

48

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRÆVIDE ET PRO

Revista

Julio 2021

48

Revista Penal

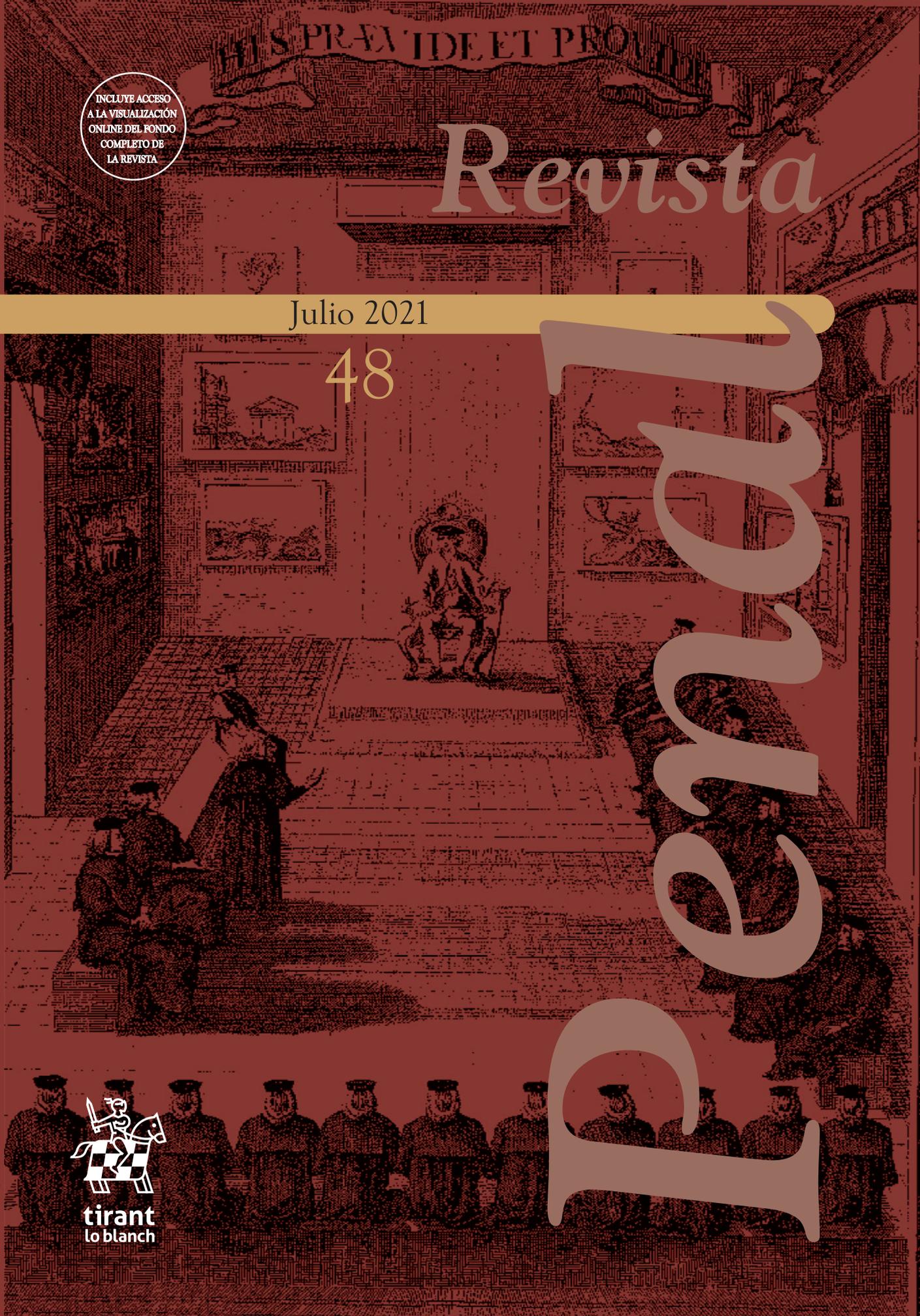
Penal

Julio 2021



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 48

Sumario

Doctrina:

- Aporofobia y delito: la criminalización del top manta, por *Demelsa Benito Sánchez*..... 5
- Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporóforas a través de los delitos patrimoniales, por *Isabel García Domínguez*..... 33
- El elemento subjetivo del delito de autocapacitación terrorista (art. 575,2 CP): una nueva interpretación, por *Carmen González Vaz*..... 58
- La representación de la violencia filio-parental en *Quién te cantará* (Vermut, 2018), por *Jorge Gracia Ibáñez* y *Ana L. Cuervo García*..... 74
- Pertinencia de la formación universitaria en Criminología y Criminalística, por *Wael Sarwat Hikal Carreón* 85
- La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida, por *Cristina Isabel López López*..... 94
- Abogados y profesores en los juicios de Núremberg, por *Francisco Muñoz Conde* 110
- The Ayotzinapa case as an example of how corruption, impunity and core crimes intertwine, por *Francisco Muñoz-Conde* y *Tania Ixchel Atilano* 121
- Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, por *José Manuel Paredes Castañón* 132
- La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario, por *Ana Isabel Pérez Cepeda* 143
- Incumplimiento de las obligaciones exigibles y concepto penal de insolvencia, por *Mario Sánchez Dafauce* 163
- Franz Exner (1881-1947), por *Sebastian Scheerer* y *Dors Lorenz* 190
- El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable, por *José Luis Serrano González de Muriello* 205

Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal 2018-2021. (*Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2018-2021*)..... 216

Bibliografía:

- **Recensión:** “La contracción del Derecho procesal penal” de Juan- Luis Gómez Colomer (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 285

Fe de erratas 287

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morun y Francisco Álvarez Martínez (República Dominicana)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Fabio Nicolichia y Francesco Rossi (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable

José Luis Serrano González de Murillo

Revista Penal, n.º 48. - Julio 2021

Ficha técnica

Autor: José Luis Serrano González de Murillo

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Extremadura

Title: Multiple murder punishable by reviewable permanent prison

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS. a. Significado de la expresión “hubiere sido condenado”. ¿Cuántas muertes o asesinatos deben acumularse? b. Sentido del término “muerte”. c. La praxis judicial. El caso de los crímenes de Pioz. III. CONCLUSIONES.

Summary: I. INTRODUCTION. II. ANALYSIS OF PROBLEMATIC ISSUES; a. Meaning of the expression “has been convicted.” How many deaths or murders must accumulate? b. Meaning of the term “death”. c. Judicial praxis. The case of the crimes of Pioz. III. CONCLUSIONS.

Resumen: La importancia simbólica de la pena máxima y del principal delito castigado con ella se ha reforzado en dos sentidos en la reforma del CP español de 2015: se reintroduce la pena de prisión permanente revisable para el asesinato agravado, y como su forma hipercualificada se tipifica el asesinato múltiple en el art. 140.2 CP. Pero la oscura redacción de este precepto plantea diversos problemas interpretativos acerca de qué ha de entenderse por asesinato múltiple: cuántos deben reunirse, si algunos han de haber sido objeto de condena previa o no, qué se entiende por “muerte” y si la pena establecida es o no la conjunta para todos los asesinatos. A todos estos dilemas se intenta encontrar soluciones coherentes.

Palabras clave: Asesinato múltiple, reincidencia, homicidio, prisión permanente revisable, crímenes de Pioz.

Abstract: The symbolic importance of both the maximum penalty and the main crime punished with it have been reinforced in two ways in the 2015 reform of Spanish Penal Code: the reviewable permanent prison for aggravated murder is reintroduced, and serial murder, as its most aggravated form, is typified in art. 140.2 CP. But the unclear wording of this precept raises various interpretative problems concerning what is meant by serial murder: how many murders must be present, whether they must have been subject to prior conviction or not, what is meant by “death” and whether the penalty established is a combined one for all the murders. In this paper an attempt is made to find coherent solutions to these questions.

Key words: Serial murder, recidivism, manslaughter, reviewable permanent prison, Pioz crimes.

Rec.: 01-02-2021 **Fav.:** 15-03-2021

I. INTRODUCCIÓN

El asesinato, crimen por excelencia, ha recibido tradicionalmente la sanción más grave de nuestro ordenamiento penal: ya sea la pena de muerte combinada con reclusión mayor (cuando estaban vigentes), la cadena perpetua, etc¹. Hasta el punto de haberse podido afirmar que si existe la figura de un homicidio cualificado denominado asesinato es para permitir la aplicación de tales penas máximas, cualitativamente distintas; y no a la inversa. En la reforma de 2015² esta idea de la importancia simbólica de la pena máxima y del principal delito castigado con ella se ve reforzada en dos sentidos. En primer lugar, se reintroduce la cadena perpetua, remozada como prisión permanente, si bien revisable (en adelante, PPR), y como su principal ámbito de aplicación se configuran formas de asesinato agravadas por nuevas circunstancias distintas a las tradicionales circunstancias caracterizadoras (art. 140.1 CP). En segundo lugar, a una de esas modalidades agravadas se anuda la PPR exacerbada (art. 140.2), en el sentido de que prescribe los requisitos más rigurosos para su revisión de todo el Código penal (excepción hecha de los delitos de terrorismo o de delincuencia organizada, art. 78 bis.3)³. Pero ¿en qué consiste exactamente este archicrimen?

En la Exposición de Motivos (EM) de la reforma de 2015 dice reservarse la hiperagravación del art. 140.2 para los asesinatos “reiterados o cometidos en serie”, lo que parece excluir la comisión de varios asesinatos en unidad de acción, como p. ej., con un medio de peligro común: mediante incendio, explosivo, naufragio... Ahora bien, la EM no es vinculante, al no formar parte de la ley positiva; su redacción precisa no tiene por qué reflejar con precisión el propósito del legislador y, en cambio, el equívoco tenor literal del art. 140.2 permite varias interpretaciones muy distintas.

Ya el Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al Anteproyecto de reforma advirtió a tiempo

de la ambigüedad del precepto, la cual sin embargo no fue debidamente corregida. En realidad, resulta difícil encerrar más sentidos posibles en precepto tan sintéticamente redactado. ¿Cómo se renunció a expresar con absoluta claridad a qué supuestos se reservaba la consecuencia jurídica más gravosa de todo el CP? Tal extremo de ambigüedad resulta incomprensible e intolerable en cualquier legislador racional, que, ateniéndose incluso mínimamente al principio de taxatividad, todavía aspire a conseguir su objetivo de proteger bienes jurídicos mediante la motivación a los destinatarios de la norma⁴. Uno se resiste a creer que tamaña ambigüedad sea deliberada, o que el legislador en realidad no tuviera clara idea de a qué quería referirse, o que cometiera una indisculpable torpeza en la expresión. Y, sin embargo, ni siquiera cabe subsanar sus múltiples aspectos dudosos con una “explicación” en la EM que permitiera optar entre las muy distintas posibilidades interpretativas en aspectos clave: qué se entiende aquí por “muerte”; y si la condena de las muertes aprevisas a la que se alude (“hubiere sido condenado”) debe preceder al último asesinato, de donde indirectamente resulta que queda por determinar si las muertes anteriores han de haber sido ya objeto de condena o por el contrario han de estar pendientes de ella, o si en total se requieren como mínimo tres o cuatro asesinatos; o muertes de la clase que sea, más un asesinato.

Estas cuestiones serán objeto de debate en el capítulo siguiente, como etapa previa a la propuesta de una interpretación racional en las conclusiones, si es que resulta posible encontrar —o introducir— sentido en tan enrevesada pero escueta norma.

II. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

De partida, en los numerosos aspectos problemáticos enunciados parece aconsejable seguir una interpretación restrictiva, teniendo en cuenta la extrema grave-

1 Alonso Álamo, *CPCR* 117 (2015), p. 7, citando extensamente a Torío López y von Liszt en este sentido; Peñaranda Ramos, “Delito de asesinato”, en Álvarez García/Dopico, *Estudio crítico sobre el AP de reforma penal de 2012*, 2013, p. 491; Sanz Morán, *Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al prof. Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, 2016, pp. 823 s.

2 Mediante L. O. 1/2015, de 30 de marzo.

3 En el Anteproyecto de reforma del CP de 2012, de hecho, la PPR sólo se preveía para “los casos más graves de delincuencia terrorista”. Es el Proyecto de 2013 el que incorpora su aplicación a los “asesinatos especialmente graves”, entre ellos los “asesinatos reiterados o cometidos en serie”. Tal cambio de criterio da idea de la “grave falta de fundamentación político-criminal” de la invocada necesidad de agravación de las penas para determinados delitos (así, Fernández García, *Revista Penal*, 44 (2019), p. 46. Al parecer, se trataba de obtener rentabilidad política por agravar algunos delitos especialmente abominables, sin tener clara consciencia de cuáles; lo que viene corroborado, además, por el hecho de que continuamente se proponen nuevas modalidades de asesinatos repulsivos como candidatas a PPR: el subsiguiente a secuestro (incomprensible olvido inicial), el asesinato con ocultación del cadáver que aumenta el sufrimiento de los familiares...

4 Lo que contradice la ambiciosa proclama del Preámbulo de la L. O. de reforma de 2015, que dice encaminarla a lograr “un sistema legal que garantice resoluciones judiciales *previsibles*”, aspiración que adquiere un tinte sarcástico, a la luz de la defectuosa labor legislativa realizada, como con carácter general destaca Fernández García, *op. cit.*, p. 60.

dad de la pena, así como su exasperación en cuanto a las condiciones de cumplimiento.

Atendiendo al criterio sistemático, cabe señalar que, a diferencia de las otras tres circunstancias que dan lugar a la PPR, que en paralelo constituyen circunstancias agravantes específicas del homicidio, esta cuarta es privativa del asesinato, lo que supone una falta de congruencia de la ley⁵. De manera que los supuestos de acumulación de homicidios habrán de seguir las reglas generales, ya sea del concurso de delitos real o ideal, ya de aplicación de la agravante de multirreincidencia, dependiendo respectivamente de que no hayan recaído condenas, o sí, por los crímenes anteriores. Esos crímenes anteriores, por cierto, pueden ser también asesinatos, puesto que determinante a estos efectos es si *el último* —el que completa la cifra mínima exigida por el art. 140.2— constituye homicidio o asesinato. Pero precisamente este es el problema que plantea el tenor literal del art. 140.2: dirimir si este precepto supone establecer para el asesinato un régimen específico del concurso de delitos (¿ideal o real, homogéneo o heterogéneo?), o uno específico de la agravante de multirreincidencia, o ambos.

No acaban aquí las dudas de calado. La lectura de la norma plantea además otros interrogantes acerca de su ámbito de aplicación: ¿El término “muerte”, objeto de condena, abarca a homicidio y asesinato indistintamente, o sólo se refiere a delitos de asesinato? ¿Cuántas muertes se requieren como mínimo en total: tres o cuatro? Es decir, la PPR ¿se aplica al tercero o al cuarto: dos más uno, o al menos tres más uno? ¿La PPR supone una pena conjunta para todos los asesinatos que se juzgan, o para cada uno de ellos, o solo la correspondiente al último, que concurriría con las que llevan aparejados los crímenes previos?

a. *Significado de la expresión “hubiere sido condenado”. ¿Cuántas muertes o asesinatos deben acumularse?*

Tratándose como se trata de la pena máxima de nuestro ordenamiento, resulta incomprensible, absurda, la equivocidad con que se describe el supuesto de hecho que da lugar a su aplicación. En efecto, la pena máxima

se prevé para “...el autor [que] hubiera sido condenado por la muerte de dos o más personas”. En la fórmula empleada llama la atención tanto el verbo elegido (“condenado”), como el empleo del tiempo verbal pasado (“hubiera sido”), factores ambos que suman sus efectos para elevar al máximo la equivocidad, y que no parecen ajustarse, al menos en principio, al castigo de los “asesinatos reiterados o en serie” aludidos en la EM para fundamentar esta modalidad agravada.

Alonso Álamo⁶ se plantea los dos sentidos que permite la interpretación gramatical, pero no opta entre si deben darse tres asesinatos anteriores, al menos, que por su proximidad temporal se enjuician conjuntamente; o simultáneos, cometidos en unidad de acción.

También Sanz Morán⁷ se pregunta si se trata de unidad de acción o de varios asesinatos próximos temporalmente (sentido que si cuadraría con los asesinatos en serie a que alude la EM), e incluso si es posible aplicar la PPR del art. 140.2 retrospectivamente, tras un enjuiciamiento por separado, vía “refundición de condenas”⁸. Para el caso de que se trate de una regulación específica del concurso de delitos, no encuentra justificación a que la conminación penal se sustraiga a las reglas generales, dando lugar a un salto cualitativo.

Gómez Rivero, por su parte, considera que es indiferente que la condena “recaiga en un solo proceso o en varios”, o que los asesinatos sean consecuencia de acciones separadas o de una sola⁹.

El Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del CP critica la ambigüedad de la disposición y, aun reconociendo que su literalidad admite otras interpretaciones, opta por entender que todos los delitos aludidos deben constituir asesinato y reunirse para ser objeto de condena en la misma sentencia, pues, de elegir otra posibilidad interpretativa, la “excepcional pena” resultaría “desproporcionada”. Así también en esencia Morales Prats¹⁰ y Manzanares Samaniego¹¹. El precepto se referiría, pues, al concurso entre varios asesinatos, resueltos en una misma sentencia. A lo que no se responde es a si la sola pena de PPR da cuenta de todos los crímenes, o se aplica a cada uno, o se acumula a las correspondientes a los delitos de asesinato anteriores. La

5 Así Sanz Morán, *op. cit.*, p. 833.

6 CPCR 117 (2015), p. 47.

7 *Op. cit.*, 2016, pp. 833 ss.

8 Al menos mediante el régimen ordinario, resultaría imposible acumular la condena por el asesinato actual junto con las correspondientes a asesinatos ya enjuiciados. Ello lo impediría el art. 76.2 (texto procedente de la reforma de 2015), e incluso su generosa interpretación jurisprudencial. Así, la STS de 11 de junio de 2015, en que se establece que de la acumulación de condenas “deben únicamente excluirse: 1º) Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, es decir cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación”.

9 Gómez Rivero, en Gómez Rivero (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, vol. 1, 2015, p. 54.

10 Morales Prats, en Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, p. 63.

11 *La reforma del CP de 2015*, pp. 159 s.

cuestión se retomará *infra* (c), al hilo de las sentencias recaídas en el caso de los crímenes de Pioz.

Por la opción contraria, acerca de si tiene que tratarse de condenas *previas* al enjuiciamiento del asesinato que desencadena la aplicación de la PPR, se inclinan Muñoz Conde y Peñaranda Ramos¹², quienes estiman que el precepto se dirige al asesino en serie, pero entendiendo por tal el caso en que el reo hubiera sido condenado previamente por otros delitos contra la vida, es decir, en que ya cuente en su haber con condenas previas por la muerte de al menos tres personas; lo que equivale a decir: cuando es multirreincidente. A partir de este entendimiento ligado a la literalidad del precepto, sin embargo, estiman absurdo que este no se pueda aplicar cuando se causan p. ej. en unidad de acción varias muertes, como cuando se produce ese resultado arrojando una bomba; o cuando existe relación de proximidad entre ellas. Asimismo, Muñoz Conde no estima necesario que las muertes tengan relación entre sí, ni que hayan acaecido en un período temporal acotado.

Para esta tesis, se trataría de una regulación *específica* de la multirreincidencia, con las salvedades de que su apreciación sería obligatoria, no facultativa como lo es con carácter general, ni tampoco compensable con eventuales atenuantes. En la que, por cierto, se emplea la misma expresión que en la descripción genérica de la multirreincidencia del art. 66.5^a: “cuando... el culpable al delinquir *hubiera sido condenado* ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código.” Es decir, cuando *ya* había sido condenado en sentencia firme, *previamente* al momento de delinquir.

Pero si el art. 140.2 no contiene sino una regulación específica de la multirreincidencia, ¿significaría eso que los delitos anteriores han de ser necesariamente calificables de asesinato? Creo que no, pues esta circunstancia agravante requiere simplemente que los previos han de ser delitos regulados en el mismo título del CP, y además de la misma naturaleza¹³. Para esta postura, bastaría, pues, con homicidios dolosos previos, siempre que se parta de que, a efectos de multirreincidencia, homicidio y asesinato cabe considerarlos delitos homogéneos. Es decir, la tesis de la regulación específica de la multirreincidencia, que ha de importar su “lógica” de la genérica del art. 66.5^a, encuentra dificultades para fundamentar que las “muertes” por las que se ha condenado necesariamente hayan de constituir asesinatos.

Pero hay otro argumento contrario de más peso. En efecto, al determinar la pena en un homicidio que corona una cadena de crímenes, la multirreincidencia consistente en la condena por al menos tres delitos homogéneos previos, lleva a la posibilidad de aplicar la pena superior en grado del homicidio por la vía del art. 66.5^a, y esos delitos previos pueden ser constitutivos tanto de homicidio como de asesinato. En teoría podrían reunirse tres delitos de asesinato más uno final de homicidio. Ahora bien, en el caso de que se interprete el art. 140.2 como una regulación específica de la multirreincidencia, como los delitos anteriores también podrían ser homicidio o asesinato... en el caso extremo, la previa condena por tres homicidios, más un asesinato, darán lugar a la aplicación a este asesinato de la circunstancia de multirreincidencia en los términos en que supuestamente la establece el art. 140.2.

Resultaría injusto que a tres delitos de homicidio culminados por un delito de asesinato se les castigara con PPR y, en cambio, a tres asesinatos más un homicidio como máximo *solo* con la de prisión de 15 a 22 años y medio, por mucho que se considieren “las condenas precedentes” (art. 66.5^a). Aun teniendo en cuenta que de lo que se trata es de un criterio de determinación de la pena en un asesinato y no en un homicidio, en definitiva imponer la superior pena del art. 140.2 dependería simplemente del orden de los “sumandos” en el currículo criminal del autor.

Para eludir esta injusta consecuencia, habría que optar por la tesis mayoritaria que asigna al art. 140.2 los casos de concurso de asesinatos pendientes de condena, y, dando un paso más, deducir que cuando concurren los requisitos de la agravante de multirreincidencia no debe aplicarse al art. 140.2, aunque ello parezca de entrada contradecir su tenor literal, si bien sí recogiendo el sentido de la EM de la reforma; postulando, pues, que para la multirreincidencia en el asesinato debe recurrirse al régimen general del art. 66.5^a. Por esta vía, se podría llegar a la pena superior en grado a la de 15 a 25 años, lo que permitiría, en aplicación del art. 70.3.1^o, condenar a prisión de 25 a 30 años, tope máximo de la pena de prisión por un delito.

Por tanto, el art. 140.2 se referiría sólo al concurso de delitos todavía por juzgar, para el que se establecería un régimen específico. Ahora bien, ¿cómo se explica esta especificidad?¹⁴ Entiendo que el hecho de que se sustraiga el asesinato múltiple a las reglas generales del

12 *Derecho Penal. Parte Especial*, 2015, p. 41; Peñaranda Ramos, *Cuadernos Penales José María Lidón*, 13 (2017), p. 41.

13 Ya que en la regulación actual se recoge la reincidencia específica (delitos previos de la misma naturaleza) y no genérica (cualesquiera delitos conminados con pena igual o mayor). Así Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 10^a ed., 2016, p. 661. En concreto, para la identidad de naturaleza se viene requiriendo la identidad del bien jurídico protegido y de la forma concreta de ataque, así como cierta homogeneidad de las penas previstas para los distintos delitos (Sanz—Díez de Ulzurrun Lluch, *Memento práctico Francis Lefebvre Penal*, 2019, pp. 520 ss., 527 ss.), elementos todos concurrentes en la relación homicidio-asesinato.

14 Recuérdese la objeción de Sanz Morán (*supra*, nota 7).

concurso de delitos se inscribe en la misma tendencia del legislador de 2015 que el agravamiento del homicidio o asesinato subsiguientes a delito contra libertad sexual: se considera que el todo sobrepasa a la suma de las partes, cuando los que se acumulan son ciertos delitos, en vista de que la conminación penal por el primer delito no ha desplegado suficiente eficacia preventivo-especial. Lo que no significa que sea un planteamiento admisible.

Sin embargo, por otra parte parecería injusto tratar distinto al que ha sido condenado ya y lo va a ser una vez más, que al que es condenado en una misma sentencia por varios crímenes. Carecería de justificación que se haga depender la consecuencia jurídica del art. 140.2 de la contingencia, desligada del injusto de lo cometido, de que las muertes anteriores hayan sido juzgadas y hayan dado lugar a pena, o no. Ahora bien, a mi juicio cabe distinguir los casos de asesinatos previos ya objeto de condena, de los demás, siempre que se haya comenzado a cumplir condena por aquellos, ya que en estos casos la condena ya cumplida carecería de eficacia con respecto a la revisión de la PPR, además de que vulneraría la regla relativa a la acumulación de condenas del art. 76.2.

En definitiva, el asesinato ha de conceptuarse como “múltiple” en el sentido del art. 140.2 en dos posibles casos: a) unidad de acción, y b) pluralidad de acciones objeto de un solo proceso penal. Es decir, habrá que entender que el art. 140.2 contiene una regulación específica del concurso de delitos, ideal o real, de asesinatos; lo que para las muertes dolosas recibe, en la jurisprudencia del TS, siempre el tratamiento del concurso real¹⁵. Que, como tal regulación específica, excepcionalmente cambia las pautas de la institución del concurso de delitos, para elevar la pena a la máxima posible.

Con objeto de comprobar si se sostiene esta tesis, conviene recurrir como criterio de contraste al de la interpretación gramatical, verificando si la interpretación propuesta aún resulta compatible con el tenor literal, o lo rebasa totalmente.

Si, siguiendo la acepción más común, se interpreta que la expresión “hubiera sido condenado” se refiere al pasado, habría que superar las objeciones de fondo indicadas *supra*. Por otra parte, se requerirá al menos la condena por tres muertes anteriores, y la PPR se aplicará al asesinato que constituye como mínimo el cuarto. En cambio, si —de modo un poco más meditado— dicha expresión se entiende referida al presente, de manera que “hubiera sido condenado” equivalga a “fuera condenado” o “sea condenado”, se estaría soste-

niendo que la ley adopta la perspectiva del tribunal que se dispone a imponer la PPR a una condena por varios crímenes que él mismo acaba de acordar, tribunal al que en el párrafo siguiente se le facilitan las reglas para la ejecución y revisión de tan drástica pena.

Tal parece el sentido más razonable, en concordancia con el tiempo verbal elegido para describir otra modalidad de asesinato hiperagravado en el párrafo anterior del mismo artículo (art. 140.1.3^a: “Que el delito [de asesinato] se *hubiera cometido* por quien perteneciera a un grupo u organización criminal”), con la única diferencia del uso de la pasiva refleja (en realidad, activa mediante rodeo) en este, en lugar de la voz pasiva en aquel; pero que en todo caso se refiere al asesinato contemplándolo desde la perspectiva del órgano que le va a imponer la pena, que obviamente lo contempla como un hecho pasado. Tanto la comisión del asesinato por sujeto perteneciente a organización delictiva (art. 140.1.3^a) como la condena por la muerte de varias personas (incluyendo la correspondiente a la última muerte, que se considera conjuntamente con las previas que aún no han sido objeto de sentencia) se contemplan, por motivos de continuidad estilística, como algo ya sucedido, como previo a la imposición de la pena de PPR. Lo que descarta la opción de que, en el art. 140.2, sólo se conceptúe como hecho del pasado a asesinatos objeto de condena en período anterior a la comisión del asesinato “actual” determinante de la aplicación de la PPR. Si tal hubiera sido el sentido pretendido, se habría especificado: “hubiera sido *ya* condenado”, “*previamente* condenado” o expresión similar.

Ahora bien, si la aplicación de la pena exacerbada no se refiere a la del asesinato actual que viene a sumarse a condenas anteriores por otros asesinatos, sino que se impone a la acumulación de las correspondientes a “más de dos muertes”, cambia el resultado del cómputo, puesto que entonces las *al menos tres* condenas incluyen a todas, también a la última, y por tanto basta con tres en total, no requiriéndose tres más una. Esa acumulación puede deberse a varias muertes “reiteradas” relativamente próximas, y sujetas a enjuiciamiento conjunto; o bien simultáneas, causadas en unidad de acción.

En suma, a efectos del número mínimo de crímenes requerido, el dilema se plantea en los siguientes términos: a) si se interpreta el verbo en pasado, necesariamente aparecerán referidas condenas que ya se han producido, no crímenes aún no objeto de condena, que se fueran a procesar todos juntos; con este significado, se requieren al menos tres condenas previas, más el asesinato que se trata de juzgar; mínimo cuatro en total.

15 Según la pauta jurisprudencial (Acuerdo del Pleno Sala II TS de 20 de enero de 2015), los ataques contra la vida, con dolo directo eventual, se haya producido o no el resultado, “realizados a partir de una única acción”, han de ser tratados a efectos de penalidad, salvo regla concursal expresa, “conforme a las reglas del concurso real”.

O bien, b) si, con mejor criterio, el verbo “condenar” se entiende con significado de presente, el objeto directo de la condena actual consiste en “la muerte de más de dos personas” exclusivamente, todo lo cual conjuntamente le convierte al autor en “reo de asesinato”; es decir, se necesitarían al menos tres, no al menos tres más una. P. ej. en los crímenes de Valga (Pontevedra) de 16 de septiembre de 2019, el presunto autor del triple asesinato secuencial e inmediato de sus anteriores esposa, suegra y cuñada, quedaría incluido en el supuesto de hecho descrito.

Lo que queda descartado es que se opte por interpretar el verbo en presente y se requieran como mínimo cuatro asesinatos, es decir, al menos tres, más otro; y ello por la incompatibilidad de los dos aspectos. Para requerir un mínimo de cuatro asesinatos habrá que sostener la tesis de la multirreincidencia. Naturalmente, en aplicación de las reglas generales, ha de entenderse que debe tratarse de asesinatos consumados y a título de autoría, lo que incluye a coautoría y autoría mediata¹⁶.

Por otra parte, en virtud del segundo párrafo del art. 140.2, la condena por cuatro o más asesinatos en un solo proceso daría igualmente lugar a esta misma pena: la de PPR exacerbada en el mismo sentido, con tercer grado y libertad condicional diferidos, límite superior irrebalsable para cualquier privación de libertad (salvo asesinato terrorismo o delincuencia organizada).

En efecto, la PPR exacerbada del art. 140.2 entiendo que se prevé como *pena conjunta* para todos los asesinatos en relación de concurso de delitos; o bien como un límite infranqueable para la acumulación de penas por el conjunto de los asesinatos objeto de enjuiciamiento conjunto. Al fin y al cabo, literalmente se dispone: “Al reo de asesinato... se le impondrá una pena de prisión permanente revisable”. No “la pena”. Al igual que en las reglas de acumulación de las penas para el concurso real del art. 76 (y del art. 78 bis para casos en que uno de los delitos esté castigado con pena de prisión permanente), se emplea en el 140.2 un verbo en subjuntivo pasado (“haya sido condenado por dos o más delitos”, o por “varios delitos”)¹⁷; y se dice en el 140.2: “el reo de asesinato”, en paralelo con las expresiones de los arts. 76 y 78 bis: “el sujeto” o “el condenado”. Todos los indicios confluyen en apuntar a que en el art. 140.2 se alude, pues, al condenado por

varios asesinatos *conjuntamente*, no al condenado únicamente por el delito de asesinato que viene a culminar la secuencia de muertes. Y si se entiende que responde a un concurso real de varios asesinatos, la pena del art. 140.2 constituye ley especial con respecto a los límites que para la pena del concurso real se imponen en el art. 76.2 y que conducen a penas máximas de 25, 30 o 40 años de prisión.

Ahora bien, el art. 140.2 remite al art. 78 bis.1.b, para el acceso a tercer grado, y al art. 78 bis.2.b, para la libertad condicional. Pero esta remisión es incoherente, puesto que el apartado 2.b está ligado, en cuanto al contenido, al 1.c, no al 1.b: tanto el 1.c como el 2.b se refieren a la acumulación de delitos en que al menos dos estén castigados con PPR, o en que un delito de PPR concorra con otros que sumen más de 25 años de prisión. Resulta inconcebible un supuesto del art. 140.2 en que, como mínimo, no concorra una pena de PPR y el resto no sume al menos 25 años; otros dos asesinatos sumarían como mínimo 30 años de prisión. En cambio, el apartado 1.b es de aplicación para la acumulación de delitos en que uno esté castigado con PPR y el resto de penas de prisión estén comprendidas entre 15 y 25 años. Como señala Sanz Morán, la remisión correcta debe entenderse hecha a los apartados 1.c y 2.b del art. 78 bis, y el error legal se explica por el “tortuoso ‘iter’ prelegislativo”¹⁸.

b. Sentido del término “muerte”

El art. 140.2 impone la PPR para el “reo de asesinato” condenado “por la muerte de más de dos personas”. En la interpretación del término típico “muerte” ha de optarse por un criterio restrictivo, puesto que, como se indicó al principio, se dirime en esta norma la posible aplicación de la pena más grave de nuestro ordenamiento. Siguiendo esta pauta, parece claro que deben descartarse las muertes imprudentes, considerando que las dolosas son las únicas tipificadas hasta el art. 140, las únicas a las que por tanto este podría referirse; mientras que el homicidio imprudente se prevé más adelante, en el art. 142. Por la misma razón habría que excluir el homicidio consentido del art. 143. El problema se circunscribe, pues, a determinar si, además del asesinato, se incluye al tipo básico de homicidio doloso.

16 Otras formas de participación o de ejecución imperfecta darían lugar a complejos problemas. Así, cabría entender que, si solo se da tentativa o complicidad en el último asesinato determinante, circunstancias que determinan la aplicación de la pena inferior en uno, o entre uno y dos grados, según determina el art. 70.4, se aplicará la pena inferior en un grado a la PPR (sin distinguir esta modalidad “aggravada” de PPR), la cual sigue siendo la de prisión de 20 a 30 años; y en dos grados, la de prisión entre 10 y 20 años, que entraría en concurso de delitos con las penas correspondientes a los asesinatos anteriores.

17 En efecto, la diferencia entre el perfecto de subjuntivo, voz pasiva (“haya sido condenado”) y el pluscuamperfecto de subjuntivo (“hubiere sido condenado”) solo supone un matiz de estilo, pero no una diferencia sustancial: en ambos casos se trata de establecer la pena que resulta de la acumulación de las correspondientes a varios delitos ya cometidos.

18 *Op. cit.*, p. 884. En sentido similar Peñaranda Ramos, *Memento práctico Francis Lefebvre Penal*, 2019, p. 832.

Alonso Álamo estima que las referidas muertes no tienen por qué constituir todos asesinatos, teniendo en cuenta la letra de la ley (“muertes”) y la tendencia represiva de la reforma penal de 2015¹⁹, aun admitiendo que el tenor literal permitiría incluso los previos homicidios imprudentes, así como los homicidios consentidos, todos los cuales habría que descartar. En su criterio, no debe buscarse restringir los excesos de la ley, sino ponerlos de manifiesto para facilitar su reforma. Entiendo, en cambio, que en virtud del principio de vigencia, en tanto se produce la deseable reforma, han de facilitarse herramientas a quien ha de aplicar la ley hoy, antes de una eventual reforma que puede diferirse *ad calendas graecas*, para reconducir la literalidad a límites razonables.

A mi juicio, coincidiendo con el Informe del CGPJ y el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de reforma del CP, todas las “muertes” objeto de condena tienen que constituir asesinato²⁰. En efecto, resulta una obviedad recordar que el “reo de asesinato” sólo puede ser reo de asesinato si las muertes que ha cometido constituyen asesinato. Entonces, ¿por qué optar por un término sin precisión técnica alguna? Sin abandonar la interpretación gramatical, cabe hallar una explicación relativamente simple del empleo de la expresión “muertes”. Se trata de una mera opción estilística, cierto que con riesgo inasumible de comprometer la seguridad jurídica, para evitar la repetición del término “asesinato” en el curso de un mismo período²¹. Por tanto, no hay forzosamente que entender que solo ha de constituir asesinato el último delito por el que se condena. Si distinta hubiera sido la voluntad de la ley, se habría optado por la expresión que especificase: “...condenado por el asesinato u homicidio...” Podrá y deberá cuestionarse el acierto del legislador al expresarse de manera equívoca, pero la explicación expuesta resulta perfectamente plausible.

También sostiene esta tesis el criterio de interpretación sistemático, si se considera que tanto la expresión “el reo de asesinato” como “la muerte” se encuentran en el marco de un precepto agravatorio del asesinato, como el resto de las circunstancias del propio art. 140, en su párrafo 1. Habla asimismo en su favor el que no se establezca expresamente un régimen especial para

el homicidio múltiple, que por lo tanto deberá seguir el régimen general del concurso de delitos.

A ello se opondría, también desde la perspectiva sistemática, el hecho de que el resto de delitos conminados con PPR se refieren indistintamente a la causación dolosa de la muerte, resultando indiferente que se realice como simple homicidio o con las circunstancias caracterizadoras del asesinato. Así, los delitos contra la Corona, art. 485.1: “El que matare al Rey o a la Reina o al Príncipe o la Princesa de Asturias...” (aunque a efectos del delito de encubrimiento se le denomina “homicidio del Rey o de la Reina”, art. 451.3.º.a)²²; la muerte con fines terroristas: 573 bis, 1.1º: “Con la prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona”; el magnicidio de Jefe de Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, 605.1: “El que matare...”; el genocidio: 607.1.1º: “...si mataran a uno de sus miembros”; y los delitos de lesa humanidad, 607 bis.2.1º: “...si causaran la muerte de alguna persona”.

Sin embargo, con respecto al asesinato múltiple, el criterio propugnado resulta preferible por las razones indicadas, y además porque encaja con la interpretación, más arriba propuesta, de que con en el art. 140.2 se trata de señalar el límite superior de la pena para el reo de asesinato, quien no necesariamente ha de haber sido “previamente” condenado por asesinato: por “reo de asesinato” ha de entenderse el que ha ocasionado varias muertes, constitutivas todas ellas de asesinato.

c. La praxis judicial. El caso de los crímenes de Pioz

El primer supuesto práctico en que se ha aplicado el art. 140.2, conocido como el de los crímenes de Pioz, por el nombre de la localidad de Guadalajara en que tuvieron lugar, se refiere a varios asesinatos cometidos en el espacio de unas horas, circunstancia por la cual ninguno de ellos había sido objeto de enjuiciamiento; si se permite expresarlo así, cometidos ejecutando un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, como en una especie de delito continuado o seriado de asesinato.

En el caso han recaído sendas sentencias en primera instancia, apelación y casación²³. En las tres sentencias se presupone que las muertes anteriores a la que se impone la PPR hipercualificada del art. 140.2 no tienen

19 *Op. cit.*, p. 48.

20 Así también Gómez Rivero, en Gómez Rivero (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, vol. 1, 2015, p. 54.

21 Como ocurriría si se hubiera redactado así: “Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por el asesinato de más de dos personas...”

22 Tamarit Sumalla, en Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., 2016, p. 1934, defiende que si concurren aquí algunas de las circunstancias del asesinato, operarán como agravantes genéricas (obviamente, solo las que tienen tal naturaleza de genéricas).

23 SAP Guadalajara de 15 de noviembre de 2018; STSJ Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2019; STS de 5 de mayo de 2020.

por qué haber sido objeto de condena previa, como se evidencia en el hecho de que todas las cuatro muertes se juzgan en el mismo procedimiento.

En primera instancia, al “reo de asesinato” se le condena en la misma sentencia por cuatro asesinatos, los de su tía, sus dos primos de corta edad y su tío. El art. 140.2 se aplica al cuarto de ellos en la secuencia comisiva, el del tío del autor.

En esta fase procesal ante la Audiencia Provincial de Guadalajara, las dos acusaciones particulares solicitan la PPR del art. 140.2 *por cada uno* de los cuatro asesinatos, entendiendo que al referirse el precepto a la muerte de más de dos personas, agrava la pena de cada una de ellas. El Ministerio Fiscal, en su calificación subsidiaria, solicita condena por tres delitos de asesinato, y por el art. 140.2 para el cuarto, agravado por la comisión previa de “más de dos muertes” (art. 140.2); todos con alevosía.

La AP condena, con respecto a la muerte de la tía del autor, por asesinato con alevosía en la modalidad sorpresiva.

En la muerte de cada uno de los dos sobrinos, ambos de corta edad, una niña de tres años y diez meses y un niño de año y medio, la AP aprecia alevosía por desvalimiento, y además ensañamiento (debido al sufrimiento psíquico derivado de que los menores tuvieron que presenciar cómo el autor degollaba a su madre) y especial vulnerabilidad. Pero como estima que admitir a la vez alevosía y especial vulnerabilidad infringiría el *ne bis in idem*, se plantea el concurso de calificaciones combinadas entre alevosía más ensañamiento (prisión de 20 a 25 años, en virtud del art. 139.2) y ensañamiento más especial vulnerabilidad (PPR en virtud del art. 140.1.1ª). Al inclinarse por esta segunda posibilidad, aplica el principio de alternatividad, no el de especialidad; olvidando que aquel sólo es de aplicación en defecto de los tres primeros principios del art. 8 (especialidad, subsidiariedad o consunción), y que por el principio de especialidad resultaría preferente el art. 139.2, que indica específicamente cómo debe procederse cuando concurren más de una de las circunstancias caracterizadoras del asesinato²⁴. En cambio, la AP, recurriendo al principio de alternatividad, considera que la pena que corresponde es la del segundo precepto, por ser superior, de manera que la circunstancia de especial vulnerabilidad prevalecería sobre la alevosía, estaríamos ante dos asesinatos con ensañamiento, más la

agravante específica de especial vulnerabilidad en cada uno de ellos (art. 139.1.1ª), y resultarían consecuentemente dos condenas a PPR.

Con respecto al último asesinato con alevosía, el que tuvo por víctima al tío del autor, en cuanto que a este se le declara responsable en total de cuatro asesinatos, se le impone la pena de PPR prevista en el art. 140.2.

La AP considera que la condena por este último asesinato no absorbe las de las muertes anteriores, razonando primero con que, de aplicar una sola condena, el sujeto resultaría injustamente de mejor condición, en cuanto al acceso al tercer grado, que el condenado por el art. 140.1 y además con otras penas superiores a 15 años. Lo cual no es cierto, puesto que el 140.2 no se limita a prever la prisión permanente revisable sin más, sino que remite precisamente a las consecuencias de la acumulación de condenas previstas en el art. 78 bis (e incoherentemente al apartado 1.b, remisión que debe entenderse hecha al apartado 1.c), cuando al menos dos delitos estén castigados con PPR, o uno solo con PPR y el resto sume condenas superiores a 25 años. Asimismo, argumenta la AP que el propio art. 78 bis.1.c contempla un supuesto de condena por varios delitos de prisión permanente revisable; se entiende que de esta manera está pensando en varios delitos de asesinato, cada uno con su pena correspondiente. Con esta tesis, el órgano judicial sugiere o formula, quizá con mejor técnica, lo que el legislador ha resuelto de modo relativamente defectuoso, en casos como este.

La sentencia en apelación, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, se produce a instancia de la defensa, con oposición de las acusaciones.

El TSJ discrepa de la sentencia de instancia en cuanto a las condenas por las muertes de los sobrinos, acoge el argumento de la defensa, y descarta apreciar ensañamiento en cómo se ejecutó la muerte de los dos pequeños, considerando que de la presencia de estos en el asesinato de su madre no cabe inferir sin más que el sufrimiento inhumano que se les infligió fuera deliberado; es decir, estima acreditado el elemento objetivo del ensañamiento, la aptitud del hecho cometido para causar dolor psíquico, pero no así el propósito de infligir padecimiento, para el que no bastaría el mero regodearse con el sufrimiento ajeno.

Por otra parte, asimismo con respecto al asesinato de los dos menores, el TSJ, en aplicación de la (an-

24 En este sentido se pronuncia la STS de 16 de enero de 2019, unos meses posterior a la de la SAP Guadalajara. La STS entiende el art. 139 como una especie de tipo mixto alternativo, que además prevé todas las posibilidades de concurrencia de más de una circunstancia; por tanto, cuyas posibilidades de agravación han de agotarse antes de proceder a la hiperagravación del art. 140; y que, además, la alevosía es más específica que la especial vulnerabilidad, puesto que solo se refiere a los supuestos de absoluta indefensión, mientras que la especial vulnerabilidad abarca en abstracto otros supuestos de indefensión no absoluta. En realidad, lo que ocurre en términos lógicos es que los casos de total indefensión no quedan abarcados por el art. 140, sino solo por la circunstancia de alevosía. Se trata de figuras tangentes, no secantes.

terior) jurisprudencia del TS²⁵, estima que en el caso de seres absolutamente desvalidos, la calificación de alevosía ha de prevalecer sobre la de especial vulnerabilidad, que por tanto sólo será pertinente allí donde ya no quepa calificar de alevosía por no darse la indefensión absoluta. Consiguientemente, en la muerte de los pequeños aprecia alevosía, y al entender además que no se da ensañamiento, condena solo por asesinato simple. Las acusaciones recurrieron este aspecto en casación, aduciendo que la circunstancia caracterizadora de alevosía resulta compatible con la agravante específica de especial vulnerabilidad, en tanto que una y otra responden a fundamento distinto. El recurso de casación prospera, de manera que el TS, apartándose de los principios de racionalidad introducidos en su jurisprudencia anterior²⁶, halla aplicable de nuevo la PPR a estos asesinatos, pero con una combinación de elementos distinta ahora a la de la resolución de la AP. Recuérdese que la AP llegaba a este resultado combinando el asesinato con ensañamiento y la agravante de especial vulnerabilidad, mientras que el TS (descartado ya el ensañamiento en la sentencia de apelación) combina el asesinato alevoso con la agravante de especial vulnerabilidad. De todos modos, puesto que no se modifica la calificación de asesinato en la muerte de ninguno de los dos menores, el cambio en el marco penal de los distintos crímenes introducido por el TS no influye en las cuestiones que aquí interesan, cuestiones que el alto tribunal no llega a abordar.

Con respecto a la calificación del último de los asesinatos por el art. 140.2, esta la basó la AP en haber declarado al acusado culpable de cuatro muertes, conceptualizada cada una de ellas como asesinato, y condenó por separado cada uno de ellos, sin aplicar una única pena de PPR que absorbiera la de los demás.

El TSJ menciona *ob iter dicta*, entre los problemas que plantea la interpretación del art. 140.2, el de si las muertes anteriores deben constituir también asesinato, opción que le parece la más plausible, pero que de todos modos no plantea duda en este caso, puesto que las

cuatro muertes se califican de asesinato. Entiende que asimismo se cumple el requisito, según la interpretación más estricta que estima preferente, de que concurren más de dos (al menos tres) muertes precedentes, de manera que la cuarta determinaría la aplicación del art. 140.2: “Entendemos por cierto que la figura hiperagravada solo debe operar en los casos de tres asesinatos precedentes ya que el precepto habla expresamente de la muerte de más de dos personas, luego se exige la interpretación más estricta (...), la muerte previa de tres personas que entendemos han de ser asesinatos.”

Por otra parte, el TSJ se plantea si es preciso que estas muertes han de haber sido objeto necesariamente de condenas anteriores, y concluye que no, que *también* cabe que todas las condenas se produzcan en el mismo proceso. Estima que ello no constituiría interpretación *in malam partem*, y que además concuerda con la EM, que prevé esta figura para los asesinatos reiterados, en serie o múltiples. En definitiva, mantiene que los asesinatos previos pueden haber sido objeto de condena, o no (como en este caso).

Ciertamente compartimos, por las razones que se indicaron *supra* II.a, que el supuesto de hecho enjuiciado resulta subsumible en el descrito en el art. 140.2, pero entonces cabe discutir tanto el hecho de que quepa aplicar el precepto *también* en caso de concurrencia con asesinatos ya sentenciados, así como la “contabilidad” efectuada por el TSJ. Porque ambas afirmaciones resultan incompatibles. En efecto, la Sala parte de que el precepto no requiere que las condenas por los crímenes anteriores se hayan ya dictado. Pero el único modo de interpretar que el supuesto de hecho del art. 140.2 no se refiere a condenas ya recaídas en el pasado, previas al asesinato que determina la aplicación de la PPR, es entender aplicable la condena al presente (o sea, interpretando el tenor literal como equivalente a “sea condenado”), pero entonces esa condena estaría incluyendo asimismo al último asesinato, el que desencadena la aplicación de la PPR. Luego en total basta que se sea condenado por “la muerte de más de dos

25 SsTS de 31 de octubre de 2018 y 16 de enero de 2019 (mencionada en la nota anterior).

26 En efecto, en las SsTS de 18 de julio y de 31 de octubre de 2018, como único modo de evitar la infracción del *ne bis in idem*, se reserva el ámbito de compatibilidad de las circunstancias de especial vulnerabilidad y de alevosía para aquellos casos en que la alevosía no se fundamenta precisamente en la edad de la víctima (es decir, en la indefensión absoluta derivada de su edad), sino en el modo de ejecución (p. ej. matar por la espalda, o por sorpresa, lo que también puede producirse con respecto a una persona absolutamente indefensa).

En cambio, en los crímenes de los dos pequeños de la matanza de Ploz, uno de 3 años y 10 meses uno y otro de año y medio, la alevosía no se basa en nada distinto o adicional a la indefensión total inherente a la corta edad de las víctimas, como p. ej. la sorpresa, y sin embargo el TS admite la apreciación simultánea de ambas circunstancias. Lo razona ahora estimando que el legislador, entre las distintas muertes alevosas (entre ellas, cuando se mata sobre seguro a un ser absolutamente indefenso), considera más grave la muerte de personas de “un grupo social muy singular”, el de las personas especialmente vulnerables por su edad u otros factores. Sin embargo, aludir vagamente a la distinta *ratio legis* de uno y otro precepto, así como la analogía que se pretende establecer con los distintos tramos de edad en los delitos contra la indemnidad sexual (analogía a mi juicio inexistente, puesto que en ellos no se produce una agravación acumulada, sino alternativa), no desvirtúa la evidente vulneración del *ne bis in idem* or parte de la decisión del TS, ni justifica el haberse apartado de la línea jurisprudencial antes establecida.

personas”, o sea tres en total; no tres precedentes más la última. Se argüirá: al aludirse al “reo de asesinato”, ¿no se está señalando al autor de un nuevo asesinato, como mínimo del cuarto? A lo que cabe replicar que, si se quiere defender que todas las muertes, también las precedentes, han de constituir asesinato, el sujeto “reo de asesinato” tiene que ser el mismo que el de “hubiera sido condenado” (es decir: “está siendo condenado”) por la muerte de al menos tres personas. Sin necesidad, por tanto, de un cuarto asesinato.

Finalmente, la Sala se plantea si, como arguye la defensa, el art. 140.2 constituye un tipo específico que subsume o absorbe la penalidad de los demás asesinatos; o por el contrario no. El argumento de la defensa se funda en que, si no la absorbiera, se vulneraría el *ne bis in idem*, ya que los crímenes anteriores recibirían su propia pena, pero además servirían para aumentar la del último a PPR. Por cierto, como también ocurre con el asesinato subsiguiente a delito contra la libertad sexual

Aun entendiéndolo dudoso el dilema, el TSJ se inclina por la opción del tribunal de instancia, por la no absorción. Lo cual de hecho, dando un rodeo por el concurso real de delitos (art. 73), supone un retorno a la consecuencia jurídica única prevista en el segundo inciso del art. 140.2, que a su vez remite el art. 78 bis, donde se pauta el cumplimiento de la pena de PPR en concurrencia con otras²⁷. A efectos prácticos, entiende el tribunal que se trata de una solución específica para el concurso real de delitos, con la virtualidad de diferir la posibilidad de tercer grado y la de “libertad condicional”. En este caso, se hace una remisión al art. 78 bis.c, donde un delito está castigado con PPR y el resto con prisión que totaliza 75 años (“veinticinco años o más”). En concreto, “la pena de prisión a extinguir [...] será la de prisión permanente revisable, con la previsión de que la progresión a tercer grado requerirá el cumplimiento de un mínimo de 22 años de prisión” (79 bis.1.c), y la libertad condicional un mínimo de 30 (2.b)²⁸.

Por su parte, el segundo inciso del art. 140.2 puede abonar este criterio de que la PPR exacerbada es aplicable sólo a la condena de varios delitos en una misma sentencia, una especie de concurso real, exacerbado en cuanto que difiere los efectos tanto de la progresión a tercer grado como de la libertad condicional. En efecto,

este precepto establece que “En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo”. Como se señaló anteriormente, la referencia ha de corregirse, puesto que el legislador se refiere erróneamente a la numeración del Anteproyecto de reforma, y hay que entenderla hecha a ambos casos a la letra c²⁹. Así, en el art. 78 bis se endurecen las condiciones de acceso al tercer grado, requiriendo en su apartado 1.c) el cumplimiento de al menos 22 años de prisión en caso de condena por pluralidad de delitos, cuando al menos dos de ellos estén castigados con PPR (aquí, el último de los asesinatos en serie, y alguno más de los previos, comprendido en el art. 140, supuesto que no se da), o bien uno de ellos esté castigado con PPR (el último de los asesinatos en serie) y el resto de penas impuestas sumen un total de al menos 25 años, lo que igualmente encajaría con la condena simultánea por los asesinatos previos. Asimismo, el apartado 2.c) establece un mínimo de 30 años para la suspensión de la ejecución del resto de la pena para estos casos.

A efectos prácticos, pues, resulta indiferente llamar la pena única o pena conjunta, puesto que en tanto en cuanto se trata del tope máximo (incluidos los requisitos para la revisión), en ambos casos será la misma. Pero téngase asimismo presente que el art. 140.2 prescribe imponer “una pena de prisión permanente revisable” al reo de asesinato condenado por al menos tres crímenes, lo que parece abonar la tesis de la pena conjunta para todos los asesinatos.

III. CONCLUSIONES

El tenor literal del art. 140.2 CP constituye un ejemplo de equívocidad difícilmente superable y por tanto un modelo negativo de redacción legal, lo que genera perplejidad si se tiene que en cuenta que de lo que se trata es de imponer la pena más grave de nuestro ordenamiento, y además con la exacerbación más grave posible en cuanto a su ejecución, y eventual revisión de la condena. Por ello la interpretación ha de ser restrictiva. Aunque la literalidad permita otras opciones, y siempre salvando la coherencia sistemática, ha de preferirse la que restrinja en mayor medida el ámbito de aplicación de la PPR exacerbada.

27 “...en este punto merece confirmación la sentencia apelada [que se pronunció por la condena separada para cada asesinato, descartando que la pena del último asesinato diera cuenta de los cuatro], si bien tiene razón la apelante en que es correcto fijar el orden de cumplimiento de las penas impuestas por razones de orden práctico, de eficacia, y porque así lo reclama la regulación del CP de los supuestos de concurrencia de penas por distintos delitos si se impone la de prisión permanente revisable. La lógica lo reclama y debe hacerse si es posible en la sentencia.”

28 A igual resultado aritmético llega la segunda sentencia dictada en casación por el TS (*cf. supra*, nota 23)

29 Puesto que la letra b) alude a la concurrencia de PPR con el resto de penas que sumen más de 15 pero menos de 25 años, algo que difícilmente ocurriría si al último asesinato se le añaden como mínimo otros 2 o 3 previos. Por su parte, la duración de la suspensión de la ejecución (libertad condicional) será en este caso de entre 5 y 10 años (art. 92.3).

Por lo tanto, y a pesar del confuso tenor literal (que parece apuntar a la exigencia de condenas previas) ha de entenderse que el art. 140.2 regula el concurso de delitos real entre asesinatos que aún no han sido objeto de condena, de manera que se aplica al “reo de asesinato” que debe estar siendo condenado por más de dos muertes; es decir, como mínimo por tres. Una condena por número superior no tendría trascendencia en la pena impuesta, puesto que este marco penal exacerbado constituye un límite superior irrebutable. En la existencia de esta regla se distingue el asesinato del homicidio, que no tiene prevista una regla específica para los supuestos de concurso de delitos homogéneo.

En cambio, cuando sobreviene una condena por asesinato habiendo recaído previamente varias anteriores, incluso por homicidio, estimo que no será de aplicación el art. 140.2, sino que se seguirán las reglas generales de la circunstancia agravante de multirreincidencia establecidas en el art. 66.5ª, a partir del marco penal del asesinato.

Los delitos previos se describen con el término no técnico de “muerte”. Por “muerte” ha de entenderse exclusivamente “asesinato”, y ello teniendo presente que se emplea la expresión “el reo de asesinato”, tanto por interpretación sistemática y gramatical (previa la correspondiente exégesis), como porque para el homicidio no se establece expresamente ni remisión al art. 140.2 ni un régimen especial, razón por la que el homicidio habrá que entenderlo sometido al régimen

general del concurso de delitos; incluso con uno o dos asesinatos previos.

Estamos, pues, ante un supuesto de, como mínimo, tres asesinatos. Para aplicar el precepto previsto para la reiteración en el crimen, los asesinatos distintos al último no pueden haber sido ya objeto de condena. Cabría afirmar que la condena por el último asesinato en sí supone a la vez la acumulación por absorción de las penas anteriores en los términos descritos por el art. 78 bis: “una” pena de PPR exacerbada acaba dando cuenta de toda la responsabilidad penal, no sólo de la del último asesinato. Para ello, en virtud del segundo inciso del art. 140.2, se procede a la acumulación de las otras penas con esa PPR, lo que se traduce en que la ejecución se exagera. Lo esencial, lo que sirve de fundamento a la gravísima pena, es la reiteración delictiva puesta de manifiesto por haberse llegado al menos al tercer asesinato. Las reglas de exacerbación de la PPR del art. 78 bis, por lo que respecta a períodos específicos de seguridad, límites mínimos para comenzar con la reinserción efectiva (clasificación en tercer grado, suspensión de la ejecución del resto de las condenas), operan para el conjunto de asesinatos que así resulta.

Excepción hecha (art. 70 bis.3) de la acumulación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o de terrorismo, las consecuencias jurídico-penales previstas para el asesinato múltiple constituyen una especie de límite superior de nuestro sistema punitivo.