced in the article 139 newly paragraph - the number 2-in which there is foreseen an aggravation of the basic murder - of the article 139.1 CP - for the cases in which circumstances meet " more of one ", draft so ambigüa that of this article that has given place to doctrinal contradictory currents to define the exact number of circumstances that have to meet. Likewise, the legislative reform has incorporated a new article 140 CP, in which the qualified types of the murder are gathered. In this work there will be approached the foundations that give place to these types, as the passive subject (special vulnerability of the víctima), the active subject (belonging to group or criminal organization) or the repetition, between others; as well as the problems they compete that they have caused these types of qualified murders - with other articles or between them themselves - and we will verify if they have had application in the company.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Con la nueva redacción del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de enero, se ha introducido en los artículos relativos al asesinato -139 y 140 CP-, en primer lugar, una nueva circunstancia que determina la comisión de un asesinato "para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra", produciendo su inclusión problemas de todo tipo, desde consumación hasta concursales. También, la reforma ha introducido en el artículo 139 un

nuevo apartado -el número 2- en el cual se prevé una agravación del asesinato básico -del artículo 139.1 CP- para los casos en los que concurran “más de una circunstancia”, redacción tan ambigua la de este artículo que ha dado lugar a corrientes doctrinales contradictorias para definir el número exacto de circunstancias que han de concurrir. Asimismo, la reforma legislativa ha incorporado un nuevo artículo 140 CP, en el que se recogen los tipos cualificados del asesinato. En este trabajo se abordarán los fundamentos que dan lugar a esos tipos, como el sujeto pasivo (especial vulnerabilidad del víctima), el sujeto activo (pertenencia a grupo u organización criminal) o la reincidencia, entre otros; así como los problemas concursales que han ocasionado estos tipos de asesinatos cualificados – con otros artículos o entre ellos mismos- y comprobaremos si han tenido aplicación en la sociedad.

ÍNDICE

Introducción.....	5
1. La nueva redacción del artículo 139 del Código Penal.....	8
1.1 Algunas cuestiones que plantea la nueva circunstancia del art. 139.1. 4ª CP.....	8
1.2 ¿Dos o tres circunstancias para la agravación del asesinato?	12
2. Tipos hiperagravados del asesinato.....	14
2.1 Fundamento de las circunstancias del asesinato.....	15
2.2 Relaciones concursales del asesinato hiperagravado	21
2.2.1 Concurso de normas.....	22
2.2.2 Concurso real.....	25
3. Otras cuestiones que plantea el tipo hiperagravado.....	27
3.1 Asesinato reiterado o en serie.....	27
3.2 Asesinato hiperagravado <i>versus</i> legítima defensa.....	29
4. Casos reales.....	31
5. Conclusiones.....	33
6. Bibliografía.....	36

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es el estudio de los nuevos tipos agravados del asesinato contenidos en los artículos 139.2 y 140 del Código Penal, introducidos por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.

La reforma del Código Penal ha incluido, en primer lugar, una nueva circunstancia determinante de la calificación de un homicidio como asesinato en el artículo 139.1,4ª del Código Penal, consistente en matar para cometer otro delito o para evitar que se descubra. Para nuestro interés, la relevancia de esta modificación radica en el tipo agravado del asesinato reubicado por la reforma en segundo número del artículo 139, por el que se impondrá la pena en su mitad superior cuando concurren más de una de las circunstancias previstas en el número primero de dicho artículo, conservando con ello la misma pena que la Código penal preveía en el anterior artículo 140 -de 20 a 25 años-. Por lo que, si antes de la reforma solo cabía la posibilidad de que concudiesen en este tipo agravado la alevosía, el precio, recompensa o promesa o el ensañamiento, en la actualidad nos encontramos ante la posibilidad de que también se cometa asesinato cuando concorra la circunstancia de que la muerte “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se produzca”.

Por su parte, la reforma también ha introducido en el artículo 140 CP la pena de prisión permanente revisable para los asesinatos que el legislador califica en la Exposición de Motivos como “de especial gravedad”, aquellos en los que se dé alguno de los siguientes supuestos: que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad; que fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual sobre la víctima; o que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u

organización criminal. A este asesinato, cometido dentro del marco legal previsto en el artículo 139.2 CP, se le denomina por la doctrina *asesinato agravado*; mientras que, para los asesinatos previstos a continuación, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 140 CP, la doctrina se ha referido a ellos como *asesinatos hiperagravados*.

La reforma también aplica la prisión permanente revisable en caso de que al reo de asesinato se le hubiere condenado por la muerte de dos o más personas (art. 140.2 CP). A pesar de que la Exposición de Motivos los denomina como “asesinatos reiterados o cometidos en serie”, por la redacción del artículo parece que se incluyen muchos más supuestos que nada tienen que ver con los asesinatos de varias personas que respondan a un mismo patrón. Tanto los asesinatos reiterados como los asesinatos de especial gravedad carecen de antecedentes previos a la reforma operada en 2015.

La razón del legislador para introducir estos nuevos tipos de asesinatos agravados previstos en el 140 no la encontramos en la Exposición de Motivos, pero podría hallarse un campo de aplicación aceptable a la pena de la prisión permanente revisable por las implicaciones ético-sociales de reprochabilidad que conllevan las circunstancias cualificadoras. Se trataría de un intento de legitimación de la pena de prisión perpetua que demandaban desde hace tiempo las asociaciones de víctimas¹.

¹ V. Al respecto

<http://www.lavanguardia.com/politica/20150708/54433287066/gobierno-victimas-a-favor-prision-permanente-revisable.html>; <http://noticias.lainformacion.com/espana/las-victimas-arrancan-del-gobierno-la-promesa-de-agilizar-la-implantacion-de-la-cadena-perpetua-revisable-ItW7nhQHgBVvuTB5GCw4x/>; <http://www.larazon.es/espana/las-victimas-satisfechas-con-la-nueva-prision-permanente-revisable-XY9302011#.Ttt12O4UTNpoZqU>; <https://intereconomia.com/noticia/victimas-exigen-que-futura-prision-permanente-revisable-no-albergue-fisuras-20120916-0000>.

El mayor problema planteado respecto de la nueva redacción es la gran diferencia en la cuantificación de la pena por la concurrencia de varias circunstancias cualificativas del asesinato (art. 139.2) y las del tipo del asesinato hiperagravado (art. 140 CP). Mientras las primeras solo aumentan la pena a su mitad superior, las segundas dejan la puerta abierta a una pena potencialmente perpetua. Y esta diferenciación no encuentra explicación alguna en la Exposición de Motivos por lo que es totalmente arbitraria en aras a legitimar, como decíamos, la pena de prisión permanente a través de delitos considerados horribles por la sociedad.

A lo largo de este trabajo abordaremos el fundamento de las circunstancias cualificadoras del asesinato (arts. 139.2 y 140 CP), pues a primera vista no encontramos un criterio concurrente y unánime que sirva de fundamento para todas ellas, así como los problemas concursales que plantean estas circunstancias y otras cuestiones relevantes para su aplicación práctica.

1. La nueva redacción del artículo 139 CP

El artículo 139.2 del Código Penal prevé una cualificación del asesinato para los casos en los que concurra más de una de las circunstancias previstas en el primer apartado del mismo artículo, siendo éstas: alevosía; precio, recompensa o promesa; ensañamiento; o que el asesinato se cometa para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. La única novedad respecto a la anterior regulación es la posibilidad de concurrencia de la circunstancia cuarta del art. 139, junto con las ya previstas antes de la reforma del CP, cuya inclusión ha generado numerosas dudas entre la doctrina², pero a los efectos que a nosotros nos ocupan en relación con los tipos agravados del asesinato, nos vamos a centrar en su compatibilidad con la circunstancia 2ª del artículo 140.1 CP, que cualifica el asesinato en mayor medida para el caso de que el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, por los problemas concursales que pueden surgir entre ambas circunstancias -que con las demás del artículo 140 CP no se plantean- por las coincidencias que se dan entre las mismas y que más tarde analizaremos.

1.1. Algunas cuestiones que plantea la nueva circunstancia del art. 139.1.4ª CP

Este precepto suscita algunas cuestiones respecto a su fundamento, consumación, concursales o de autoría que seguidamente analizaremos.

² Muñoz Conde, F., *“Derecho Penal, Parte Especial”*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 35; López Peregrín, Mª. C., *“Los principales problemas que suscita el asesinato en el Proyecto de 2013, Análisis de las Reformas Penales”*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 54; Peñaranda Ramos, E., *“Estudio doctrinal sobre el anteproyecto de reforma de 2012”*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 496.

Por lo que respecta al fundamento, el art. 139.1.4^a establece dos supuestos: que el asesinato se cometa para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. La *ratio essendi* del primero de estos supuestos – asesinato “para facilitar la comisión de otro delito”- aparentemente es reprochar al autor su idea banalizadora de la vida, convirtiendo al sujeto pasivo en un mero instrumento del que se puede prescindir para facilitar la comisión de otro delito. Mientras que, en relación con el propósito de encubrir otro delito previo, se ha destacado que la *ratio essendi* de la cualificación descansa en la necesidad preventiva de una mayor protección de la vida cuando ésta se encuentra en una situación especialmente peligrosa, como es la que, a su juicio, tiene su origen en la tentación del autor de la infracción precedente de eludir su responsabilidad aun al precio de la muerte de otra persona³. Sin embargo, algunos autores⁴ consideran que esta finalidad de evitar que el autor encubra su delito, se aleja del principio de proporcionalidad y de la presunción de inocencia por exigir que el delincuente deje al descubierto sus fechorías.

Respecto a cuándo se entiende consumado el asesinato con la concurrencia de esta circunstancia cualificativa, parece ser que de la redacción literal del artículo -“para” facilitar la comisión de otro delito o “para” evitar que se descubra- podemos entender que solo es necesario que la privación de la vida por parte del sujeto activo se realice con una de esas finalidades aunque, finalmente, no se consiga consumir el delito fin o encubrir el delito⁵.

³ NK-Neumann, 3^a ed., § 211, núm. marg. 97. Así lo constata Peñaranda Ramos, E., “*Estudio doctrinal sobre el anteproyecto de reforma de 2012*”, op. cit., citando bibliografía alemana.

⁴ Como Queralt Jiménez, J., *Derecho Penal Español, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 37.

⁵ Así lo entiende Cadena Serrano, A., “*Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el código penal por Ley Orgánica 1/2015*”, p.10,

Asimismo, el Consejo Fiscal, en su informe preceptivo al PCP⁶, destacaba los problemas concursales que se suscitarán con los *delitos fin o encubiertos*. Como hemos dicho, esta circunstancia únicamente plantea problemas concursales con el asesinato hiperagravado cuando concurre la circunstancia segundo del artículo 140.1.2^a CP, frente al que López Peregrín nos da una posible solución⁷ para diferenciar entre ambas circunstancias. Obviamente, el elemento cualificador del asesinato del artículo 140 tiene un campo de aplicación más amplio que el art. 139.1.4^a, pues solo requiere ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual pero en ningún caso es requisito para ello que esté relacionado con el delito previo; sin embargo, en la nueva circunstancia del asesinato se exige una relación medio-fin, ya sea para favorecer la comisión de otro delito o para evitar que sea descubierto. Además, la realización del asesinato con aquella circunstancia puede ser anterior, coetáneo o posterior a la comisión del delito, mientras que el tipo cualificado previsto en el art. 140.1.2^a CP ha de ser necesariamente posterior –“que el hecho fuera subsiguiente...”–, de tal forma que si un sujeto mata a otro en el transcurso de la comisión de un delito contra su libertad sexual no podría considerarse como un asesinato hiperagravado, al no ser subsiguiente al mismo. Sin embargo, para su consideración como simple asesinato por el artículo 139.1.4^a CP debemos tener en cuenta que es necesario que la muerte tenga como finalidad facilitar el delito contra la libertad sexual -lo que en

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SE_RRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740; así como el Consejo General del Poder Judicial reafirma en el informe preceptivo al PCP que el asesinato concurrendo esta circunstancia es un delito independiente castigándose delito contra la vida cualificado por el propósito o finalidad de facilitar la comisión de otro delito o de evitar su descubrimiento, y por otro, la correspondiente figura del delito facilitado o encubierto que reclamará punición independiente.

⁶ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP de 2015.

⁷ López Pelegrín, M^a. C., “*Los principales problemas que suscita el asesinato en el Proyecto de 2013, Análisis de las Reformas Penales*”, op. cit., p. 55.

este caso no parece muy lógico pues la libertad sexual es un derecho de las personas vivas, que en caso de morir no dispondrían tal libertad-, o para evitar que se descubra el delito -lo que sí podría en algún caso realizar el simple asesinato-.

Por último, la cuarta circunstancia del artículo 139.1 CP deja la puerta abierta a la posibilidad de que el asesinato sea cometido por un sujeto distinto al autor del delito-fin o que las víctimas sean diferentes, mientras el artículo 140.1.2ª CP exige que el autor de ambos delitos sea el mismo – “...que el autor hubiera cometido sobre la víctima”. El problema surge en el caso de que el autor de un delito contra la libertad sexual mate a su víctima después de cometer el delito para ocultarlo. En este caso, matar a la víctima de un delito contra la libertad sexual podría constituir, con la actual regulación, una doble valoración del mismo hecho infringiéndose el principio *non bis in idem*⁸: por un lado, sirve para calificar el hecho como asesinato –art. 139.1.4ª CP-, y por otro puede ser calificado como asesinato “hiperagravado” -art 140.1.2ªCP-. Lo más conveniente parece ser entonces la segunda opción, estimar no un concurso de delitos sino de leyes en el que prevalece la regla especial -referida a delitos contra la libertad sexual- sobre la general -referida a todos los delitos- (art. 8 del CP), pero esta calificación como asesinato y además cualificado es considerado por algunos⁹ como una vulneración del principio *non bis in ídem*, usando la misma circunstancia para la calificación como asesinato y para la cualificación de este. En consecuencia, resulta incompatible apreciar conjuntamente las circunstancias del asesinato previstas en los artículos 139.1.4ª y 140.1.2ª CP,

⁸ Muñoz Conde, F., “*Derecho Penal, Parte Especial*”, op. cit., p. 36.

⁹ Muñoz Conde, F.; Peñaranda Ramos, E.; López Peregrín, Mª C., “*Los principales problemas que suscita el asesinato en el Proyecto de 2013, Análisis de las Reformas Penales*” citados por Gracia Martín, L., en “*Los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal. Doctrina y jurisprudencia.*”, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 57.

pudiéndose aplicar este último precepto cuando el asesinato se hubiera cometido concurriendo alguna de las otras tres circunstancias en el art. 139.1 CP.

Respecto de las demás circunstancias del artículo 140.1 CP, el artículo 139.1,4ª no plantea problemas pues en caso de que se mate a una persona para descubrir un delito o facilitarlo y la víctima sea especialmente vulnerable por razón de la edad, discapacidad o enfermedad, se empleará para la calificación como asesinato simple la finalidad de facilitación o descubrimiento y para cualificación como asesinato hiperagravado la especial vulnerabilidad. Y por último, en caso de que el asesinato sea cometido por sujeto perteneciente a organización criminal se aplica la misma solución, la finalidad de o descubrimiento o facilitación de otro delito es la circunstancia utilizada para castigar la acción como asesinato mientras que la pertenencia a grupo u organización criminal determinará su punibilidad en el marco del artículo 140 CP.

1.2. ¿Dos o tres circunstancias para la agravación del asesinato?

La redacción del artículo 139.2 CP ha dado lugar a más de una interpretación. La interpretación genérica de la doctrina¹⁰ es que la expresión que emplea este artículo “cuando concurran más de una de las circunstancias...” se debe entender en el sentido de que la existencia de una

¹⁰ Muñoz Conde, F., “*Derecho Penal, Parte Especial*”, op. cit., p. 38; Sánchez Tomás, J. M., “*Derecho Penal Parte especial I*”, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996, p. 41; Peñaranda Ramos, E., “*Estudio doctrinal sobre el anteproyecto de reforma de 2012*”, op. cit., p. 233; Carbonell Mateu/González Cussac, “*Comentarios a la reforma del Código Penal*”, Vol. I, Tirant lo Blanch, 1996. p. 739. En el mismo sentido Cadena Serrano, A., “*Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el código penal por Ley Orgánica 1/2015*”, op. cit., p. 11.

circunstancia determina la apreciación de hecho como asesinato simple; si concurren dos circunstancias, la segunda funciona como agravante específica que nos obliga a recurrir al marco penal del artículo 139.2 (de 20 años y 1 día a 25 años de prisión), y dentro de ese marco se computará como agravante genérica, conforme a las reglas generales de determinación de la pena del art. 66, cualquier otra circunstancia de las mencionadas en el artículo 139.1 CP.

Otra corriente¹¹, menos extendida, considera que se debe dar la presencia de tres circunstancias para el asesinato agravado, pues si una de las circunstancias sirve para calificar el asesinato, necesariamente han de ser otras dos –*más de una en un asesinato*– que no se han tenido en cuenta para la conceptualización del hecho como asesinato. En este caso, si solo concurrieran dos circunstancias, teniendo una en cuenta para apreciar el asesinato, la segunda circunstancia podría ser apreciada como agravante genérica tenida en cuenta por el juzgador de acuerdo con la regla del artículo 66. Con esta interpretación consiguen dar más sentido a la que, consideran, excesiva pena del asesinato agravado en comparación con el asesinato simple; así, en el caso de que se presenten únicamente dos circunstancias no se agravaría tanto la pena.

No obstante, aunque ambas corrientes admiten que en caso de concurrencia de circunstancias, aquellas que no sean empleadas para la cualificación del asesinato por el artículo 139.2, deben ser valoradas como agravantes

¹¹ Veáanse Carbonell Mateu/González Cussac, “*Comentarios a la reforma del Código Penal*”, op. cit., p. 739 y Serrano Gómez, A., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 9^a edición, Dykinson, Madrid, 2004, p.46 o Serrano Maíllo, A. «*Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*» número 42, 1997, p.144 y ss.; y Gracia Martín, L. “*Los delitos del homicidio y del asesinato en el CP español*”, op. cit., p.159.

genéricas, *Cuerda Riezu*¹² estima que no puede degradarse una de las circunstancias a genérica quedando desplazada así por la presencia de otra u otras circunstancias previstas en el artículo 139.1, sino que se debe resolver por un concurso ideal entre varios elementos cualificantes del asesinato. Se produce para ello por tanto un concurso de normas entre el artículo 77.1 - que prevé el concurso ideal de delitos en general- y el artículo 139.2 -que regula específicamente este concurso para atribuirle una consecuencia jurídica distinta de la atribuida por el régimen general- que debe resolverse por el principio de especialidad.

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque no encontramos pronunciamientos sobre la materia tras la reforma en la que el artículo 140 pasó a ser el artículo 139.2 del Código Penal, sí que existen sentencias previas sobre la consideración de las circunstancias necesarias para la aplicación del antiguo artículo 140 CP, que como tiene los mismos términos y la misma pena que el actual 139.2, resulta aplicable aquí¹³. Así, este Tribunal aplica el subtipo agravado del asesinato cuando concurren únicamente dos circunstancias del artículo 139.

2. Tipos hiperagravados del asesinato

Con la reforma llevada a cabo en el Código Penal en 2015 con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el actual artículo 140.1 prevé varios tipos hipercualificados de asesinato, a los que se les aplicará la pena de la prisión permanente revisable en los siguientes casos: 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; que el hecho fuera

¹² Cuerza Riezu, A., “*Concurso de delitos y determinación de la pena*”, Tecnos, 1992, p. 267; y otros como Gracia Martín, L., “*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*”, Tirant lo Blanch, 1993, p. 129 y ss.

¹³ Por ejemplo, STS 937/2005, de 7 julio.

subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que hubiera cometido el autor sobre la víctima; o que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. También, en el apartado segundo del art. 140 CP, al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.

A continuación examinaremos a qué fundamento obedecen estas nuevas circunstancias cualificadoras del asesinato para valorar si su incorporación resulta o no satisfactoria.

2.1 Fundamento de las circunstancias del asesinato

Vamos a examinar por separado cada una de las circunstancias del asesinato por si podemos descubrir uno o varios fundamentos¹⁴ que expliquen la mayor reprochabilidad o injusto.

2.1.1 Por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo

El artículo 140.1,1ª CP sanciona con la prisión permanente revisable al que cometa un asesinato contra un sujeto menor de 16 años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Aparentemente se trata de una modalidad de alevosía¹⁵ por aprovechamiento de una especial indefensión de la víctima de acuerdo con

¹⁴ Seguimos aquí a Suárez Mira Rodríguez, C., “Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015”, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2015, p. 455.

¹⁵ Bolea Bardón, C. y Cordoy Bisadolo, M., “Manual de Derecho Penal, parte especial. Doctrina y jurisprudencia”, Tomo I, Tirant lo Blanch, 2015, p. 42.

la jurisprudencia del Tribunal Supremo de menores e incapaces, por ser las víctimas especialmente desvalidas, pues viene entendiéndose¹⁶, como supuesto de comisión alevosa del asesinato en todos los casos, el aprovechamiento de la indefensión de menores de corta edad¹⁷.

Teniendo en cuenta la *ratio ascendi* de esta circunstancia, pueden existir supuestos que formalmente encajan en el marco legal del artículo 140.1,1ª, pero no encuentran fundamento en el mismo por no existir verdadera indefensión de la víctima o disminuir esta hasta tal punto que no se pueda hablar de alevosía. Estos son los casos en los que el sujeto pasivo tenga casi dieciséis años o el sujeto activo sea de mayor edad penal que el sujeto pasivo por escaso margen.

En caso de que se trate de un menor de 16 años entiende, sin embargo, el Tribunal Supremo que no hay alevosía por la simple minoría de edad. Así, entre otras, las SSTs 210/98, 123/01 o 645/03 referentes a otros delitos pero respecto de la misma circunstancia, exponen que *"si se sobreañadiese la especial agravación por esta circunstancia de la edad sin que en la relación de hechos probados exista ningún otro aditamento es obvio que se produce la vedada incursión en el principio "non bis in idem". Por ello, debe reducirse la valoración especial a aquellos supuestos en que además de la*

¹⁶ Muñoz Conde, F., López Peregrín, M^a. C., Sierra López, M^a. V. y otros, en "Análisis de las reformas penales, presente y futuro", Tirant lo Blanch, 2015, p.53.

¹⁷ STS de 2 de julio de 2009, en donde establece en su Fundamento Jurídico Quinto que, entre las distintas modalidades de alevosía, esta Sala STS 49/2004 de 22 de enero (RJ 2004, 2171), viene distinguiendo:

...c) alevosía por desvalimiento: en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como sucede con los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos STS graves...

STS de 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 2819) precisa que "...hay alevosía por desvalimiento, ya que el acusado se aprovecha de una situación de posible desamparo de la víctima... al tratarse de una niña de veintinueve meses sin que pueda apreciarse alevosía del menor sino ausencia absoluta de reacción o defensa".

corta edad de la víctima se añade otra circunstancia confluente en esa especial vulnerabilidad y así lo entiende la generalidad de la doctrina científica" (también SSTs 259 y 1697/00, 38/01, 1974/02 y 224/03). Esta última señala que en definitiva serán compatibles ambas circunstancias cuando no se tenga en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino todas las circunstancias concurrentes, y entre ellas, la personalidad del sujeto pasivo del delito y los elementos objetivos para aprovecharse sexualmente de la víctima". El Tribunal Supremo exige por lo tanto la apreciación de auténtico desvalimiento y no únicamente la minoría de edad.

En cualquier caso, algunos autores¹⁸ consideran que el sujeto agente del delito debe conocer la edad o preferiblemente la vulnerabilidad de la víctima para poder aplicar esta circunstancia agravante, siempre que concurra una circunstancia determinante del asesinato –art. 139.1 CP-, que de desconocerse no sería aplicable.

Por último, hay que señalar que no encontramos especial razón para que el legislador fije el límite de edad para esta circunstancia en los 16 años y no en los 18 o en los 14, pues la vulnerabilidad es algo intrínseco a cada sujeto, no habiendo dado ninguna fundamentación explícita.

A) Por su vinculación con otro hecho delictivo

El artículo 140.1,2ª CP exige para la agravación del asesinato que sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor ya hubiera

¹⁸ Muñoz Conde, F., “Derecho penal, Parte Especial”, op. cit., p.39.

cometido sobre la víctima. Las principales preguntas que suscita entre la doctrina¹⁹ es por qué el legislador ha restringido el asesinato agravado concretamente a los casos en que el hecho sea subsiguiente a un delito contra libertad sexual y no respecto de cualquier otro delito, pues la *ratio essendi* de esta circunstancia parece ser la especial gravedad de matar a una persona que ya ha sido víctima previamente de un delito contra la libertad sexual, pero tal gravedad podría darse también respecto de otros delitos como el secuestro, el robo con violencia, etc., a no ser que sea porque criminológicamente pueda constatarse este proceder criminal, a lo que el legislador sin embargo no alude. Además, en principio, tampoco se incluye la indemnidad sexual relativa a los menores, lo que tiene aún más gravedad si cabe. No obstante, en este sentido si la libertad sexual es el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual determinado contra la propia voluntad, debemos entender que el legislador lo considera tácitamente vulnerado cuando la víctima es un menor de dieciséis años o un incapaz, aunque carezcan de capacidad para poder expresar su libertad²⁰.

A su vez, dentro del delito contra la libertad sexual encontramos un campo muy amplio de hechos delictivos, habiendo notables diferencias penológicas entre todos los delitos de este tipo, que van desde abusos sexuales por un simple tocamiento hasta violaciones, castigándose de igual modo todos ellos como asesinato hiperagravado con la pena de prisión permanente revisable, aunque no se castigará de igual modo el delito contra la libertad sexual que conllevará su pena correspondiente.

¹⁹ Suárez Mira Rodríguez, C. en “*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*”, op. cit., p. 455; Muñoz Conde, F., “*Derecho penal, Parte especial*”, op. cit., p.40.

²⁰ Cadena Serrano, A., “*Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015*”, op. cit., p. 14.

Tampoco se entiende la acotación a que el asesinato se cometa únicamente sobre la víctima, pues si la razón de realizarlo fuera para evitar el descubrimiento del delito o la identificación del agresor, razones que alega el legislador en la reforma, podría el autor matar a cualquier persona que fuera testigo del delito sin que le fuera aplicable el tipo hiperagravado; por ejemplo, si el sujeto pasivo es un menor, matar a los padres testigos del delito que son lo que pueden identificar al agresor, aunque, como ya hemos visto, la evitación del descubrimiento del delito matando a otro es castigado como asesinato en su tipo básico por apreciación de la circunstancia cuarta del artículo 139.1 CP.

Por último, es de señalar que aparentemente no hemos encontrado demanda social para la regulación de este asesinato agravado ni fundamento concreto.

B) Por el sujeto activo

La última circunstancia cualificadora del asesinato agravado es que el delito se hubiera cometido por quien pertenece a un grupo u organización criminal. Parece ser que la *ratio essendi* de esta circunstancia es el aumento de lo injusto que supone la pertenencia a una organización criminal, pues el sujeto es indiciariamente más peligroso²¹ que aquel que no pertenece a ningún tipo de entramado delictivo.

Sin embargo, la redacción del artículo es bastante ambigua en cuanto no tendría sentido que se tratase de un delito contra la vida humana independiente cometido por un sujeto activo que pertenezca a un grupo u organización criminal, pero sin que el delito tenga relación con dicha

²¹ Así lo recoge Suárez Mira Rodríguez, C. en “Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015”, op. cit., p. 449.

organización o grupo criminal²², pues en ese caso, a nuestro parecer, el sujeto no sería más peligroso que cualquier otra persona al no tener otro motivo para matar, o de tenerlo y cometer un asesinato -piénsese en un asesinato que se comete por motivos pasionales con alevosía por ser ejecutado mientras el sujeto pasivo duerme-, no hubiera resultado más peligroso que cualquier otro sujeto en la misma situación ni encontraría ningún fundamento para aplicar esta circunstancia agravante aunque perteneciera a la organización criminal. En este sentido, la Exposición de Motivos del Anteproyecto²³, con mejor criterio, se refería a la apreciación de esta agravación únicamente en los supuestos de “asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal” y no simplemente a su comisión de los asesinatos por uno de sus integrantes.

El artículo 570 bis CP define la organización criminal como un grupo formado por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada o coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos mientras que el artículo 570 ter CP define el grupo criminal como la unión de dos o más personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos. En estos artículos se protege el orden público como bien jurídico a tutelar y este interés es el que justifica el mayor desvalor del hecho en el asesinato cualificado del artículo 140.1. 3ª. En tales casos, sin embargo, tenemos en el CP tipos específicos que castigan los delitos cometidos por estos sujetos –art 573 bis CP, lo que plantea alguna cuestión concursal que analizaremos más abajo.

²² Así lo entiende también Queralt Jiménez J. en “*Derecho Penal Español, Parte especial*”, op. cit., p. 39.

²³ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP.

C) Reincidencia

Al margen de las circunstancias agravantes del artículo 140.1 CP, el segundo apartado de este artículo prevé la misma agravación penológica, prisión permanente revisable, para los casos en los que el reo de asesinato haya sido condenado previamente por la muerte de dos o más personas con base en una misma sentencia. Tal y como está redactada en dicho precepto, esta cualificación solo es aplicable para los casos en los que el sujeto *previamente* haya sido condenado por atentar contra la vida de otras personas, y por tanto podría darse, en principio, tanto en caso de reincidencia o como con antecedentes cancelados. El Código penal no exige que el reo haya sido condenado ejecutoriamente por esas muertes ni que la condena deba ser firme. Lo que sí resulta necesario es que debe tratarse de al menos tres víctimas mortales del mismo sujeto activo.

2.2. Relaciones concursales del asesinato hiperagravado

Las similitudes de los nuevos tipos hiperagravados de asesinato con otros tipos penales ya existentes plantean necesariamente cuestiones de orden concursal que desembocan en concurso de leyes o normas o concurso real de delitos.

2.2.1 Concurso de normas

En el caso de la circunstancia primera del artículo 140.1 CP *-por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, discapacidad o*

enfermedad- la problemática radica para algunos autores²⁴ en la existencia de un concurso de normas entre distintas modalidades de asesinato y el homicidio, pues el hecho de matar a un niño de corta edad encaja tanto en el homicidio agravado del artículo 138.2.a) del Código Penal como en el asesinato simple con alevosía del artículo 139.1,1ª y en el asesinato agravado del artículo 140.1,1ª que ahora nos ocupa.

La doctrina jurisprudencial es contraria a la calificación de este hecho como homicidio agravado y no como asesinato simple, porque en todo caso se debería emplear esta circunstancia como cualificadora de la muerte como asesinato mediante alevosía, en aplicación del artículo 8, regla 4 del CP, que establece que ante hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código Penal, y en defecto de otros criterios, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

Otra corriente doctrinal²⁵ opina que el artículo 140.1,1ª deja al asesinato simple desplazado, siempre en todo caso preferente el asesinato hiperagravado por cuanto es ley especial.

Mientras, una tercera postura doctrinal²⁶ parece ser la más razonable, por la que se soluciona la problemática del concurso entre el asesinato básico y el asesinato hiperagravado exigiendo para la apreciación del asesinato cualificado, calificar primero la muerte por asesinato por una circunstancia distinta de la alevosía, pues la alevosía la vamos a emplear para aplicar la circunstancia primera del artículo 140.1 CP, evitando así la vulneración del

²⁴ Así Suárez Mira Rodríguez, C. en “Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015”, op. cit., p.457.

²⁵ Bolea Bardón, C. y Cordoy Bisadolo, M. en “Manual de derecho penal, Parte especial. Doctrina y jurisprudencia”, op. cit., p.42

²⁶ Muñoz Conde, F., “Derecho penal, Parte especial”, op. cit., p. 39.

principio *bis in ídem*. En caso de que no concurra en la muerte circunstancia distinta de la alevosía, es entonces cuando procede la aplicación del homicidio agravado.

El Tribunal Supremo está de acuerdo con que no se debe calificar la muerte de un niño como alevosa y luego emplear la misma circunstancia para aplicar el asesinato hiperagravado. En este sentido, tal como se decía en la STS nº 861/2010, de 13 de octubre, “...*la jurisprudencia ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación no cabe esta última por infracción del "non bis in ídem"*”.

Es cierto que el artículo 140.1.1ª del CP es ley especial por cuanto recoge la circunstancia concreta para ese caso en particular, pero no se puede aplicar tal artículo si previamente no se ha calificado la muerte como asesinato. Por tanto, no deberá enmarcarse esta circunstancia en el artículo 140 CP si ya se hubiese tenido en cuenta para la calificación del hecho como asesinato la citada vulnerabilidad del sujeto pasivo –edad, enfermedad o discapacidad física o mental- entendiéndola como alevosía, pues está claro, a nuestro juicio, que si esa es la única circunstancia que concurre en la acción típica debe ser empleada para ser calificado como asesinato (de otro modo sería homicidio), y se castigará éste en su modalidad simple para no incurrir en *bis in ídem*, tal como destaca el informe del CGPJ, dado que la vulnerabilidad del sujeto pasivo solo podría utilizada para aplicar el artículo 140.1 en el caso que no constituyera una circunstancia determinante de

asesinato. En cualquier caso, ha de ser el juez el que debe resolver el concurso, aplicando el marco penal del artículo 140 CP siempre que para la calificación del asesinato se haya empleado criterio distinto a la especial vulnerabilidad de la víctima, aunque se trate de un asesinato alevoso, que puede proceder por otras circunstancias como el ataque por la espalda.

Asimismo, para la tercera circunstancia del artículo 140.1 CP *-por razón de la pertenencia a una organización o grupo criminal-* el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha advertido que se producirá un concurso de normas con los artículos 570 *bis* o 570 *ter* CP en los que se sanciona de forma independiente la simple pertenencia a dichas organizaciones. Parece claro que no podrá castigarse la pertenencia a organización criminal de forma autónoma en concurso con el asesinato hiperagravado pues estaríamos ante una vulneración del principio *non bis in ídem*. De esta forma, la pertenencia a organización o grupo criminal quedará subsumida en el tipo subjetivo del artículo 140.1.3ª, que comprende el desvalor de dicho comportamiento.

También procede plantear el concurso de normas entre los artículos 570 *bis* y 570 *ter* del Código Penal con el tipo básico del asesinato contenido en el artículo 139 CP, pues si comparamos la pena resultante del concurso citado y la del subtipo del artículo 140.1.3ª, resulta más grave la del subtipo, por lo que de conformidad con el artículo 570 quáter, deberá castigarse con el subtipo por referencia al artículo 8.4ª del Código Penal, que prevé el principio de alternitud.²⁷

²⁷ Defiende la tesis del principio de alternitud Muñoz Conde, F., López Peregrín, Mª. C., Sierra López, Mª. V. y otros, “Análisis de las reformas penales, presente y futuro”, op. cit., p. 56.

En cualquier caso, si el sujeto autor del asesinato actuara con fines terroristas, serán de aplicación los artículos 573 -y 573 bis- CP por el que “se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad... cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: subvertir el orden constitucional o el funcionamiento de las instituciones políticas; alterar gravemente la paz pública; desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; o provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. Si el sujeto activo tiene alguna de estas finalidades, el hecho será calificado como delito de terrorismo incluso cuando no se llegase a producir la muerte²⁸. La sentencia de la Audiencia Nacional (SAN 28/2002, de 20 de octubre- ratifica que la naturaleza jurídica de un asesinato terrorista es la de un delito especial, de preferente aplicación frente a los delitos comunes.

3.2.2 Concurso real

Con la segunda circunstancia del artículo 140.1 CP *-que el asesinato sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual de la víctima-* debemos plantearnos como aplicar la pena de los dos delitos que concurren en el precepto, el del asesinato y el delito contra la libertad sexual, pues se trata de dos delitos independientes y distintos.

Antes de la reforma se daba un concurso real²⁹ entre un delito de violación y un delito de asesinato, aplicándose el artículo 73 y 75 del Código Penal conforme al cual se impondrán las penas correspondientes a las diversas

²⁸ Muñoz Conde, F., “Derecho penal, parte especial”, op. cit., p.41.

²⁹ Como Suárez Mira Rodríguez, C. en “Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015”, op. cit., p. 447.

infracciones para su cumplimiento simultáneo o sucesivo. Tras la reforma de 2015 un sector doctrinal mayoritario³⁰ entiende que se sigue manifestando en estos casos un concurso real, presentándose ésta como la alternativa más plausible, pues, como dice Suárez Mira Rodríguez³¹, esta es la forma de considerar el desvalor total de ambos delitos, pues en el artículo 140.1,2ª no se contiene el desvalor del delito contra la libertad sexual, sino únicamente el del asesinato.

Otra opción sería considerarlo, igual que las circunstancias anteriormente citadas, un concurso de leyes por el que el asesinato agravado, al ser un hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, se castigase desplazando al previo delito sexual en virtud del artículo 8.3ª CP. Sin embargo, esta no parece la opción más razonable pues el propio artículo diferencia ambos delitos sin que el asesinato comprenda el desvalor del delito contra la libertad sexual como ya hemos dicho, conformándose por lo tanto como delitos separados con penas diferentes y autónomas.

Respecto al caso en que el asesinato se cometa para evitar que se descubra el delito sexual, ya vimos la solución en el primer epígrafe, en cuyo supuesto no procede la aplicación del artículo 140 pues incurriríamos en *bis in ídem*, debiendo aplicarse el asesinato en su tipo básico, ya que de ser esta la única circunstancia que concurriera con la acción típica -igual que ocurre con la circunstancia precedente estudiada- debería ser empleada para calificar el hecho como asesinato, sino se trataría de un homicidio.

³⁰ Véanse Suárez Mira Rodríguez, C. en “Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015”, op. cit., p. 447; Cadena Serrano, A. en “Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015”, op. cit., p. 15.

³¹ Suárez Mira Rodríguez, C. en “Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015”, op. cit., p. 447.

3 Otras cuestiones que plantea el asesinato hiperagravado

3.1.2 Asesinato reiterado o en serie

La cuestión que suscita esta circunstancia supone determinar si la muerte ha de ser necesariamente dolosa, constitutiva por tanto de homicidio o asesinato, o también podría ser imprudente, lo que para la doctrina³² parece exagerado.

De esta forma, se podrían diferenciar varias interpretaciones de este precepto³³:

Una primera interpretación que entienda que todas las muertes han de ser necesariamente asesinatos y apreciarse en la misma sentencia, interpretación que coincide con el criterio del Consejo General del Poder Judicial que en su informe al anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal ha señalado, con razón, que el artículo 140.2 CP sufre de una imprecisión que debería ser corregida pues los términos en los que aparece redactado dan lugar a diversas interpretaciones aportando luz así sobre el problema que nos ocupa. Parece que en atención a la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece debería entenderse que cada una de las condenas por la muerte de las distintas personas deberán ser individualmente un asesinato y que las condenas por las diversas muertes han de establecerse en la misma sentencia. Sin embargo, la redacción del precepto permite otras interpretaciones como por ejemplo que bastaría que

³² Bolea Bardón, C. y Cordoy Bisadolo, M., “Manual de derecho penal, Parte Especial, Doctrina y Jurisprudencia”, op. cit., p. 43; Muñoz Conde, F., López Peregrín, M^a. C., Sierra López, M^a. V. y otros en “Análisis de las reformas penales, presente y futuro” op. cit., p. 57.

³³ Que aborda Cadena Serrano, A. en su artículo “Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015”, op. cit., p. 19 y ss.

solo una de las muertes sea asesinato que resultarían desproporcionadas con la excepcional pena que establece.

Así lo entiende también la doctrina mayoritaria que, como veíamos antes, consideraba desproporcionado acudir a este precepto para los casos en los que se tratase de homicidio imprudente, que ratifican que las muertes han de considerarse individualmente asesinatos dictados en la misma sentencia³⁴.

En una segunda interpretación bastaría con que solo una de las muertes sea asesinato y las otras simplemente constitutivas de homicidio, condenadas en las misma sentencia. Desde luego esas dos muertes adicionales deberían ser dolosas, nunca podrían ser culposas, ni siquiera una de ellas. El informe del CGPJ descarta esta segunda interpretación con el argumento de que “resultaría desproporcionada con la excepcional pena que establece” y que exigiría finalmente que la redacción del precepto fuese en todo caso más precisa.

Cabe una tercera interpretación para la cual bastaría con que el reo de asesinato “hubiera sido condenado” previamente, esto es, en una o varias sentencias anteriores, “por la muerte de más de dos personas”, condenas que podrían ser por homicidio o por asesinato. Aunque el Fiscal diferencia esta tercera interpretación de una cuarta, no vamos a hacer esa diferenciación aquí ya que parecen ser iguales puesto que la cuarta interpretación defendería que las condenas anteriores pudieran ser homicidios dolosos impuestas en el mismo o en diferentes procesos y dentro del mismo proceso en la misma o diferentes sentencias.

A nuestro entender, la única interpretación racional y proporcionada con la pena del precepto es aquella que entiende las muertes como asesinatos previos para la cualificación, pero no podemos encontrar el sentido a que

³⁴ Muñoz Conde, F., López Peregrín, M^a. C., Sierra López M^a. V. y otros en “*Análisis de las reformas penales, presente y futuro*”, op. cit., p.57.

sean dictados en la misma sentencia pues pueden haber tenido lugar a lo largo del tiempo y no por ello se desvirtúa la *ratio essendi* de esta circunstancia.

3.1.2 Asesinato hiperagravado *versus* legítima defensa

Sobre la legítima defensa y la posibilidad de asesinato cualificado, debemos recordar los requisitos de la eximente completa de la legítima defensa, que son, según el artículo 20.4 del Código Penal “El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: 1.- Agresión ilegítima; 2.- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla 3.- Falta de provocación suficiente por parte del defensor.”

Teniendo en cuenta en estos requisitos, podemos plantear el caso en que la víctima, tras una agresión sexual o cualquier delito sexual, va a agredir a su atacante y este la mata para defenderse. Uno de los requisitos para la aplicación de la eximente incompleta es la falta de provocación suficiente por parte del defensor, pero ¿se puede entender provocación la agresión sexual, excluyendo así la legítima defensa y apreciando el asesinato? Una vez concluida la agresión entiende el TS que no cabe apreciar legítima defensa por parte de la víctima cuando la agresión ya ha finalizado³⁵, por tanto, si la persona víctima del delito contra la libertad sexual ataca a su agresor una vez finalizada la agresión, se trataría de una agresión ilegítima por parte de la víctima al agresor, pudiendo aplicarse por tanto la legítima defensa si concurrieran los demás requisitos. Sin embargo, para que un asesinato quede exento por la eximente de la legítima defensa hay que

³⁵ TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1432/1994 de 12 julio. RJ 1994\6362; TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 828/2013 de 6 noviembre. RJ 2013\7466.

analizar la compatibilidad de las circunstancias calificadoras del asesinato con la legítima defensa.

Parece claro que la nueva circunstancia cuarta del artículo 139 “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra” así como la tercera “por precio, recompensa o promesa” no es compatible con la legítima defensa pues el asesinato, de concurrir alguna de esas circunstancias, no tendría fines defensivos; y tampoco cabría apreciar la legítima defensa con un asesinato alevoso, teniendo en cuenta que la legítima defensa se produce frente a un ataque ilegítimo, de forma que la muerte en defensa no se produce aprovechando circunstancias de indefensión o desvalimiento. No obstante, en caso de ensañamiento, por ejemplo, podríamos plantearnos aplicar la eximente incompleta por falta de proporcionalidad de los medios empleados para repeler la agresión, aunque la doctrina del Tribunal Supremo parece ser contraria a esta posibilidad al considerar como ensañamiento “*la complacencia en el incremento del dolor físico y moral*”³⁶, en palabras exactas del mismo tribunal, “*lo que determina la correcta apreciación de la agravante de que se trata es que la secuencia de acciones agresivas sea claramente funcional no sólo al propósito de producir un resultado lesivo, sino también al designio de acompañar a éste de un plus de sufrimiento que no estaba objetivamente demandado por la obtención de ese primer objetivo*”³⁷, haciendo por tanto incompatible la concurrencia de ensañamiento con la apreciación de legítima defensa en el asesinato, pues la finalidad del ensañamiento que acabamos de ver es contraria al fin de defensa de la eximente.

³⁶ SSTS de 24 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 7166] y 5 de marzo de 1999 [RJ 1999, 1295].

³⁷ Sentencia 803/2002, de 7 de mayo [RJ 2002, 6328], y sentencia núm. 780/2004 de 21 junio. RJ 2005\7465.

Para el resto de los casos, la ratio essendi de las circunstancias resultaría incompatible con la legítima defensa, pues en el caso de la pertenencia a organización o grupo criminal, como ya hemos visto, no basta con pertenecer a un grupo u organización criminal sino que el asesinato esté relacionado con los fines y objetivos de dicha organización, fines incompatibles con la legítima defensa. Y en el caso de que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, dado que el fundamento de esta circunstancia es la vulnerabilidad de la persona, un asesinato como respuesta a una agresión sería totalmente desproporcionado, eliminando la posibilidad de la legítima defensa.

En definitiva, no parece posible aplicar la legítima defensa en caso de concurrir alguna circunstancia calificadora del asesinato (artículo 139 CP), y mucho menos si concurren circunstancias cualificadoras del mismo (artículo 140 CP).

4. Casos reales

En la actualidad, ya se han dado algunos casos en los que se solicita la calificación de asesinato hipagravado, como son el caso³⁸ de un hombre que lanzó a una niña de 17 meses por la ventana ocasionándole la muerte, tras supuestamente abusar sexualmente de ella (la madre fue testigo de esos abusos pero todavía no han quedado demostrados) o el de una anciana que

³⁸ <http://www.20minutos.es/noticia/2658123/0/prision-permanente-revisable/acusado-asesinato-bebe/vitoria/>; http://www.abc.es/espana/abci-presunto-homicida-vitoria-enfrenta-prision-permanente-revisable-201601271047_noticia.html

mató a su marido inválido de 14 golpes con la muleta³⁹, aunque todavía no existe ninguna sentencia que declare la comisión de ninguno de los delitos. En el primero de los casos, la acción se podría calificar como asesinato por ser la muerte alevosa, por tratarse de una niña de 17 meses incapaz de defenderse -que como ya habíamos dicho, el Tribunal Supremo considera que en estos casos siempre se considera que existe alevosía⁴⁰-. Una vez calificada la muerte como asesinato, su cualificación como asesinato hiperagravado la solicita el fiscal por la circunstancia primera del artículo 140.1 CP -*Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*-. Sin embargo, en este caso no se puede hablar de libertad sexual pues la víctima no tiene aún la capacidad intelectual para decidir sobre su sexualidad, por lo que se encuadra dentro de la indemnidad sexual, que como ya vimos, aunque no se encuentre expresamente recogida junto con la libertad sexual en la circunstancia segunda del artículo, se debe considerar que el legislador la entiende incluida en artículo 140 CP cuando se trata de menores de 16 años e incapaces. Aquí surge un dilema pues para la calificación de la acción como asesinato ya se había empleado la edad entendiendo la muerte como alevosa por la indefensión que provoca la minoría de edad, y para aplicar el

³⁹ <http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2016/05/20/piden-prision-anciana-mato-marido/850801.html>; <http://www.europapress.es/andalucia/malaga-00356/noticia-piden-prision-permanente-revisable-mujer-83-anos-matar-marido-enfermo-20160520163457.html>

⁴⁰ STS de 2 de julio de 2009, en donde establece en su Fundamento Jurídico Quinto que, entre las distintas modalidades de alevosía, esta Sala STS 49/2004 de 22 de enero (RJ 2004, 2171), viene distinguiendo:

...c) alevosía por desvalimiento: en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como sucede con los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos STS graves...

STS de 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 2819) precisa que "...hay alevosía por desvalimiento, ya que el acusado se aprovecha de una situación de posible desamparo de la víctima... al tratarse de una niña de veintinueve meses sin que pueda apreciarse alevosía del menor sino ausencia absoluta de reacción o defensa".

artículo 140 CP sería preciso de nuevo recurrir a la minoría de edad, lo que podría vulnerar el principio non bis in ídem, aunque, aquí, el fundamento de la aplicación de la circunstancia primera del artículo 140.1CP - que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad- no es propiamente la edad sino la indemnidad sexual del menor, que es indemnidad sexual y no libertad sexual precisamente por la corta edad, y por ello se ha de aplicar la circunstancia primera. En concreto, la defensa solicita la prisión permanente revisable para el presunto agresor, consecuencia jurídica que viene regulada en el artículo 140 CP. De momento el Juzgado de Violencia de Género correspondiente ha dictado auto en el que ordena su ingreso en prisión tras tomarle declaración.

En el segundo caso, dado que el fallecido sufría un cáncer de pulmón con metástasis hepática que lo tenía sometido a una movilidad muy reducida se podría apreciar la circunstancia primera del artículo 140.1 CP -que se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad- para así solicitar la prisión permanente revisable por un delito de asesinato hiperagravado del artículo 140 CP, empleando para la calificación de asesinato un posible ensañamiento de la mujer hacia el marido, que le propinó 14 muletazos para ocasionar su muerte produciéndole severos traumatismos craneales, según afirma la fiscalía.

5. Conclusiones

Para concluir, en primer lugar, es evidente que la redacción del legislador en esta nueva reforma es bastante ambigua en materia de asesinato, debiendo acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para resolver esas lagunas legislativas, sobre todo en la aplicación del artículo 139.2 CP, pues no queda

claro con la literalidad del artículo cuantas circunstancias del artículo 139.1 CP deben concurrir para su aplicación; aunque también ha sido preciso interpretar algunas partes de otros preceptos, como el artículo 140.2ª CP, pues el legislador no ha incluido la indemnidad sexual de los menores a pesar de que es más vulnerable.

En segundo lugar, la nueva reforma en ocasiones ha sido desacertada o poco aprobada por la doctrina, pues, entre otras cosas, no se han encontrado razones para agravar determinadas conductas y no otras, como que un asesinato sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual -con lo que ya se aplicaría la pena de prisión permanente según el artículo 140 CP- pero no se aplica si es subsiguiente a otros delitos como un secuestro; o por qué ha limitado la edad del sujeto pasivo en el asesinato del artículo 140 CP a 16 años y no a 14 o 17.

En tercer lugar, ha quedado manifiesto en este trabajo que la actuación del legislador en la reforma del asesinato a seguido más razones de reprochabilidad moral que de otro tipo, que quizá hubiera sido más útil, como atender a razones prácticas por la proliferación de este tipo de asesinatos -lo cual no ha manifestado el legislador- o razones de lógica. Por el contrario, como hemos dicho, ha perseguido aquello reprochable moralmente como la nueva circunstancia del artículo 139.1 CP, pues únicamente la incluye ha entendido que el sujeto activo banaliza la vida del sujeto pasivo al matarlo para consumir otro delito o evitar que se descubra.

Por último, y teniendo en cuenta las anteriores conclusiones, como ya dijimos en la introducción, podríamos llegar a la conclusión de que las innovaciones operadas en el delito del asesinato, en particular el artículo 140 CP que es el más novedoso, es solo una forma de incorporar la prisión



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



permanente revisable en algún delito en respuesta a la presión social que la demandaba, pero a veces sin suficiente fundamento para su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, M., CANCIO MELIÁ, M., FEIJOÓ SÁNCHEZ, B. J., PEÑARANDA RAMOS, E. y PÉREZ MANZANO, M. “*Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*”, Vol. I, Ramón Areces, 2003.
- BOLEA BARDÓN, C., CORCOY BIDASOLO, M. “*Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia. Casos resueltos*”, Tomo 1, Tirant lo Blanch, 2015.
- CADENA SERRANO, A., “*Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015*”, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740.
- CUERDA RIEZU, A., “*Concurso de delitos y determinación de la pena*”, Tecnos, 1992.
- CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Comentarios al Código Penal de 1995*”, Vol. I, Tirant lo Blanch, 1996.
- GRACIA MARTÍN, L., “*Los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal. Doctrina y jurisprudencia.*”, Tirant lo Blanch, 2007.
- GRACIA MARTÍN, L. y DíEZ RIPOLLÉS J. L., “*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*”, Tirant lo Blanch, 1993.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M^a C., “*Los principales problemas que suscita el asesinato en el Proyecto de 2013, Análisis de las Reformas Penales*”, Tirant lo Blanch, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal, Parte Especial*”, 20^a edición, Tirant lo Blanch, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F. , LÓPEZ PEREGRÍN, M. C., SIERRA LÓPEZ, M^a. V. y otros “*Análisis de las reformas penales, Presente y Futuro*”, Tirant lo Blanch, 2015.

- PEÑARANDA RAMOS, E., *“Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012”*, Tirant lo Blanch, 2013.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *“Derecho Penal Español Parte especial”*, Tirant lo Blanch, 2015.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. *“Derecho Penal Parte especial I”*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996.
- SERRANO GÓMEZ, A., *“Derecho Penal, Parte Especial”*, 9^a edición, Dykinson Madrid, 2004.
- SERRANO MAÍLLO, A., Elementos de autor en el asesinato «Icade: *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*», número 42, 1997.
- SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, C., *“Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015”*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, 2015.
- VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *“Derecho Penal Parte Especial”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.