

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

DEI'S PRAVIDE ET PRO

# Revista

Julio 2019

44

Revista Penal

# Penal

Julio 2019



tirant  
lo blanch

tirant  
lo blanch





# Revista Penal

Número 44

## Sumario

---

### Doctrina:

- El delito de depósito de armas y tenencia de explosivos con fines terroristas: cuestiones de aplicación y de delimitación con las figuras comunes, por *Emiliano Borja Jiménez* ..... 5
- Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, por *Juana del Carpio Delgado*..... 22
- Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable, por *Gabriel Fernández García*..... 42
- Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 61
- La inexigibilidad como causa de exculpación supralegal en los delitos fiscales en Brasil, por *Marco Aurelio Florêncio Filho*..... 81
- La regulación de los delitos fiscales en el sistema jurídico italiano, por *Alessandro Melchionda* ..... 98
- En torno al concepto jurídico-penal de persona internacionalmente protegida, por *Joaquín Merino Herrera* . 109
- Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, por *Ana Isabel Pérez Cepeda*..... 126
- El sistema penal norteamericano y los institutos de justicia negociada: especial énfasis en la criminalidad corporativa, por *Paula Andrea Ramírez Barbosa*..... 147
- Comercio electrónico y suplementos deportivos: una perspectiva jurídico-penal, por *Natalia Sánchez-Moraleda Vilches*..... 160
- El incremento de la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, por *Lucía Sánchez Pérez* ..... 178
- Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco, por *José Luis Serrano González de Murillo* ..... 199

**Sistemas penales comparados:** Criminal compliance ..... 214

### Bibliografía:

- Recensión: *Summa de delictis et forum poenis*, Diego de Covarrubias y Leyva, 1540. Ed. a cargo de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo, Oviedo, 2018, por *Enrique Orts Berenguer*..... 265
- Recensión: *Crime of Agression Library. The crime of aggression: a commentary*. Volumes 1 and 2, Claus Kress y Stefan Barriga (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 1589 pp., de *Larissa Van der Herik*..... 266

\* 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



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  
jcferrreolive@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 Piedecosas. 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
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	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 Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Bencan Li (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Antonio Rodríguez Molina (España)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

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

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

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



## Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable

Gabriel Fernández García

Revista Penal, n.º 44. - Julio 2019

### Ficha técnica

**Autor:** Gabriel Fernández García

**Title:** A critical analysis of the current application of the reviewable permanent imprisonment in courts.

**Adscripción institucional:** Universidad de Huelva

**Sumario:** 1. Consideraciones preliminares: la prisión permanente revisable y la reacción social como ratio legis de su implantación. 2. Los delitos que incorporan la prisión permanente revisable. 3. La hipercualificación del art. 140.1.1ª CP y su interrelación con la alevosía y el abuso de superioridad. 3.1. Aproximación a la problemática de las agravaciones con razón en la vulnerabilidad e indefensión de la víctima. 3.2. Tratamiento jurisprudencial favorable a la posible concurrencia de la alevosía con la hiperagravación recogida en el art. 140.1.1ª CP. A. Resoluciones en las que no se advierte un posible bis in ídem. B. Resoluciones en las que sí se advierte un posible bis in ídem. 3.3. Tratamiento jurisprudencial desfavorable a la posible concurrencia de la alevosía con la hiperagravación recogida en el art. 140.1.1ª CP. 3.4. Tratamiento jurisprudencial de un posible asesinato basado en circunstancias distintas de la alevosía e hipercualificado por el art. 140.1.1ª CP. 4. La hipercualificación por la muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. 5. Sobre la aplicación de una medida de seguridad correlativa a la prisión permanente revisable. 6. Consideraciones finales.

**Summary:** 1. Preliminary considerations: the reviewable permanent imprisonment and social reaction as the ratio legis of his implementation. 2. The offences that include the reviewable permanent imprisonment. 3. The aggravated offence in article 140.1.1ª of the Spanish Criminal Code and his interrelationship with the circumstances of treachery and abuse of superiority. 3.1. An approach to the problems that arise on the aggravated circumstances based on the vulnerability and helplessness of the victim. 3.2. Court opinions in favour of the compatibility of the treachery with the aggravated circumstance included in Article 140.1.1ª CP. A. Court sentences that don't point a possible bis in ídem. B. Court sentences that point a possible bis in ídem. 3.3. Court opinions about a murder qualified by circumstances other than the treachery and aggravated by the Article 140.1.1ª CP. 4. Qualified murder based on a death committed after a sexual offence. 5. The application of a safety measure correlative to the reviewable permanent imprisonment. 6. Concluding remarks.

**Resumen:** Este trabajo analiza los aspectos que se consideran más relevantes en torno a la aplicación judicial de la novedosa prisión permanente revisable en España. De tal modo, se esboza el marco normativo en el que se encuadra la pena y las distintas y más relevantes consideraciones que ha suscitado la doctrina frente a la misma, para posteriormente desarrollar un repaso de los distintos procesos y resoluciones judiciales en los que se ha planteado la mentada sanción y, eventualmente, aplicado. Se atenderá especialmente a los supuestos que han generado mayores problemas interpretativos y a la posible aplicación de una medida de seguridad de internamiento correlativa a esta pena.

**Palabras clave:** prisión permanente revisable, aplicación judicial de la prisión permanente, asesinato agravado, alevosía, abuso de superioridad, medida de seguridad permanente.

**Abstract:** This study analyzes the most relevant issues about the judicial application of the reviewable life imprisonment sentence in Spain, which was introduced in 2015 as a penalty officially called "reviewable permanent imprisonment". We identify therefore the regulatory framework within which this penalty is included and the most important

considerations about this subject explained by the legal scholarship. After that, we also gonna study the jurisprudence that has considered and eventually imposed this penal sanction. We're gonna pay special attention to the cases that have brought more interpretive problems, and treat the possibility of applying a safety measure correlative to the reviewable permanent imprisonment.

**Key Words:** Reviewable permanent imprisonment, judicial imposition of life sentence, qualified murder, treachery, abuse of superiority, safety permanent measure.

**Rec:** 30-05-2019 **Fav:** 15-06-2019

## 1. Consideraciones preliminares: la prisión permanente revisable y la reacción social como *ratio legis* de su implantación

La prisión permanente revisable es una pena privativa de libertad<sup>1</sup> que recae sobre delitos de excepcional gravedad y que se caracteriza fundamentalmente por una reclusión en prisión del condenado que se extiende de forma temporalmente indeterminada y por la posibilidad de revisión y excarcelación que incorpora bajo una serie de requisitos<sup>2</sup>. La propia nomenclatura de la pena<sup>3</sup>, fijando que es “revisable”, hace referencia a que, teóricamente, el juez podrá revisar el régimen de ejecución de la pena tras el transcurso de unos determinados períodos de cumplimiento de la misma, de cara a valorar el progreso a tercer grado del reo o bien de su acceso a la libertad condicional<sup>4</sup>.

Desde que el grupo parlamentario popular imbricara esta pena como una de las vigas maestras en su discurso político-criminal, se suscitó una importante discusión jurídica en cuanto a su idoneidad político-criminal y adecuación constitucional, especialmente por cuanto comportaba una “*duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión*”<sup>5</sup>, cuando España ya era uno de los países con un acervo de penas de prisión más severo del contexto Europeo continental<sup>6</sup>. Esta sanción plantea posibles colisiones respecto al principio de legalidad (art. 9.3 CE), la prohibición de tratos y penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE y 3 CEDH) y la orientación reeducadora y reinseradora de las penas (art. 25.2 CE), entre otros preceptos constitucionales<sup>7</sup>.

Buena parte de la doctrina jurídico-penal se manifiesta en términos fuertemente críticos respecto a esta

1 Vid. GARCÍA ALBERO, R.; TORRES ROSELL, N., “Art. 35”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 427.

2 Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Crónica y crítica de la implementación de la prisión permanente revisable en la reforma penal española (2012-2015)*, Revista Aranzadi Doctrinal num.4/2016, parte Estudio, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016, p. 4).

3 Acusada de eufemística por ciertos autores, alegando que busca el fraude de etiquetas dulcificando lo que supone la reintroducción de una auténtica cadena perpetua, aun revisable, en nuestro país (Vid., entre otros, LÓPEZ PEREGRÍN, C. “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 20, 2018, pp. 7-8; GARCÍA PÉREZ, O., “La legitimidad de la prisión permanente revisable a la vista del estándar europeo y nacional”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, p. 414).

4 RUBIO LARA, P.A., *Pena de prisión permanente revisable: análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad*, Revista Aranzadi Doctrinal num. 3/2016 parte Estudio; Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016, p. 5 y ss.

5 El propio prelegislador emplea tales términos a modo de explicación sobre esta institución en el segundo apartado de la exposición de motivos del Anteproyecto de reforma del Código penal de 16 de julio de 2012. Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Crónica y (...) op. cit.*, pp. 7 y ss.

6 En ese sentido, vid. ABEL SOUTO, M., “Cadena perpetua y delitos contra la comunidad internacional (arts. 605.1, 607 y 607 bis)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E., *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1357-1366

7 En relación a la inconstitucionalidad de la pena, vid. ARROYO ZAPATERO, L.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.; PÉREZ MANZANO, M. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016; CUERDA RIEZU, A.; *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011; RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Gakoa, San Sebastián, 2016; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración: Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; CÁMARA ARROYO, S.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanismo penal y penitenciario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016; MARTÍN ARAGÓN, M. M., “La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada” en *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al prof. Dr. Dr.h.c. Juan M. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 448-452. Cabe destacar que GARCÍA PÉREZ, O., “La legitimidad” (...) *op. cit.*, p. 455, asume una postura interesante al entender que si el TC declara la constitucionalidad de la regulación de la prisión permanente revisable a la vista de lo estipulado en la jurisprudencia del TEDH estaría infringiendo la cláusula de no regresión prevista en el art. 53 de la Convención Europea de

sanción, razonando que choca algunos de estos derechos y principios de índole constitucional, además de su inadecuación político-criminal y contrariedad a los distintos principios informadores del Derecho penal<sup>8</sup>. También han mostrado su disconformidad en cuanto a esta figura ciertas entidades de representación de colectivos de operadores jurídicos con una gran representatividad, como el Consejo General de la Abogacía Española o Jueces para la Democracia<sup>9</sup>.

Huérfana de un respaldo doctrinal mayoritario, entendemos, sin embargo, que la implantación prisión

permanente revisable obedece a una maniobra política efectista del grupo parlamentario popular a ante una efímera, pero virulenta alarma que se despierta en amplios sectores de la ciudadanía ante la comisión de los más graves delitos contra la vida y libertad e indemnidad sexuales<sup>10</sup>. Esta clase de hechos particularmente escabrosos propician airadas demandas populares de endurecimiento punitivo que, siendo esporádicas y de difícil comprobación respecto a si responden a una mayoría social, se edifican en una visión sesgada y que no se ajusta a la realidad empírica fenómeno criminal en

---

Derechos Humanos, pues emplearía el parámetro convencional para reducir el ámbito de protección de un derecho reconocido en nuestro Derecho interno, como viene siendo la prohibición de las penas indeterminadas por parte del TC español.

8 En ese sentido, cabe destacar ARROYO ZAPATERO, L.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.; PÉREZ MANZANO, M. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Contra la (...) op. cit.*, una obra colectiva en la que distintos autores de gran relevancia exponen a lo largo de sus numerosos capítulos una visión especialmente crítica de en cuanto a lo contraproducente de esta pena en términos constitucionales, jurídico-penales y criminológicos. En sentido crítico respecto a la fase prelegislativa en torno a esta pena, vid. CÁMARA ARROYO, S. "Crónica y crítica" (...) *op. cit.*, pp. 4-30; JUANATEY DORADO, C., "Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, VOL. XV, 2012; CANCIO MELIÁ, M., "La pena de cadena perpetua ('prisión permanente revisable') en el Proyecto de reforma del Código Penal", *Diario La Ley*, Nº 8175, 2013

Denuncian la ilegitimidad material e inadecuación político-criminal de la pena, entre otros, CÁMARA ARROYO, S., "La más criminal de las políticas: La revisión permanente de la prisión, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España)", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 116, 2015; DEL CARPIO DELGADO, J., "La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal", *Diario La Ley*, Nº 8004, pp. 22-24; ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A., "Delitos contra" (...) *op. cit.*, pp. 317 y ss.; ABEL SOUTO, M. "Cadena perpetua" (...) *op. cit.*, pp. 1357-1366; SÁEZ RODRÍGUEZ, C. "Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº2, 2013, pp. 7 y ss; LÓPEZ PEREGRÍN, C. "Más motivos" (...) *op. cit.*; CARBONELL MATEU J. C. "Prisión permanente revisable I (art. 33 y 35)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentarios a (...) op. cit.*, pp. 213 y ss; GARCÍA ARÁN, M. Intervención en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el 18/02/2014, en las Comparecencias para informar en relación con el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-503.PDF#page=33](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-503.PDF#page=33) (última visita en 24/05/2019); GIMBERNAT, E. *Contra la prisión permanente revisable*, en *El Mundo*, 29 de junio de 2018. Otra palpable manifestación del ostensible rechazo que en sede doctrinal (y en algunos casos también forense) ha suscitado esta pena lo hallamos en el significativo texto emitido por el Grupo de Estudios de Política Criminal, "Manifiesto contra la cadena perpetua", <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/viewFile/21839/23512> (última visita en 24/05/2019)

A favor de la constitucionalidad y legitimidad político-criminal de esta pena se manifiestan JAÉN VALLEJO, M. y LUIS PERRINO PÉREZ, A. *La Reforma Penal de 2015*, Dykinson, España, 2015, pp. 21-34; NISTAL BURÓN, J. "¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de 'cadena perpetua' como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?", *La Ley penal*, Nº 68, 2010, pp. 1-6; o RODRÍGUEZ RAMOS, L. "¿De verdad es pertinente derogar la prisión perpetua revisable?", en *Voz Populi*, 13/03/2018. También admiten su constitucionalidad SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, M. I. *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, DYKINSON, Madrid, 2017, mas reclaman su necesaria derogación puesto que su regulación conducirá indefectiblemente a internamientos vitalicios atendiendo a la tipología de reos sobre la que se despliega. Ello se demuestra a lo largo del último capítulo de la obra (pp. 147-161), a raíz del análisis empírico de los perfiles penitenciarios de 21 sujetos sometidos a penas de prisión ininterrumpida entre 9 y 23 años, determinándose que 18 de ellos, si hipotéticamente hubieran sido condenados a prisión permanente, no cumplirían los requisitos establecidos para obtener la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional, tras el enorme deterioro psicosocial sufrido tras la larga reclusión.

9 "La Abogacía Española reitera que la prisión permanente revisable es inconstitucional", web del Consejo General de la Abogacía Española, 22 de enero de 2015 (<https://www.abogacia.es/2015/01/22/la-abogacia-espanola-reitera-que-la-prision-permanente-revisable-es-inconstitucional/>); "Comunicado JjPd contra la prisión permanente revisable", web de Jueces y Juezas para la Democracia, 7 de febrero de 2018 (<http://www.juecesdemocracia.es/2018/02/07/comunicado-jjpd-la-prision-permanente-revisable/>) (última visita en 24/05/2019).

10 Se pueden señalar como ejemplos paradigmáticos de ello mismo ciertos crímenes especialmente cruentos que escandalizaron a la opinión pública en consideración a la temprana edad o vulnerabilidad de las víctimas, como el caso "Sandra.Palo" en 2003, "Marta del Castillo" en 2009 o "Ruth y José" en 2011. Es especialmente relevante el caso del asesinato de Marta del Castillo puesto que conllevó fuertes repercusiones políticas y legislativas. La reciente consecución de casi dos millones de firmas para la repetición de un proceso sobre los hechos (1.885.000 a la fecha de redacción de este trabajo) da fe de la trascendencia y crispación social que todavía hoy, tras una década de su comisión, se ha conferido a estos hechos criminales. Vid. "Repetición del juicio del caso Marta del Castillo", en *Change.org*.



España, sino a un populismo punitivo muy rentable en términos electorales<sup>11</sup>.

Precisamente no existen datos que avalen la reforma, puesto que la tasa de homicidios de España<sup>12</sup> es una de las más bajas de Europa<sup>13</sup>. Los precursores de esta institución penal apenas emprendieron una argumentación de fondo sobre la verdadera necesidad y encaje jurídico-constitucional de aquélla, deslizando superficial y elusivamente sobre el trascendente, complejo y delicado debate<sup>14</sup> que puede surgir en torno a incluir una figura tan anómala en el sistema jurídico y democrático español<sup>15</sup>. Este exorbitante recurso al *ius puniendi* parece erigirse en el denostado proverbio “*vox populi, vox*

*Dei*”, con insólitas alusiones al “*transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales*” en el preámbulo de la LO 1/2015 como razón reformadora<sup>16</sup>. Mas algún parlamentario popular sí reveló su auténtica naturaleza retributiva<sup>17</sup>, siendo ésta una filosofía inaceptable de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho<sup>18</sup>.

Las prisas y oportunismo que impregnaron a la LO 1/2015, que fue sacada adelante por el grupo parlamentario popular, aprovechando su mayoría absoluta por entonces y sin contar con ningún otro apoyo en la oposición (que recurrió conjuntamente la prisión permanente al Tribunal Constitucional<sup>19</sup>), acarrearán unas importantes deficiencias no sólo en la fundamentación

11 En ese sentido es muy revelador el análisis desmitificador de las creencias populares que efectúa GIL GIL, A. *Consecuencias jurídicas del delito*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 625 y ss. Vid. también, en torno al populismo punitivo que impregna la promulgación de esta pena, MARTÍN ARAGÓN, M. M., “La prisión” (...) *op. cit.*, pp. 443-448.

12 Éstos descendieron sensiblemente en los años precedentes a la reforma, alcanzando su punto más bajo en 2014 con 0,65 homicidios por cada 100.000 habitantes Fuente: Instituto Nacional de Estadística, portal web. Gráfico y tabla de elaboración propia sobre la evolución de la tasa de homicidios en España desde 2010 a 2017 a partir de datos del INE: [https://drive.google.com/file/d/1qmYkYpMTu\\_E8lGpIsrZ5lv6ERl0axaBS/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1qmYkYpMTu_E8lGpIsrZ5lv6ERl0axaBS/view?usp=sharing) (última visita en 24/05/2019).

13 Los últimos datos ofrecidos por Eurostat, referidos a 2016, sitúan a España como el cuarto país con menor tasa de homicidios por 100.000 habitantes, después de Eslovenia, Austria y República Checa. Vid. Intentional homicides, 2016 (police-recorded offences per 100 000 inhabitants). En 2015, el año de la reforma, España fue el país de la Unión Europea con menos homicidios tras Austria. Eurostat, portal web (última visita en 23/05/2019).

14 Como ejemplo de esa vacuidad de su discurso político ensalzador de esta pena por parte de los populares, el Ministro precursor de la misma, Rafael Catalá, declaraba: “*Es sorprendente que aún hoy algunos de la izquierda quieran hacer ver que las Fuerzas de Seguridad, los jueces o los fiscales son los malos y los buenos los delincuentes*” (“Catalá lamenta que quieran confundir prisión permanente revisable con cadena perpetua” en *El Confidencial*, 22/02/2015), o que la reforma es “*propia de los tiempos actuales*” (“El Congreso aprueba el Código Penal de la prisión permanente revisable con la oposición en contra”, en *El Mundo*, 22/01/2015). Convenimos con CANCIO MELIÁ, M. “La pena” (...) *op. cit.*, p. 5, en que ello nos sitúa ante una suerte de neolengua orwelliana que logra desplazar del foco público un debate sosegado y minucioso en pos de la “*repetición de meros eslóganes*”.

15 Como señalan ORTOS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de derecho penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 464, es una pena ajena a nuestra tradición. A partir del Código de 1928, en la etapa de la dictadura de Primo de Rivera, se elimina la cadena perpetua del listado de penas imponibles, además de la reclusión a perpetuidad, no volviendo a ser reintroducida la prisión a perpetuidad en el ordenamiento español en el siglo XX. Además, señala CÁMARA ARROYO, S., *Crónica y (...) op. cit.*, p. 4, que los Códigos penales decimonónicos (de 1822, 1848 y 1870 respectivamente) contemplaban sustantivamente penas de trabajos forzados o de reclusión perpetuos, pero ello fue aliviado en la práctica por su escasa imposición o indultos obligatorios a partir de 30 años de privación de libertad.

16 No menos significativa es la referencia presente en el siguiente párrafo de ese preámbulo: “*La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido*”.

17 “*La prisión perpetua revisable es compatible con la Constitución, es la que demanda una inmensa mayoría de la opinión pública (...) El Grupo Parlamentario Popular quiere un sistema de penas, que podemos seguir trabajando juntos, en donde la retribución —que es su finalidad principal para nosotros, en efecto— signifique ni más ni menos que aquello que recogía Cela en Pascual Duarte, que el que la haga la pague. Con una prevención general que significa que se sepa por todos que el que la hace la paga y una prevención especial que significa que sepan los terroristas, los violadores y los pederastas que causen muerte, que van a tener que arrepentirse cada día de su vida en la cárcel*”. Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Núm. 146; 11 de marzo de 2010; intervención de Trillo-Figueroa Martínez-Conde, F. (Grupo parlamentario popular).

18 En contra de la finalidad retributiva de la pena, en tanto el Estado de Derecho no puede asumir una mentalidad vindicativa que reproduzca la causación de males iniciada con la comisión del delito como fin de la pena, contraria a su sentido preventivo, vid. ROXIN, C.: *Derecho penal: parte general*, Cívitas, Madrid, 2014, pp. 98 y ss. En ese sentido, consideramos que acierta Díez Ripollés, J. L. “El abuso del sistema penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 19, 2017, p. 9, cuando expresa que las penas de prisión perpetuas son “*un instrumento privilegiado para la exclusión social de los delincuentes mediante su directa segregación de la sociedad*”.

19 Se trata del Recurso de Inconstitucionalidad 3866-2015 interpuesto contra el sistema de prisión permanente revisable, admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional el 27 de julio de 2015 (nota informativa Nº 64/2015, Gabinete de Prensa del Tribunal Constitucional).

sustantiva de tales innovaciones en el Derecho positivo, sino pronunciadas carencias técnicas. Precisamente, en cuanto a la pena que ocupa a este trabajo, los órganos judiciales que han valorado su aplicabilidad no han podido dejar de advertir la problemática regulación de ésta. Analizaremos algunas de sus implicaciones que consideramos más relevantes desde una postura crítica, advertidas las carencias político-criminales y de adecuación constitucional que entraña esta sanción.

### 2. Los delitos que incorporan la prisión permanente revisable

Durante la tramitación parlamentaria de la reforma penal del año 2010, que culminaría con la promulgación de la LO 5/2010, el grupo parlamentario popular propone una enmienda tendente a incluir, por primera vez, la prisión perpetua revisable en ciertos casos<sup>20</sup> que se ven radicalmente alterados en el posterior anteproyecto de reforma del Código penal de julio de 2012<sup>21</sup>, en donde se preveía sólo para los “*casos más graves de delincuencia terrorista*”. Unos meses más tarde, el 4 de octubre de ese año, se introducía un Anteproyecto de reforma del Código penal conforme al que la mentada pena quedaría configurada *ex LO 1/2015*<sup>22</sup>.

La mutabilidad relativa a los tipos en los que se previó la pena en las distintas fases señaladas por parte del grupo parlamentario popular es un claro síntoma

de la grave falta de fundamentación político-criminal que avalaría una hipotética necesidad de refuerzo en la intervención punitiva conforme a los principios y fundamentos que le son propios al Derecho penal<sup>23</sup>. Sin embargo, estos cambios sobrevenidos de opinión *lege ferenda* demuestran que este grupo asignaba una gran importancia simbólica a la mera introducción de la pena en el sistema punitivo español, y no tanto a su previsión respecto a unas concretas y meditadas modalidades típicas, lo cual deslegitima de forma importante la necesidad de esta figura<sup>24</sup>.

De tal modo, la LO 1/2015 prevé la imposición imperativa de la prisión permanente revisable, en primer lugar, ante la comisión de un asesinato hipercualificado (art. 140), que lo será cuando los hechos calificados previamente como asesinato hubieran tenido como víctima a un menor de 16 años o una persona especialmente vulnerable por su edad, enfermedad o discapacidad física o mental (art. 140.1.1<sup>a</sup> CP)<sup>25</sup>; cuando el asesinato sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual sobre la víctima (art. 140.1.2<sup>a</sup> CP)<sup>26</sup>; cuando se cometa por quien perteneciere a un grupo u organización criminal (art. 140.1.3<sup>a</sup> CP), o cuando el reo de asesinato hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas (art. 140.2. CP)<sup>27</sup>.

También es castigado de tal modo el reo de homicidio o asesinato con el que se diera muerte al Rey o

20 Concretamente en el delito de homicidio o asesinato efectuados en el marco de un genocidio (enmiendas 385 y 397), los de homicidio subsiguiente a una violación (enmienda 390), homicidio del Rey o de la Reina (enmienda 392) y el homicidio terrorista (enmienda 394). Congreso de los Diputados, serie A, núm. 52-9, de 18/03/2010. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Vid. CANCIO MELIÁ, M. “La pena de cadena perpetua (‘prisión permanente revisable’) en el Proyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, N° 8175, 2013, p. 5.

21 Anteproyecto de reforma del Código penal de 16 de julio de 2012.

22 Proyecto de Ley Orgánica 121/000065, de 4 de octubre de 2013, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

23 Este carácter de pena nacida de forma *ad hoc* se trata de disimular, a pesar de ello, haciendo un vano esfuerzo el creador por ampliar el catálogo de delitos que la prevén e incluyendo en él a los reos de regicidio, de homicidio o asesinato de una persona internacionalmente protegida, o de determinados delitos en el marco de la comisión del de genocidio, en atención al daño adicional sobre bienes jurídicos supraindividuales que se produce en tales casos además del de la propia vida o integridad física en el caso concreto para tratar de conservar cierta sistematicidad. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. “Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho penitenciario”, en ARROYO ZAPATERO, L.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; PÉREZ MANZANO, M. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Contra la (...) op. cit.*, p. 164. En el mismo sentido, vid, LÓPEZ PEREGRÍN, C. “Más motivos” (...) *op. cit.*, p. 16.

24 Vid. CANCIO MELIÁ, M. “La pena (...) *op. cit.*”, p. 5. Igualmente refuerza esta tesis la mención ubicada en el preámbulo de la LO 1/2015, en la que se expresaba que la finalidad de la introducción de la prisión permanente fue la “*necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia*” que hacía preciso “*poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas*”.

25 Vid., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. “Del homicidio y sus formas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentarios a (...) op. cit.* Para determinar la concurrencia de una discapacidad suficiente para determinar la aplicación de esta hipergravante, se habrá de estar a lo dispuesto en el art. 25 CP; vid. CARBONELL MATEU, J. C., “Homicidios y sus formas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 50-51.

26 Vid. MORALES PRATS, F. “Art. 140. Asesinato con concurrencia de varias causas”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. *Comentarios al (...) op. cit.*, pp. 985 y ss.

27 Vid. MORALES PRATS, F.; “Art. 140” (...) *op. cit.*, p. 985 y ss.



Reina, Príncipe o Princesa de Asturias (art. 485.1 CP)<sup>28</sup>, a un Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado que se halle en España (art. 605.1 CP), además del autor de un delito de terrorismo que cause la muerte de una persona (art. 573 bis CP)<sup>29</sup>. Por último, esta sanción se recoge en los tipos penales de homicidio o asesinato, agresiones sexuales o lesiones graves de una persona en delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad (art. 607.1 y 607 bis.2.1º CP)<sup>30</sup>.

La aplicación judicial de la prisión permanente revisable se ve suscrita a desenvolverse respecto a las tipologías delictivas que la prevén y que cuentan con una efectiva incidencia práctica, prodigándose en casos de asesinatos hiperagravados. A comienzos del mes de mayo de 2019 se han producido ocho condenas en primera instancia a la mentada sanción, aunque una de ellas ya ha sido revocada por la STS 716/2018, de 17 enero de 2019, Pn. Palomo del Arco<sup>31</sup>. Cinco de esas ocho condenas lo han sido por la comisión de los hechos del art. 140.1.1ª CP (asesinato hipercualificado por especial vulnerabilidad de la víctima o su minoría de 16 años); tres de ellas por la de los hechos recogidos en el art. 140.1.2ª CP (comisión del asesinato con posterioridad a la de un delito contra la libertad sexual de la víctima). Partiendo de ello, más que hacer un repaso general de cada resolución, abordaremos los aspectos jurídico-penales más sensibles, merecedores de un estudio sosegado para escudriñar las soluciones técnicas más apropiadas.

### 3. La hipercualificación del art. 140.1.1ª CP y su interrelación con la alevosía y el abuso de superioridad

#### 3.1. Aproximación a la problemática de las agravaciones con razón en la vulnerabilidad e indefensión de la víctima

Hemos de recordar que las tres circunstancias que prevé el art. 140.1 CP suponen no sólo una hipercualificación del asesinato (cuya modalidad de agravación “simple” es la que fija el art. 139.2 referente a la concurrencia de más de una de sus circunstancias), sino también una cualificación del homicidio por la vía del art. 138.2.a) CP, que fija el castigo con la pena superior en grado a la del homicidio en tipo básico. El legislador de 2015 no se sujeta a un criterio sistemático en la tipificación de los delitos de homicidio y asesinato, desplegando una caótica amalgama de agravaciones no sujetas a un aumento progresivo, escalonado y razonable del desvalor material conforme se desarrollan las distintas figuras típicas, siendo aplicables las hiperagravaciones del asesinato también sobre el tipo básico de homicidio<sup>32</sup>.

La circunstancia agravante específica recogida en el art. 140.1.1ª CP opera cuando la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Esta circunstancia comparte el fundamento del injusto de la alevosía en su modalidad de desvalimiento y de otra figura agravante que se despliega concéntricamente respecto a este tipo de alevosía pero ocupando un espacio de antijuridicidad más

28 Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.; “Art. 485.1” en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. *Comentarios al (...) op. cit.*, p. 1206 y ss.

29 Vid. GARCÍA ALBERO, R.; “Art. 573 bis” QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. *Comentarios al (...) op. cit.*, p. 985 y ss.

30 Vid. CUERDA ARNAU, M. L.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.; BORJA JIMÉNEZ, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; *Derecho penal. Parte especial*, Tirant, Valencia, 2016, p. 743; SERRANO GÓMEZ, A.; MAILLO SERRANO, A.; SERRANO TÁRRAGA, M. D.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; *Curso de Derecho Penal, parte especial*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 915.

31 Debe tenerse en cuanto que en el momento de publicación de este artículo pueden haberse producido más condenas, pues en el propio momento de su redacción existen juicios orales desarrollándose en los que las acusaciones solicitan la máxima pena prevista en el ordenamiento español, como el caso “Sara Feraru”, en el que se investiga la muerte violenta de una niña de 4 años en Valladolid (“Caso Sara: La hora del jurado”, en *eldiadevalladolid.com*, 22/05/2019).

32 El Consejo General del Poder Judicial ya advirtió, 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”, de 13 de diciembre de 2012, en relación al artículo 140.1 CP, que “Las circunstancias primera y tercera evidencian una tendencia al non bis in idem. En efecto, buena parte de los supuestos a los que se refiere la primera menor de edad o persona especialmente vulnerable) terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma”. También en sentido crítico frente a la tendencia a problemas interpretativos y concursales que se derivan de la reforma de los delitos contra la vida, vid. MORALES PRATS, F. “Artículo 140” (...) *op. cit.*, pp. 986-987; ALONSO ÁLAMO, M. “La Reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, *Cuadernos de política criminal*, Nº 117, 2015, p. 19. Se trata de “una legislación absolutamente casuística, anunciadora de problemas hermenéuticos y sin fin y conculcadora del principio de igualdad, pues textos confusos a lo único que dan lugar es a resoluciones divergentes ante casos similares”; cfr. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. “Delitos contra la vida humana independiente” en QUINTERO OLIVARES, G. *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi Thompson, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 319. Además, se incorpora una figura desconocida en nuestra tradición jurídica como es el homicidio agravado, en un estadio teóricamente anterior al asesinato, pero de difícil delimitación respecto a éste. En ese sentido, vid. MORALES PRATS, F. “Artículo 138” (...) *op. cit.*, pp. 986.

limitado: el abuso de superioridad por desvalimiento de la víctima.

La alevosía cuenta con una definición legal que en el art. 22.1ª CP, que estipula que concurre “cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”. Esta agravante se fundamenta en la comisión delictiva empleando unos determinados medios en pos de tres objetivos: garantizar una más segura ejecución del delito, suprimir cualquier acción defensiva por parte del sujeto pasivo y evitar riesgos que de ella se derivaren para el sujeto activo<sup>33</sup>.

Numerosa jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo ha desarrollado el contenido de esta circunstancia, estimando la concurrencia de la alevosía en todo supuesto en el que la práctica de la agresión evidencia la intención de su autor de conectar el delito eliminando toda posibilidad de defensa de la víctima<sup>34</sup>. En definitiva, la esencia de la antijuridicidad de la ale-

vosía se halla en la supresión total de las posibilidades de defensa de la víctima; o bien “en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes”<sup>35</sup>. Por ello, la alevosía solo concurre cuando la indefensión de la víctima es total.

Basándose en todo lo anterior, en esta jurisprudencia<sup>36</sup> se viene distinguiendo en las últimas décadas, de forma general, tres modalidades de alevosía: la “proditoria”<sup>37</sup>, la “sorpresiva”<sup>38</sup>, la de “desvalimiento”. Además, ha venido reconociendo más recientemente una cuarta modalidad especial, la “convivencial”<sup>39</sup>. La alevosía por desvalimiento es la modalidad que más concierne en este análisis, puesto que comparte un fundamento antijurídico común al abuso de superioridad y al de la cualificación del art. 140.1.1ª CP, en tanto la esencia de estas circunstancias agravantes radica en el aprovechamiento de una situación de indefensión dada por circunstancias personales del ofendido.

Concretamente, la alevosía por desvalimiento consiste “en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfer-

33 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. “Artículo 22”, en GÓMEZ TOMILLO, M. y AGUADO CORREA, M. *Comentarios prácticos al Código penal: Artículos 1-137*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 335.

34 Cabe mencionar al respecto la STS 719/2016 de 27 de septiembre, Pn. Berdugo Gómez de la Torre, que se remite en su desarrollo a otras resoluciones como las STSS 632/2011 de 28 de junio, Pn. Berdugo Gómez de la Torre; 599/2012 de 11 de julio, Pn. Berdugo Gómez de la Torre. Vid. también STS 700/2018 de 9 enero, Pn. Lamela Díaz, que se remite igualmente a las STSS 155/2005 de 15 de febrero, Pn. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, y 375/2005 de 6 de abril, Pn. Soriano Soriano. Estas sentencias desglosan una serie de elementos cuya existencia se debe comprobar para poder aplicar la alevosía, a saber: i) Un elemento normativo, que marca que la alevosía solo podrá ser valorada respecto a delitos contra las personas; ii) Un elemento objetivo que incide en el “modus operandi”, requiriéndose que el autor emplee en la ejecución de los hechos medios, modos o formas objetivamente aptos para asegurarla mediante la supresión de las posibilidades de defensa, sin ser suficiente el mero convencimiento subjetivo del autor respecto a su idoneidad; iii) Un elemento subjetivo que exige que el dolo del sujeto activo del delito no sólo se proyecte sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre la aseguración de la ejecución y su orientación a eliminar las posibilidades de defensa del ofendido, impidiendo conscientemente el posible riesgo que suponga para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; iv) Un elemento cronológico, requiriéndose que la alevosía se simultanee con la comisión del delito (vid. QUINTERO OLIVARES, G. “Artículo 22” (...) *op. cit.*, p. 336); v) Finalmente, una perspectiva teleológica que prescribe la necesaria comprobación de si en el caso concreto se produjo una situación de completa indefensión, siendo necesaria la apreciación de un incremento de la antijuridicidad resultante de ese modus operandi conscientemente orientado a las expuestas finalidades (STS 1866/2002 de 7 de noviembre, Pn. Colmenero Menéndez de Lúcar F.J. 5ª).

35 Cfr. STS. 178/2001 de 13 de febrero, Pn. Bacigalupo Zapater, F.J. Único.

36 Vid. STSS 49/2004 de 22 de enero, Pn. Soriano Soriano; 541/2017 de 12 julio, Pn. Sánchez Melgar.

37 La alevosía “proditoria” es la que se da en situaciones en que el sujeto agresor permanece oculto y cae sobre la víctima en un momento y lugar que aquélla no espera (vid. STSS 246/2011 de 14 abril, Pn. Berdugo Gómez de la Torre; 177/2019 de 2 de abril, Pn. Sánchez Melgar).

38 La alevosía súbita o inopinada, llamada también “sorpresiva”, es aquella en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina, no pudiendo el ofendido prepararse contra el ataque y reaccionar en consecuencia. La alevosía sorpresiva comprende una submodalidad alevosa denominada “sobrevvenida”, la cual cuenta con la particularidad de que en el momento del inicio de la acción delictiva no se haya presente la agravante, pero en una secuencia posterior de la actuación del actor, se reanuda el ataque aprovechando una indefensión que ha sobrevenido en el sujeto pasivo, que no podía esperar este nuevo ataque en función de las concretas circunstancias del hecho (vid. STSS 178/2001 de 13 de febrero, Pn. Bacigalupo Zapater; 614/2003 de 24 de febrero de 2004, Pn. Ramos Gancedo; 37/2009 de 22 enero, Pn. Colmenero Menéndez de Lúcar, entre otras).

39 Ésta se basa en la relación de confianza previa desarrollada a partir de la convivencia que mantiene la víctima con el ofensor, generadora de una total despreocupación y relajación de los recursos defensivos de aquélla frente a un eventual ataque del agresor conviviente (vid. STSS 86/1998 de 15 de abril, Pn. Bacigalupo Zapater; 1284/2009 de 10 de diciembre, Pn. Marchena Gómez; 16/2012 de 20 de enero, Pn. Marchena Gómez; y 696/2018 de 26 de diciembre, Pn. Berdugo Gómez de la Torre).

mos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa”<sup>40</sup>. Ante este tipo de situaciones, el alto Tribunal viene estableciendo que se debe apreciar *necesariamente* la alevosía por desvalimiento<sup>41</sup>, puesto que estamos ante víctimas que cabría denominar como seres “permanentemente” o “constitucionalmente” indefensos, empleando la nomenclatura tradicional de la doctrina<sup>42</sup>.

Por otro lado, la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, según constatan reiteradas sentencias<sup>43</sup>, se produce cuando en la acción delictiva se da una situación de superioridad, que consistirá en un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido y podrá derivar de cualquier circunstancia (ya sea preexistente o creada por el agresor), comportando esa superioridad una disminución notable, aunque no total, en las

posibilidades de defensa del ofendido. Se requiere igualmente un elemento subjetivo consistente en el dolo del agente proyectado sobre el abuso de superioridad, conociendo éste esa situación de desequilibrio de fuerzas y aprovechándose de ella para una más fácil realización del delito. Por último deberá constatar un elemento normativo, descartándose que la superioridad de la que se abusa no sea inherente a la comisión del delito<sup>44</sup>.

Pese a la incontestable homogeneidad entre la alevosía y el abuso de superioridad<sup>45</sup>, el grado de indefensión es absoluto en cuanto a la alevosía, y notable pero no completo en el abuso de superioridad, denominado también “*alevosía de segundo grado*”<sup>46</sup> por ese fundamento común pero contornos más limitados. Consiguientemente, la alevosía se despliega concéntricamente y absorbe el espacio de antijuridicidad del abuso de superioridad, por lo que es incompatible su concurrencia conjunta por razón de *ne*

40 Cfr. STSS 49/2004 de 22 de enero de 2004, Pn. Soriano Soriano (F.J. 1º). Vid. también STSS 703/2013 de 8 de octubre, Pn. Berdugo Gómez de la Torre; 915/2012, de 15 de noviembre, Pn. Varela Castro; 1037/2013 de 27 de diciembre, Sánchez Melgar; 83/2015 de 13 de febrero, Pn. Granados Pérez; 231/2017 de 4 de abril, Pn. Soriano Soriano; 290/2017, de 24 de abril, Pn. Soriano Soriano.

41 Vid. SSTS 196/1995 de 4 diciembre, Pn. Martín Pallín; 462/1996 de 16 mayo, Pn. Montero Fernández-Cid; 990/1999 de 19 junio, Pn. Martín Carnivell; 185/2000 de 19 de febrero de 2001, Pn. Marañón Chávarri.

42 Vid. ANTÓN ONECA, J. “El Código penal de 1870”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 23, 1970, p. 244; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español*, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 727-728. No obstante, este automatismo en la aplicación de la agravante no ha resultado exento discusión y críticas doctrinales. Éstas versan en se produce una expansión notable del injusto de la alevosía que rebasa los términos de la conceptualización legal de la misma, que se limita a señalar la selección de medios, modos y formas por parte del autor. En el tenor literal del art. 22.1ª CO se omite la referencia al aprovechamiento de circunstancias previamente dadas como la inferioridad y desamparo de la víctima, que no ha pretendido ni provocado el autor (vid. MUÑOZ CONDE, F. J. *Derecho penal (...) op. cit.*, p. 42 y ss.), bastando su aprovechamiento “en cualquier momento” (STS 2389/2001 de 14 de diciembre, Pn. Aparicio Calvo-Rubio, F.J. 6º). De ese modo se produce una interpretación extensiva contra reo, siendo éste un mecanismo hermenéutico inválido en el Derecho penal.

El propio Antón Oneca, analizando el Código penal de 1870, resaltaba que la concepción *ex lege* de una alevosía basada exclusivamente en los medios, modos o formas de la comisión excluirla de su ámbito de aplicación, de forma impopular, los casos de agresión sobre el “permanentemente indefenso”, señalando a título ejemplificativo los casos del niño o paralítico (cfr. ANTÓN ONECA, J. “El Código” (...) *op. cit.*, p. 244). En el mismo sentido se pronunciaban Rodríguez Devesa y Serrano Gómez en el año 1991 respecto al texto punitivo vigente por entonces tras la reforma de 1983, entendiendo que no cabía la alevosía frente a una persona “nbturalmente incapaz de defenderse”, citando no obstante toda una jurisprudencia del Tribunal Supremo que se remontaba al siglo XIX y se extendía a lo largo del XX aplicando la cualificación sobre estos supuestos (cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español*, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 727-728).

Aunque la jurisprudencia dominante del Tribunal Supremo ha consagrado la alevosía por desvalimiento, existen resoluciones aisladas como la STS 731/1988, de 9 de marzo de 1989, en la que Marino Santos, como ponente, rechaza la concurrencia de la alevosía al no contemplar elemento tendencial alguno en ésta, pues argumenta que los autores “*no emplean ningún medio, modo o forma que tienda a asegurar la muerte*” del niño enjuiciada (F. J. 1º).

43 Vid. SSTS 1157/2006 de 10 de enero, Pn. Saavedra Ruiz; 574/2007 de 30 de mayo, Sánchez Melgar; 973/2007 de 19 de noviembre, Pn. Sánchez Melgar; 76/2009 de 4 de febrero, Pn. Ramos Gancedo; 479/2009 de 30 de abril, Pn. Marchena Gómez; 889/2009 de 15 de septiembre, Pn. Martínez Arrieta; y 1286/2014 de 5 de marzo, Pn. Saavedra Ruiz.

44 Esta inherencia podría darse, o bien por constituir uno de sus elementos típicos, o bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

45 Vid. STSS 1340/2000 de 25 de julio, Pn. Martín Pallín; 1458/2004 de 10 de diciembre, Pn. Martínez Arrieta; 600/2005 de 10 de mayo, Pn. Soriano Soriano; 850/2007 de 18 de octubre, Pn. Marchena Gómez; 501/2014 de 18 de junio, Pn. Soriano Soriano.

46 Emplean la conceptualización del abuso de superioridad como “*alevosía de segundo grado*”, entre otras, las STSS 1390/2011 de 27 diciembre, Pn. Berdugo Gómez de la Torre; 922/2012 de 4 diciembre, Pn. Conde-Pumpido Tourón; o 863/2015 de 30 de diciembre, Pn. Conde-Pumpido Tourón.



*bis in idem* conforme a la jurisprudencia y doctrina mayoritarias<sup>47</sup>.

En este ámbito, la LO 1/2015 desconoce el minucioso desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo emitido sobre ello a propósito de homicidios, puesto que la edad en la que éste órgano sitúa como generalizable la completa indefensión de la víctima es en niños de muy corta edad; generalmente menores hasta la edad 3 o 4 años. La casuística forense ha reconocido la aplicación necesaria o automática de la alevosía por una indefensión basada en la edad de la víctima en supuestos de un niño de 3 meses<sup>48</sup>, de 14 meses<sup>49</sup>, de 3 años<sup>50</sup>, y de 4 años<sup>51</sup>, mas ante casos de niños de 10 años se ha venido aplicando la agravante de abuso de superioridad<sup>52</sup>. Entendemos que puede ser calificable de irreflexivo y contrario al principio de lesividad y proporcionalidad el establecimiento de una presunción *ex lege* de la especial vulnerabilidad de cualquier menor de 16 años, prescindiendo de los márgenes de edades fijados por el Tribunal Supremo en atención casuística al concurrente desarrollo psicofísico de la víctima en vinculación con sus capacidades defensivas que se ha referido<sup>53</sup>.

3.2. *Tratamiento jurisprudencial favorable a la posible concurrencia de la alevosía con la hiperagravación recogida en el art. 140.1.1ª CP*

Como ya se ha advertido, la regulación de esta circunstancia hiperagravante entraña una grave tendencia a la generación de problemas concursales, por su superposición descuidada sobre los espacios de anti-juridicidad concéntricos y propios del abuso de superioridad y la alevosía. En tal sentido, los problemas interpretativos que siembra la nueva regulación del asesinato tras la promulgación de la LO 1/2015 son advertidos por el Tribunal Supremo en distintas resoluciones emitidas tras la entrada en vigor de la norma, como la STS 80/2017 de 10 de febrero, Pn. del Moral García<sup>54</sup>, la STS 102/2018 de 1 de marzo, Pn. del Moral García<sup>55</sup>, y especialmente en la STS 716/2018 de 16 de enero de 2019, Pn. Palomo del Arco, que es la primera resolución del alto Tribunal resolviendo un recurso de casación a propósito de la aplicabilidad de la prisión permanente revisable (en ella se manifiesta la existencia de “*normas dosimétricas concursales*” en el ámbito de los asesinatos hipercualificados, F.J. 4º)<sup>56</sup>.

47 En el ámbito doctrinal cabe destacar que defienden la incompatibilidad entre la alevosía y el abuso de superioridad, entre otros, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, Akal, Madrid, 1986, p. 405; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 437; MUÑOZ CONDE, F. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general* (9ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 516; MUÑOZ CONDE, F. J., *Derecho penal: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 46; GOYENA HUERTA, J., “Artículo 22”, en GÓMEZ TOMILLO, M. y AGUADO CORREA, M., *Comentarios prácticos al Código penal: Artículos 1-137 (...) op. cit.*, pp. 339 y ss. También concibe esta incompatibilidad, en la inmensa mayoría de los casos, ARIAS EIBE, M. J. “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº7, 2005, pp. 26 y ss.

Respecto a la postura minoritaria, favorable a su posible coexistencia en una misma calificación jurídica, destaca CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español: parte general, Tomo II*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 381-382, que aboga por una concepción restrictiva de la alevosía limitada a medios, modos o formas ejecutivos, dejando espacio para desvalorar independientemente las circunstancias personales de la víctima. Precisamente este autor es conocedor de que “*la opinión dominante considera, en cambio, que la alevosía implica siempre un abuso de superioridad y que, por tanto, ambas circunstancias son incompatibles*” (Cfr. CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español: parte general, Tomo II*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 382). Existen sentencias aisladas que avalan esa concurrencia conjunta de las dos circunstancias; STSS 843/2002, de 13 de mayo, Pn. Móner Muñoz; 1340/2005, de 8 de noviembre, Pn. Granados Pérez.

48 Vid. STS 657/2008 de 24 de octubre, Pn. Marchena Gómez.

49 Vid. STS 978/2007 de 5 de noviembre, Pn. García Pérez.

50 Vid. STS 772/2004 de 16 de junio, Pn. Martínez Arrieta.

51 Vid. STS 596/2006 de 28 de abril, Pn. Sánchez Melgar.

52 Vid. STSS 647/2013 de 16 de julio, Pn. Martínez Arrieta, y 888/2013 de 27 de noviembre, Pn. Monterde Ferrer.

53 Sin embargo, sí deberán ser probadas, en orden a demostrar en la práctica esa vulnerabilidad aquellas circunstancias cualificadoras como son la edad avanzada, enfermedad o discapacidad, sorprendiendo la divergencia ontológica de las situaciones que iguala normativamente el art. 140.1.1ª CP, pues no se pueden entender como comparables, por ejemplo, la entidad de la vulnerabilidad de un chico de 15 años con la de una persona con tal demencia que apenas puede comprender y reaccionar ante estímulos externos.

54 En la STS 80/2017, de 10 de febrero se advierte que “*ciertamente el apartado 1.1ª del artículo 140 suscita problemas de deslinde con la alevosía*” (F.J. 3º).

55 El alto Tribunal explicita en su STS 102/2018, de 1 de marzo, que “*la nueva regulación abre un semillero de problemas interpretativos que deberá ir esclareciendo la jurisprudencia*”.

56 No obstante, en materia de asesinatos regulados conforme a la LO 1/2015, cabe reseñar que el alto Tribunal ya se pronunció anteriormente en casación a través de la STS 102/2018, de 1 de marzo, aludiendo también los problemas concursales que generan las disposiciones tratadas; “*La nueva regulación abre un semillero de problemas interpretativos que deberá ir esclareciendo la jurisprudencia. Ya han sido destacados por los primeros comentaristas que, en general, se muestran más bien críticos con las modificaciones. La materia de*

a. Resoluciones en las que no se advierte un posible *bis in idem*

La SAP de Pontevedra 42/2017 de 14 de julio fue la primera que emitió una condena a prisión permanente revisable en España, y en el texto de la resolución judicial no advierte relación concursal alguna entre los arts. 139.1.1ª CP y 140.1.1ª CP. El sujeto activo proporcionó fármacos depresores del sistema nervioso central a sus dos hijas (de 4 y 9 años respectivamente), buscando dejarlas inermes para después asesinarlas utilizando una sierra radial. Con ello, en la sentencia se expresa la concurrencia de la modalidad alevosa por desvalimiento de las niñas. Sin embargo, con base en los hechos probados descritos y tras declarar la naturaleza alevosa de la agresión, se determina la aplicabilidad de la hiperagravación del art. 140.1.1ª CP sin procurar una argumentación que justifique a mayores la concurrencia de este segundo fundamento agravatorio, más allá de referir simplemente la minoría de 16 años de las víctimas<sup>57</sup>.

La SAP de A Coruña 484/2018 de 16 de octubre se pronuncia respecto a un caso en el que un padre mató a su hijo de once años golpeándolo con una pala en la cabeza tras haberlo llevado a un lugar aislado y boscoso. La corta edad del niño, y lo inhóspito del lugar que impedía a éste pedir cualquier ayuda, determinan un elemento de importante desvalimiento que, sumado al elemento sorpresivo consistente en que muy difícilmente la víctima podía esperar el ataque letal de su padre, demuestran la absoluta indefensión del sujeto pasivo, determinando, en consecuencia, la concurrencia de la alevosía. Hasta este punto, consideramos acertada la valoración judicial<sup>58</sup>. Mas posteriormente se engarza la concurrencia de la hiperagravación del art. 140.1.1ª CP sin aducir mayores explicaciones más allá de que la edad de la víctima es inferior a los 16 años, lo cual resulta sorprendente en términos del principio de legalidad y culpabilidad en relación con la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia. Precisamente en este caso la defensa no mostró su conformidad con las acusaciones como sí sucedió en el inicialmente citado.

En la SAP de Tenerife 10/2018, de 21 de marzo, se estima la aplicabilidad de un asesinato hiperagravado del art. 139.1.1ª CP y 139.1.3ª CP en relación al 140.1.1ª CP, en un supuesto en el que un joven ataca sorpresivo y brutalmente con un cuchillo a un anciano de 66 años gravemente afectado a nivel psicomotriz tras sufrir un ictus. Se declara acreditada la circunstancia de enseñamiento (la víctima recibió múltiples y extremas agresiones innecesarias *per se* para producir la muerte) y la de alevosía, basando ésta básicamente en el carácter sorpresivo de la agresión.

La especial vulnerabilidad de la víctima *ex art.* 140.1.1ª CP se fundamenta en la especial enfermedad y discapacidad que sufría. Sin plantear el *bis in idem*, en esta resolución tanto la alevosía como la vulnerabilidad relatadas se basan en perspectivas fácticas que la resolución entiende distintas (la sorpresividad y la enfermedad de la víctima, respectivamente), siendo empleada esta argumentación en otras sentencias para solventar un posible *bis in idem* que sí se advierte. Sin embargo, este razonamiento es rechazado por la STS 716/2018 de 17 de enero de 2019, como se tratará.

b. Resoluciones en las que sí se advierte un posible *bis in idem*

La SAP de Vitoria-Gasteiz 278/2018, de 25 de septiembre aborda, entre otras cuestiones, la calificación de un homicidio efectuado sobre una niña de 17 meses que fue arrojada de forma sorpresiva, según se consideró probado, por la ventana, propiciando el impacto contra el pavimento la muerte de la menor. Las acusaciones calificaron el hecho como asesinato hiperagravado recogido en el art. 140.1.1ª CP, solicitando prisión permanente revisable con base en ello; y la defensa se mostró conforme con la calificación típica y centro su estrategia en demostrar la inimputabilidad del acusado.

En el texto de la resolución judicial se determinó la subsunción de la conducta enjuiciada en el art. 140.1.1ª CP y consiguientemente se impuso al autor de los hechos la prisión permanente revisable. Es remarcable

---

concursos es precisamente uno de los apartados donde surgen con profusión cuestiones que se prestan a soluciones controvertidas" (F.J. 5º).

57 Opinamos que el principal motivo de esta carencia de fundamentación en torno al fundamento de la hiperagravación radica en la conformidad del acusado con la pena de prisión permanente revisable solicitada por las acusaciones. Ello pudo facilitar una sentencia condenatoria sin ninguna presión de la defensa que, en su caso, determinara un extraordinario esfuerzo argumentativo por parte de la magistrada ponente, Cid Guede. Un esfuerzo argumentativo que debiera haberse adentrado en las lindes de advertidos problemas en torno al concurso de leyes y *bis in idem* y que hubieran dificultado una eventual sentencia condenatoria, pareciendo socialmente conveniente la imposición de la prisión permanente revisable por lo aberrante de los hechos enjuiciados y su gran visibilidad mediática, que expuso el profundo dolor suscitado en la madre de las niñas asesinadas reforzando un clamor social deseoso del máximo castigo.

58 Recordemos que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada, el niño de 11 años se encuentra en una edad corta pero no lo suficientemente limitada para que por sí sola determine una indefensión absoluta ante cualquier ataque de naturaleza personal, aunque sí notable. La concurrencia de otros elementos que agudicen la indefensión, como aquí sucede, sí pueden conllevar que ésta se manifieste de forma total.

que el ponente, Poncela García, advierte la posible colisión con el principio *ne bis in idem* con motivo de la doble agravación, pero aborda este punto con un pronunciamiento muy tangencial, explicando que “no viene al caso tratar la cuestión (...) porque la defensa está de acuerdo con la calificación del hecho como asesinato de los artículos 139.1.1º y 140.1.1º” (F.J. 6º). Tras ello se determina que, al concurrir la alevosía en su modalidad sorpresiva, es válido cualificar en un primer nivel al homicidio en asesinato a partir de la indefensión por el elemento sorpresivo, y la operatividad de la segunda agravación del art. 140.1.1ª CP vendría dada por la edad reducida del menor, no desvalorada anteriormente. De tal forma entiende el ponente que se cualifica doblemente conforme a dos “hechos diferenciados” (F.J. 6º), descartándose la concurrencia del *bis in idem* al haber indefensión de sujeto y fundamento, mas no del hecho desvalorado en cada una de las calificaciones.

La STS 80/2017 de 10 de febrero analiza tal problemática a partir de un planteamiento del recurrente en casación en relación a la doctrina jurisprudencial de la alevosía del Tribunal Supremo que resulta, cuanto menos, interesante<sup>59</sup>. El recurrente afirma que la modificación de los delitos de homicidio y asesinato que acometió la LO 1/2015, que no modifica la configuración de la alevosía al menos positivamente, sí lo haría de forma “indirecta” con la introducción de la agravante del asesinato del art. 140.1.1ª CP. Al coincidir el ámbito de aplicación de esta circunstancia agravatoria específica con la alevosía por desvalimiento, aquélla vendría a afianzar legalmente la crítica doctrinal formulada a propósito de la creación jurisprudencial de una modalidad alevosía ante “seres constitucionalmente indefensos” que, en contra del principio de legalidad, excediera a los contornos su expresa definición positiva en el art. 22.1 CP<sup>60</sup>. Se razona, con ello, que el espacio hasta ahora asignado a la alevosía por desvalimiento queda-

rá conferido a la hipercualificación de art. 140.1.1ª CP para que este precepto tenga un espacio propio y evitar el *bis in idem*, quedando reservada la aplicación de la alevosía de forma estricta a las modalidades proditoria y sorpresiva<sup>61</sup>.

Sin embargo, el alto Tribunal niega la viabilidad de esta interpretación y asevera que la alevosía por desvalimiento es “*pacíficamente proclamada por la jurisprudencia*” (F.J. 3º), reafirmando el mantenimiento de la configuración jurisprudencial de la alevosía efectuada hasta el momento<sup>62</sup>, y descartando que la reforma penal de 2015 haya podido introducir salvedades en la misma.

La resolución continúa explicando que, si bien se da una fuerte tendencia al *bis in idem* en relación a los arts. 139.1.1ª CP y 140.1.1ª CP, no todos los casos de víctimas especialmente vulnerables o menores de 16 años representarán una indefensión absoluta determinante de alevosía<sup>63</sup>. En aquellos homicidios en que la víctima sea menor de 16 años o vulnerable por su edad, enfermedad o discapacidad, mas ello suponga sólo una notable indefensión, y no absoluta, estaremos ante un homicidio agravado conforme al art. 138.2 CP<sup>64</sup>. En los supuestos en que estas circunstancias de vulnerabilidad o minoría de edad determinan por sí solas la alevosía, explica el ponente, estaremos ante un asesinato *ex* 139.1.1ª CP, incompatible con la hiperagravación del art. 140.1.1ª CP por la prohibición de *bis in idem*, al ser las condiciones de la víctima las que basan ya la alevosía.

Sin embargo, tras ello se introduce un matiz relevante en esta cuestión, determinando que “*cuando a la alevosía se superpongan circunstancias del apartado 1º del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad*” (F.J. 3º). Precisamente esta solución es compartida por parte de la doctrina<sup>65</sup>, y a título ejemplificativo, en la sentencia se plantea un supuesto en que un menor de 15 años es

59 Los hechos sobre los que se pronuncia fueron anteriores a la entrada en vigor de la LO 1/2015, pero la recurrente en casación interesa la aplicación retroactiva de los efectos de esa Ley.

60 Vid. nota al pie 42.

61 Además de aquellos ataques en los que la víctima, de por sí indefensa, es elegida por el autor precisamente por la facilidad que ello supone para la ejecución de los hechos delictivos.

62 Vid. SSTS 178/2001 de 13 de febrero, Pn. Bacigalupo Zapater; 1890/2001 de 19 de octubre, Pn. Sánchez Melgar.

63 Si ello no fuera así, el ponente, del Moral García, entiende que la previsión del art. 138.2. a) CP de agravar un homicidio conforme al art. 140.1.1ª CP no tendría razón de ser. Sin embargo, bajo nuestro criterio, demasiado benevolente con el creador de la norma, presumiéndole un rigor técnico y sistemático en su labor que caben ser discutidos una vez que tenemos en cuenta los volubles criterios y consignas que alimentaban la tratada reforma, su carácter cuasi improvisado y las dificultades interpretativas que a toda vista genera.

64 De forma favorable a esta interpretación se pronunciaba MORALES PRATS, F., “Artículo 138” (...) *op. cit.*, pp. 961-962. Estos supuestos coinciden materialmente con los muy diversos casos que para hechos anteriores a la reforma de 2015 el Tribunal Supremo ha empleado la agravación de abuso de superioridad, como en las referidas STSS 647/2013 de 16 de julio, Pn. Martínez Arrieta, y 888/2013 de 27 de noviembre, Pn. Monterde Ferrer.

65 Vid. MUÑOZ CONDE, F. J., *Derecho penal. Parte especial* (...) *op. cit.*, pp. 54-55; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “Del homicidio” (...) *op. cit.*, pp. 481-482; LÓPEZ PEREGRÍN, C., “Más motivos” (...) *op. cit.*, pp. 10-11; ALONSO ÁLAMO, M., “La Reforma” (...) *op. cit.*, pp. 34 y ss.



acometido por la espalda, tomando del Moral García el mismo caso hipotético que, en explicación de esta interpretación, expone Muñoz Conde en sus últimos manuales<sup>66</sup>. Alonso Álamo se muestra favorable a esta argumentación, siendo destacable que la autora halla el fundamento antijurídico distinto a la mera alevosía (excluyente, por tanto, del *bis in idem*) en las circunstancias agravantes del art. 140.1.1ª CP, que sería la protección de un bien jurídico que vendría a ser la “igualdad real” que demanda una protección penal más intensa de estas personas en situación de vulnerabilidad<sup>67</sup>.

### 3.3. Tratamiento jurisprudencial desfavorable a la posible concurrencia de la alevosía con la hiperagravación recogida en el art. 140.1.1ª CP

La reciente STS 716/2018 de 17 de enero de 2019, resolviendo un recurso de casación en torno al caso inicialmente tratado en la citada SAP de Tenerife 10/2018 y con recurso de apelación desestimado por STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 7 de junio de 2018, ha determinado otra vía interpretativa que difiere de las anteriores. Cabe recordar que esta resolución, como ya se anticipó, es la primera que resuelve en casación un caso relativo a la aplicación de la prisión permanente revisable *ex art.* 140.1.1ª CP.

La STS 716/2018 señala con acierto que es criminológicamente frecuente la concurrencia factual de un ataque sorpresivo con la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima<sup>68</sup>. Pero, aunque venga conformada por múltiples factores, la indefensión a desvalorar es sólo una, con independencia del grado en que se presente. El sustrato fáctico de la indefensión queda consumido con la apreciación de la alevosía en cualquiera de sus modalidades, ya concurren de forma individual o entremezclada en su dimensión fáctica, o ante el pertinente abuso de superioridad, puesto que la delimitación de tales conceptos no ha sido modificada en la reforma, siendo la procuración y aprovechamiento de la indefensión de la víctima la esencia de su antijuridicidad (F.J. 7º).

En esta resolución se explicita que la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad, “*tal como resulta del contenido de la resolución recurrida, integraba de modo inescindible junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía*” (F.J. 7º). El magistrado ponente, Palomo del Arco, explica igualmente que aun en caso de que la modalidad de alevosía por desvalimiento pasara a ser considerada abuso de superioridad, si concurría la muerte con alevosía proditoria o sorpresiva, no podría aplicarse el art. 140.1.1ª CP, pues ello requeriría de dolo referido al conocimiento sobre la vulnerabilidad de la víctima<sup>69</sup>, y ese conocimiento ya es “ponderado, valorado y sancionado con la cualificación alevosa (aunque se apellidara sorpresiva o proditoria); lo que abocaría a una proscripta doble ponderación” (F.J. 7º). Ante ese mismo caso, pero sin darse el conocimiento del autor respecto a la vulnerabilidad de la víctima, no concurriría dolo y no sería aplicable la hipercualificación.

La alevosía o el abuso de superioridad son circunstancias agravantes que se entienden incompatibles en cuanto a su concurrencia conjunta, conforme al criterio jurisprudencial y doctrinal mayoritario<sup>70</sup>. No pueden desgajarse en una calificación jurídica pretendiendo escalonar sucesivas agravaciones por cada variante fáctica en que se presenten, en tanto desvaloran una misma perspectiva del injusto en cuanto a su bien jurídico fundamentador (la vida, en estos casos), que es su mayor debilidad ante un concreto grado de indefensión de su titular.

Puesto que el abuso de superioridad y la alevosía son incompatibles, también lo son estas circunstancias con la agravación por vulnerabilidad de la víctima del art. 140.1.1ª CP, cuyo fundamento (un concreto grado de indefensión del bien jurídico) es común a aquéllas. Por todo lo expuesto, y compartiendo el criterio del Tribunal Supremo en la STS 716/2018, se puede concluir que ningún asesinato alevoso podrá ser hipercualificado *ex art.* 140.1.1ª CP sin incurrir en *bis in idem*<sup>71</sup>. Si,

66 Cfr. MUÑOZ CONDE, F. J., *Derecho penal (...) op. cit.*, pp. 54-55

67 Cfr. ALONSO ÁLAMO, M. “La Reforma” (...) *op. cit.*, p. 38.

68 Ello sucedía, por ejemplo, en el caso analizado en el de la SAP de Vitoria-Gasteiz 278/2018 de 25 de septiembre, en cuyos hechos enjuiciados se conjugaban el elemento sorpresivo con el desvalimiento de la víctima

69 Para que pueda concurrir la tipicidad de un asesinato *ex art.* 140.1.1ª, el autor debe conocer la edad del sujeto pasivo menor a los 16 años, o su especial vulnerabilidad por enfermedad, edad o discapacidad (elemento cognitivo), y actuar en consecuencia de tal conocimiento (elemento volitivo). En caso de darse un demostrado desconocimiento del sujeto activo respecto a una de las concretas circunstancias hipercualificantes del sujeto pasivo, estaríamos en el error sobre el objeto de la acción, y no puede ser aplicable tal hipercualificación. En ese sentido, vid. ROXIN, C., *Derecho penal (...) op. cit.*, p. 477; ARROYO ZAPATERO, L., “El tipo de injusto doloso”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, A. I., *Curso de derecho penal*, Experiencia, Barcelona, 2016, pp. 188 y ss.

70 Vid. nota al pie 47.

71 En ese mismo sentido, vid. ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A., “Delitos contra” (...) *op. cit.*, pp. 322-323; MORALES PRATS, F. “Artículo 139” (...) *op. cit.*, p. 976.

en caso contrario, admitiéramos el canon interpretativo de la doble desvaloración jurídica de la indefensión sobre la base de desgajar las vertientes fácticas que la fundamentan, nos situaríamos ante una interpretación conducente a admitir, incluso con anterioridad a la LO 1/2015, un posible asesinato fundado en la alevosía proditoria o sorpresiva (bajo la concepción estricta relativa al “empleo de medios”<sup>72</sup>), y agravado a su vez por la circunstancia abuso de superioridad genérica (consistente en circunstancias que vienen dadas como tal<sup>73</sup>).

Asumimos que la alevosía y el abuso de superioridad, por cuanto comparten ese fundamento antijurídico común, se diferencian entre sí desde un punto de vista más cuantitativo o de grado que cualitativo<sup>74</sup>, debiendo consumir sólo una de las dos la indefensión concreta de los hechos específicos que se pretendan desvalorar. La alevosía entraña un espacio de antijuridicidad que se despliega concéntricamente respecto a al abuso de superioridad, pero con un “radio más amplio”<sup>75</sup> en tanto comporta la absoluta y no parcial eliminación de las posibilidades de reacción defensiva del ofendido. Si el intérprete se decantaba por este razonamiento de forma previa a la promulgación de la LO 1/2015, defendemos que el enmarañamiento legislativo no puede conducirlo a la pendiente resbaladiza del *bis in idem* que la actual regulación propicia.

### 3.4. Tratamiento jurisprudencial de un posible al asesinato basado en circunstancias distintas de la alevosía e hipercualificado por el art. 140.1.1ª CP.

La SAP de Guadalajara 3/2018, de 15 de noviembre, tratando tal problemática, discurre en una línea similar a la del “doble fundamento” que admitiría la hipercua-

lificación del art. 140.1.1ª CP sobre un asesinato *per se* alevoso. En este caso se declara un asesinato fundado en la alevosía y efectuado sobre un adulto, y dos delitos de asesinato con enseñamiento y víctima especialmente vulnerable en atención a la edad *ex art.* 140.1.1ª CP, que a su vez facultan la aplicación del art. 140.2 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 lo que atañe a cada uno de los asesinatos de los menores, en el texto de la resolución se indica que si la muerte del menor se hubiera producido concurriendo únicamente esa alevosía por desvalimiento, solo cabría aplicar el art. 139.1.1ª CP y no el apartado primero del art. 140.1 CP, pues ello supondría una doble desvaloración vulneradora del *ne bis in idem*. Sin embargo, al concurrir también el enseñamiento, la ponente, Mayor Rodrigo, contempla un concurso aparente de leyes entre el asesinato agravado *ex art.* 139.2 CP por concurrir dos circunstancias cualificantes, y el asesinato hipercualificado del art. 140.1.1ª CP. La magistrada considera que rige el principio de alternatividad (art. 8.4 CP), debiéndose optar por la pena más grave, la prisión permanente revisable<sup>76</sup>.

Teniendo en cuenta todo ello, resulta palpable el contrasentido sistemático y penológico que se da, por ejemplo, en los supuestos en que se matara por precio siendo la víctima menor de 16 años pero no constitucionalmente indefensa, en tanto estaríamos ante un asesinato hipercualificado y consiguientemente punido con prisión perpetua revisable<sup>77</sup>, y sin embargo nos situaríamos ante un asesinato agravado *ex art.* 139.2 CP penado con 20 años y un día de prisión a 25 años en aquellos casos en que se matara por precio a un bebé de pocos meses, o en cualquier otro caso de concurrencia

72 En relación a esa delimitación estricta entre la alevosía constitutiva de asesinato y el abuso de superioridad genérico que agrava el homicidio, es útil el cuadro que figura en GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones fundamentales de derecho penal*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 40.

73 Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones fundamentales (...) op. cit.*, p. 40.

74 En ese mismo sentido, vid. PRATS CANUT, J.M.: en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 224; GOYENA HUERTA, J., “Artículo 22”, en GÓMEZ TOMILLO, M. y AGUADO CORREA, M. *Comentarios prácticos al Código penal: Artículos 1-137 (...) op. cit.*, p. 344.

75 Empleo la acertada e ilustrativa expresión que respecto a estos elementos plasmó ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal (...) op. cit.*, p. 405.

76 ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. “Delitos contra (...) op. cit.”, pp. 322-323; y MORALES PRATS, F. “Artículo 139” (...) op. cit., p. 976, ya avalaron este razonamiento, explicando que en estos casos, al no subsumirse en la alevosía, sería plenamente aplicable el asesinato hipercualificado al no entrar en colisión la hipercualificación con un fundamento agravatorio ya penado como sucede, paradójicamente, con la alevosía por desvalimiento referida a los “seres constitucionalmente indefensos”. También señala lo propio Goyena Huerta, apuntando ilustrativamente que “*para evitar la vulneración del principio ne bis in idem, es necesario que esa enfermedad o discapacidad no genere una situación de indefensión*”, cfr. GOYENA HUERTA, J. “Artículo 140”, en GÓMEZ TOMILLO, M. y BLANCO CORDERO, I. *Comentarios prácticos al Código penal: Artículos 138-233*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2015. p. 62

77 Un supuesto específico que muestra los problemas que siembra el legislador en esta regulación pudiera ser el de un sicario al que se le había encargado matar, bajo contraprestación económica, a un adolescente de 15 años experto en artes marciales, que desbarata la acción sorpresiva de aquél y tiene una encarnada pelea, sucumbiendo el sujeto pasivo ante el activo sólo al final del lance.

de la alevosía con el resto de circunstancias del asesinato<sup>78</sup>.

Sin embargo, el magistrado Palomo del Arco, como ponente de la ya referida STS 716/2018, también aclara acertadamente esta problemática concursal descartando la aplicación de un asesinato basado exclusivamente en una circunstancia distinta de la alevosía e hipercualificado *ex art.* 140.1.1ª CP conforme al principio de alternatividad. Para ello da cuatro razones en el séptimo y último fundamento jurídico de la sentencia: la primera de ellas se fundamenta en que el art. 139.2 CP, cualificador del asesinato en que concurren más de una de sus circunstancias constitutivas, desplazará la aplicación del art. 140.1.1ª CP con motivo del principio de especialidad, cuya observancia es prioritaria respecto a los otros criterios que recoge el art. 8 CP<sup>79</sup>.

El segundo motivo aboga por considerar la configuración del precepto en que se recogen las circunstancias determinantes del asesinato como una “*estructura de tipos mixto alternativos*”, de tal forma que tanto si se realiza una de las modalidades de comisión prevista como varias o todas se estaría ante una unidad típica, y no sería posible escindir ninguna de las circunstancias cualificantes, de tal suerte que una sola cualificará y el resto se ponderará autónomamente cual hipercualificación. El tercero de los argumentos estriba en que el sistema de cualificación desplegado sobre los delitos contra la vida independiente es “*escalonado*”, de tal forma que sólo agotado el escalafón cualificador será posible pasar a las hipercualificaciones.

La última razón, que Palomo del Arco considera la más esencial y nosotros más acertada, se fundamenta en que la especial situación de vulnerabilidad con base en las diversas modalidades admitidas y en consideración al caso tratado, no abarca todo el injusto de alevosía por no conllevar por sí sola la situación de indefensión. De tal forma, la STS 716/2018 deja sin efecto en el pertinente caso la hiperagravación *ex art.* 140.1.1ª CP que se había apreciado en la SAP de Tenerife 10/2018 y confirmada por STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 7 de junio de 2018, estableciendo la aplicabilidad del art. 139.2 al concurrir alevosía y ensañamiento.

#### 4. La hipercualificación por la muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual

La hipercualificación que contempla el art. 140.1.2ª radica en la comisión de un delito contra la libertad sexual (aquí entendemos comprendidos por sistematicidad también los delitos contra la indemnidad sexual por cuanto el sujeto pasivo sea menor de 16 años<sup>80</sup>) de forma previa a un asesinato. Es reprochable la enorme indeterminación y desajuste con el principio de proporcionalidad que se produce a través de la mención genérica relativa a cualquier delito contra la libertad sexual, abarcando conductas muy heterogéneas y de muy diversa gravedad y excluyendo otros delitos contra bienes jurídicos individuales sin un criterio demasiado claro<sup>81</sup>. Tampoco existen datos empíricos que avalen una proliferación de homicidios o asesinatos subsiguientes a una agresión sexual<sup>82</sup>.

Por un lado, conforme a este precepto se suscita la cuestión de la temporalidad de las acciones delictivas a analizar, surgiendo la duda relativa a en qué casos estaremos ante dos hechos considerados como acciones separables jurídicamente a través del concurso real y calificables conforme al art. 140.1.2ª CP, o cuándo estaremos ante un solo hecho con relevancia penal en el que se integra tanto un delito contra la libertad sexual como un delito de asesinato, dándose un concurso ideal.

Ejemplo de ello último fue un caso en el que la fiscalía pidió en primera instancia la aplicación de esta hipercualificación se planteó en la SAP de Sevilla de 6 de junio de 2017, confirmada en apelación por la STSJ de Andalucía de 12 de diciembre de 2017, pero modificada en casación por la STS 472/2018 de 17 de octubre, Pn. Colmenero Menéndez de Lurca. En este supuesto, el sujeto activo había realizado unos actos extremos sobre una víctima indefensa que había ingerido una cantidad alta de narcóticos que se subsumían tipo agravado de agresión sexual hipercualificado, consistente en violación *ex art.* 180.1 (en sus circunstancias 1ª, 3ª y 5ª). Pero, a la vez, la brutalidad de esos actos había ocasionado la muerte por las fuertes hemorragias

78 En sentido crítico respecto a la incoherencia valorativa de punir con mayor peso indefensiones relativas que absolutas, vid. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., “Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana”, *Revista Penal*, nº 43, 2019, p. 169.

79 En ese sentido, vid. QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 8” QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. *Comentarios al (...) op. cit.*, pp. 104-105.

80 En ese sentido, vid. MUÑOZ CONDE, F. J., *Derecho penal: parte especial (...) op. cit.*, p. 55.

81 En opinión de SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “Del homicidio” y sus formas” (...) *op. cit.*, pp. 470-471, si la razón político-criminal que subyace a esta hipercualificación era desincentivar el homicidio posterior a la agresión sexual para así evitar la identificación del responsable, deberían haberse incluido otros supuestos en que las víctimas de cada uno de los delitos sean diferentes pero se hallen vinculadas, como la violación de un menor o incapaz que no pudieran identificar al agresor seguida del posterior homicidio de un eventual testigo de la primera acción delictiva que sí pudiera identificar al agresor

82 Así lo atestigua el “Informe nacional sobre el homicidio en España” (Ministerio del Interior, 2018), señalando que sólo en el 3,95% de los homicidios analizados tenía algún componente sexual.



que produjeron los mismos, con lo que se planteaba un concurso ideal de delitos.

La SAP de Sevilla aplicó un concurso real calificando separadamente un delito de agresiones sexuales hipergavado y otro de asesinato, entendiendo que no cabía la apreciación del art. 140.2 CP por motivos de tipicidad, en tanto fue solo una acción unitaria (las penetraciones típicas de violación que a su vez causaron heridas mortales) la que produjo el resultado antijurídico contra la libertad sexual y contra la vida, siendo la agresión sexual y homicida coetáneas y no subsiguientes entre sí (F.J. 10<sup>o</sup>)<sup>83</sup>. Por otro lado, el órgano vio inaplicable el art. 140.2 también por motivos de *bis in idem*, al desvalorarse ya la acción contra la libertad sexual con identidad de sujeto, acción y fundamento *ex* art. 180.1 CP.

El TS, conociendo el caso en casación, aplica acertadamente el concurso ideal negando la operatividad del real, puesto que, aunque la conducta a valorar atacara a dos bienes jurídicos individualizables y distintos (la libertad sexual y la vida), pero a través de un solo hecho unitariamente considerado conforme al art. 77 CP, pues estamos ante distintas acciones, pero ubicadas en un mismo espacio temporal y oportunidad única (STS 125/2018 de 15 de marzo, Pn. Berdugo Gómez de la Torre). Con base en ello, entendemos que para que pueda ser aplicable la cualificación estudiada, deberá considerarse concluida la acción típica vulneradora de la libertad sexual antes del inicio de la homicida.

El primer caso por el que se impone una pena de prisión permanente revisable con motivo de la comisión de los hechos tipificados en el art. 140.1.2<sup>a</sup> CP fue el resuelto en la SAP de Almería 122/2019 de 25 de marzo. Aquí se enjuiciaba la conducta de un hombre que entró en casa de su exnovia durante la madrugada, y se abalanzó sobre esta mientras dormía, penetrándola vaginalmente a pesar de su fuerte oposición. Tras ello le infligió numerosas puñaladas por todo el cuerpo, cuantificadas en más de 100, para finalmente acabar con su vida a través de profundos cortes en el cuello.

En este supuesto se declaró la concurrencia de un delito de agresión sexual en su modalidad de violación del

art. 179 CP agravada por la circunstancia 1<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> del art. 180 CP, y de un asesinato a partir de las circunstancias de alevosía en su modalidad sorpresiva<sup>84</sup>, ensañamiento<sup>85</sup>, y por la actuación dirigida a ocultar el delito previo (en este caso la agresión sexual)<sup>86</sup>. La comprobación empírica de que los ataques constitutivos del asesinato ocurrieron con posterioridad a la agresión sexual abre paso a la aplicabilidad del art. 140.1.2<sup>a</sup> CP sin problemas interpretativos de la índole de los que genera el anterior epígrafe, más allá del desatino político-criminal y constitucional que comporta esta pena, como comparte la doctrina mayoritaria referida inicialmente.

La SAP de Barcelona 7/2019 de 4 de marzo, aborda un caso en el que el un hombre efectuó acceso carnal por vía oral y vaginal a una mujer que se encontraba inconsciente a consecuencia del consumo de alcohol y estupefacientes en una fiesta que habían celebrado en casa del ofensor, y por ello carecía de capacidad de oponer resistencia. Tras ello, continuando inconsciente el sujeto pasivo, procedió el autor de los hechos a estrangular a la víctima, causándole la muerte. El ataque de naturaleza sexual es calificado como un delito de abuso sexual conforme a los apartados 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> y 4<sup>a</sup> del art. 181 CP, la producción de la muerte como un asesinato con la circunstancia de alevosía sorpresiva y de desvalimiento *ex* art.139.1.1<sup>a</sup> CP. La primera circunstancia es fundamentada en la confianza que tenía la víctima en estar a salvo en casa de su amigo, no esperando el estrangulamiento en ningún caso, y la segunda en el estado letárgico a causa del consumo de drogas, que la privó de posibilidades de defensa. La posterioridad del asesinato respecto al abuso sexual da paso a la aplicación del art. 140.1.2<sup>a</sup> CP también en esta ocasión.

La SAP de Sevilla 6/2019 de 22 de abril es la última resolución judicial condenatoria al cumplimiento de esta pena que, ya alcanzando el ecuador del año 2019, se ha emitido. En este caso, un hombre aborda por sorpresa a una mujer en torno a las 8 de la mañana de forma sorpresiva y empleando la fuerza y un arma blanca para obligar a la víctima a mantener relaciones sexuales con él. Tras comprobar que no podía mantenerlas, dada la oposición que ésta estaba presentando,

83 ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; VENTURA PÜSCHEL, A. "Delitos contra" (...) *op. cit.*, pp. 322-323, ya criticaron con acierto que hubiera resultado más coherente, bajo la lógica que emplea el legislador construir una agravación por homicidio "acompañante" al delito sexual de que se trate, puesto que con la actual redacción (y como sucede en el caso citado que sucedió posteriormente a la emisión de esta crítica doctrinal) no reciben, inexplicablemente, esa agravación las conductas homicidas coincidentes en el tiempo con las atentatorias sexuales.

84 Ello es así conforme a la naturaleza del ataque, insospechado por la víctima, que se encontraba durmiendo, y el medio potencialmente letal del cuchillo que neutralizaba las posibilidades defensivas de la víctima a la vez que aseguraba el resultado mortal de la acción.

85 Tal y como se relata en el F.J. 8<sup>o</sup>, "el acusado causó un prolongado sufrimiento a Antonia como consecuencia de las numerosas heridas que le infligió, entre ellas 19 heridas cortantes en los miembros superiores".

86 Es interesante reseñar que se cita una explicación del fundamento de esta novedosa circunstancia del asesinato introducida por la LO 1/2015 que ilustra la citada STS 102/2018 de 1 de marzo, Pn. del Moral García: "se encuentra en que revela una intolerable banalización de la vida y del propio ser humano, convertido en mero instrumento del que puede prescindirse, para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el delito ya cometido", añadiendo que "la ratio de la agravación no es la comisión de otro delito, sino la consideración del móvil que lleva a acabar con la vida de otra persona".

resolvió matarla ocasionándole numerosos pinchazos, causando unos padecimientos innecesarios para alcanzar el resultado típico de la muerte del sujeto pasivo. En consecuencia, se califican los hechos como delito de agresión sexual del art. 179 CP agravado por el art. 180.5ª en grado de tentativa (arts. 16 y 62 CP), y, de forma particularmente similar al caso anteriormente citado, se aprecia un asesinato basado en la alevosía en su modalidad sorpresiva, ensañamiento, y en la actuación dirigida a ocultar la conducta delictiva previa contra la libertad sexual.

Pese a las similitudes materiales que presentan ambos casos, la SAP de Sevilla 6/2019 de 22 de abril cuenta con una argumentación más satisfactoria que la SAP de Almería 122/2019 de 25 de marzo, en tanto sí advierte con acierto un posible *bis in idem* en la aplicación conjunta de la circunstancia 4ª del asesinato, que castiga esa instrumentalización del delito contra la vida facilitadora de un ulterior delito o que busca la impunidad del previo, y la circunstancia del art. 140.1.2ª CP, cuyo desvalor material se solapa en casos como este, en los que el sujeto activo mata para tratar de conseguir la impunidad del previo delito sexual. En consecuencia, en la SAP de Sevilla 6/2019 de 22 de abril se plantea un concurso de leyes entre el art. 139.1.4ª y el art. 140.1.2ª, que es resuelto en favor del principio de alternatividad en favor de la hiperagravación, que sin duda recoge la pena más aflictiva.

Sin embargo, aún con el mismo resultado en la elección de la hiperagravación como circunstancia aplicable, inferimos que rige el criterio de especialidad fijado en el art. 8.1, puesto que la mención del art. 140.1.2ª CP hace referencia a una tipología de delitos tan específica como son los relativos a la libertad sexual (entendién-

dose, como dijimos y por interpretación sistemática, también los relativos a la indemnidad sexual), recogidos en el Título VIII del Libro Segundo del Código penal, mientras que el art. 139.1.4ª CP efectúa una referencia genérica (la evitación del descubrimiento de "otro delito") en la que no concreta tipologías delictivas. El legislador plantea esa opción de intervención penal agudizada frente a los delitos sexuales seguidos de un ataque contra la vida, marcando el camino para apreciar la especialidad de la circunstancia. Todo ello no obsta para discrepar de la adecuación político-criminal de la regulación<sup>87</sup>.

### 5. Sobre la aplicación de una medida de seguridad correlative a la prisión permanente revisable

Es advertible que la LO 1/2015 no concreta en su articulado ningún precepto relativo al tratamiento jurídico del delincuente inimputable o semi-inimputable autor de hechos que prevén en abstracto la novedosa e indeterminada prisión permanente revisable<sup>88</sup>. El mayor problema a la hora de contemplar una medida de seguridad coetánea a aquélla se suscita en torno a la garantía ejecutiva, que implica que tales medidas no podrán ser más gravosas ni de mayor duración que la pena prevista en abstracto para el delito cometido<sup>89</sup>, pues la prisión permanente revisable tiene una extensión temporal indefinida, no contando en abstracto con una fecha límite en torno a la que rija tal garantía<sup>90</sup>. Entendemos que, por falta de previsión y enfoque sistemático, el legislador ha convertido accidentalmente en permanentes las medidas de seguridad de internamiento cuando se establezcan por la comisión de delitos que prevén esta pena<sup>91</sup>, tras haber eliminado explícitamente

87 Es reprochable la enorme indeterminación y desajuste con el principio de proporcionalidad que se produce a través de la mención relativa a cualquier delito contra la libertad sexual, no imbricándose la comisión de cualquier otro delito mínimamente aflictivo contra bienes jurídicos individuales como pueden ser los cometidos contra la integridad moral o el aborto, además de que se debiera haber tenido en cuenta que el desvalor material y la penalidad de los delitos contra la libertad sexual presenta unos contornos muy amplios. En ese sentido, vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., "Del homicidio y sus formas" (...) *op. cit.*, pp. 470-471.

88 Con la salvedad relativa a la culpabilidad del individuo, en relación a las medidas de seguridad rigen los principios generales que son comunes a las consecuencias jurídicas del delito: principio de legalidad, de irretroactividad, de jurisdiccionalidad y de ejecución, de proporcionalidad e intervención mínima; vid. ALCALÉ SÁNCHEZ, M. "Las medidas de seguridad", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C. *Curso de derecho penal*, Experiencia, Barcelona, 2016, p. 521, y ss. En ese sentido, y a propósito de la promulgación del Código penal de 1995 que asentaba el actual sistema vicarial, GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 140-141, entiende que "la promoción de las condiciones de igualdad a que obliga el art. 9.2 de la Constitución obliga también a adoptar los mismos criterios para los sujetos responsables y para los que no lo son."

89 Vid. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general* (...) *op. cit.*, pp. 636-637; NISTAL BURÓN, J., "La medida de seguridad derivada de una pena de "prisión permanente revisable". La duración de la misma como parte de la garantía ejecutiva", *Revista de derecho y proceso penal*, Nº 47, 2017, p. 76. Ello es contemplado, por otro lado, el acuerdo plenario del TS de 31 de marzo de 2009 (*Acuerdo: La duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate*) y aplicado por las SSTS, 303/2009 de 1 de abril, Pn. Sánchez Melgar, y de 26 de abril de 2013, Pn. Sánchez Melgar.

90 Vid. NISTAL BURÓN, J. "La medida" (...) *op. cit.*, p. 76.

91 Vid. MARTÍNEZ GARAY, L., "Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua", en ARROYO ZAPATERO, L.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.; PÉREZ MANZANO, M. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Contra la* (...) *op. cit.*, pp. 154-155.

de del Proyecto de Reforma del Código penal de 4 de octubre de 2013 la muy criticada posibilidad genérica de prolongar indefinidamente las medidas de seguridad por la mera subsistencia de la peligrosidad criminal<sup>92</sup>.

En la ejecución de las medidas de seguridad adoptadas por sentencia y en virtud del art. 97, el tribunal sentenciador podrá tomar cuatro decisiones de relevancia sobre éstas: su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión<sup>93</sup>. Como la pena tratada en este análisis no adopta un límite temporal, la medida de seguridad no lo tendrá como única salvedad al régimen general de cumplimiento de medidas de internamiento en tales casos, que no es modificado por la LO 1/2015. Puesto que en estas situaciones es la peligrosidad criminal del sujeto el fundamento sobre el que se erige la privación de libertad, la medida de seguridad debe ser depuesta tan pronto como la peligrosidad que la motiva no concurre en consideración al art. 6.1 CP en relación con el art. 97.b)<sup>94</sup>, sin introducirse ex LO 1/2015 ninguna consideración jurídica referente a un previo e imperativo agotamiento temporal en ningún supuesto de estas medidas<sup>95</sup>.

El juez de vigilancia penitenciaria deberá elevar al tribunal sentenciador una propuesta<sup>96</sup> con una de las

cuatro opciones (mantenimiento, cese, sustitución o suspensión) a efectuar sobre la medida con una frecuencia al menos anual y que se resolverá motivadamente. Deberá aplicarse la suspensión o la sustitución de la medida por otra (art. 97 c) y d) CP) cuando la evolución favorable del sujeto muestre una mitigación de la peligrosidad que extinga con tal cambio el fundamento de la privación de libertad. La STEDH de 24 de octubre de 1979 en el caso Winterwerp<sup>97</sup> con Holanda consagró esta “modificabilidad” de las medidas de seguridad, proclamada por la STC 112/1988, de 8 de junio, entre otras<sup>98</sup>, estableciendo que deberán ser depuestas ineludiblemente tan pronto desaparezca la peligrosidad que las fundamenta, debiendo ser ello garantizado durante la aplicación de la misma con periódicas revisiones sujetas a los “*inequívocos límites legales*”, y siempre, al menos, anuales<sup>99</sup>.

Existe jurisprudencia ordinaria que ya se ha pronunciado sobre esta problemática concreta con fórmulas que dudosamente se pueden considerar ajustadas al principio de legalidad<sup>100</sup>. En la SAP de Valencia 73/2017, de 8 de febrero, corregida por auto aclaratorio de 1 de marzo de 2017<sup>101</sup> (que ya ha adquirido fuerza de cosa juzgada), se declara la concurrencia de la exi-

92 Art. 98 del Proyecto de Ley Orgánica 121/000065, de 4 de octubre de 2013, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. También suponía una grave vulneración, en este caso del principio de proporcionalidad, que el internamiento en centro psiquiátrico o educativo especial pudiera darse por la comisión de cualquier delito, aunque no aparejara una correlativa pena privativa de libertad, como subrayó el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre este proyecto de Ley. Vid. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013, pp. 122 y ss.

93 Vid. NISTAL BURÓN, J. “La medida” (...) *op. cit.*, p. 78.

94 Vid. GIL GIL, A. *Consecuencias jurídicas* (...) *op. cit.*, p. 34.

95 Los periodos de seguridad que como mínimo comportan los 25 años sin revisión que prevé su correlativo penológico, forman parte ínsita de la regulación propia de la sanción penal y no de las medidas de seguridad de internamiento. No olvidemos que, conforme a MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general* (...) *op. cit.*, pp. 637, “la ejecución de la medida de seguridad se encuentra presidida por la individualización y adecuación a la evolución del sujeto sometido a ella, teniendo en cuenta que su fundamento es la peligrosidad y que el internamiento es el último recurso, sólo para casos necesarios”. En sentido contrario, favorable a la imposición de periodos de seguridad máximos de hasta 25 años para proceder a la revisión de la medida, Vid. NISTAL BURÓN, J. “La medida” (...) *op. cit.*, pp. 78-79.

96 El citado precepto recoge en su primer apartado que “Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene”.

97 Esta sentencia dispone que, salvo en casos de urgencia, la legalidad del internamiento debe ajustarse a tres requisitos: i) La prueba concluyente debe ratificarse por una autoridad competente, debiendo requerir ésta un dictamen pericial médico objetivo que demuestre la existencia de una perturbación mental; ii) La perturbación deberá tener tal entidad que implique una peligrosidad criminal que legitime el internamiento; iii) El internamiento sólo será admisible legalmente mientras persista el desorden y sus concretas características que motivan la medida. Esta doctrina jurisprudencial se ha venido aplicando en SSTEDH como la de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti).

98 STC 112/1988 de 8 de junio, Pn. Begué Cantón, F.J. Único; “en aras del derecho fundamental consagrado en el art. 17.1 C.E.—que obliga a interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de libertad— el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad”. En ese mismo sentido, vid. STC 124/2010, de 29 de noviembre, Pn. Rodríguez Arribas.

99 STS 57/2014 de 22 de enero de 2014, Pn. Varela Castro (F.J. 3º).

100 En ese mismo sentido, vid. LÓPEZ PEREGRÍN, C., “Más motivos” (...) *op. cit.*, p. 21.

101 Audiencia Provincial de Valencia. Auto de 1 marzo 2017. Disponible en repertorio de jurisprudencia Aranzadi; referencia: ARP 2017/475.

mente completa por alteración psíquica (art. 20.1 CP) del autor de un asesinato hipercualificado conforme al art. 140.1 CP en concurso real con un homicidio, y se impone por todo ello una “*medida de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable por el delito de asesinato*”. Se establece un plazo máximo de revisión del estado mental del interno de 25 años, “*sin perjuicio de las que pudieran llevarse a cabo en periodos inferiores, que delimitaran con absoluta claridad y contundencia si el sujeto está en condiciones de poder hacer vida en libertad (...)*”.

Bajo mi criterio, este último matiz, si bien es algo confuso, implica la plena vigencia del régimen jurídico propio de estas medidas y vacía materialmente la observancia del período de seguridad de cinco lustros por cuanto admite la realización de revisiones más tempranas, revelando la voluntad del órgano judicial, a pesar de las carencias técnicas en la redacción, de evitar un internamiento ilegítimo por su desorbitada afflictividad y desajuste con la comprobación de la peligrosidad fundamentadora.

La SAP de A Coruña 125/2016 de 15 de junio resolvió un caso en el que un sujeto comete los hechos tipificados en el art. 139.1.1ª CP en relación con el art. 140.1.1ª en estado de inimputabilidad por anomalía psíquica. En la resolución se determina la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad por un plazo máximo de 25 años basándose en que tal límite fue el marcado por la pretensión de la acusación pública.

La SAP de Madrid 679/2017 de 19 de octubre impone al declarado autor de un asesinato *ex art.* 139.1.1ª CP, en concurrencia de una eximente incompleta en virtud del art. 21.1ª CP en relación con el art. 20.1º CP, una pena de once años de prisión por el asesinato rebajado en un grado, en concurrencia a medida de seguridad de internamiento para tratamiento médico en centro psiquiátrico penitenciario por tiempo máximo de 20 años. La acusación solicitó la aplicación de la prisión permanente revisable, defendiendo la plena imputabilidad del sujeto, por lo que sorprende la decisión judicial en la que ni siquiera se explica la razón de ese límite de

20 años de la medida respecto a una pena que no prevé en abstracto, como dijimos, límite temporal.

Como vemos, existe una enorme falta de seguridad jurídica ante la carencia de regulación de este ámbito, que conlleva que los operadores jurídicos tengan, prácticamente, que “improvisar” ciertos aspectos especialmente relevantes de las medidas de seguridad a imponer en estos casos, alejándose del principio de legalidad en algunos de ellos<sup>102</sup>.

En estos términos, resulta inquietante la posibilidad de imponer una medida de seguridad privativa de libertad a un inimputable que puede convertirse, eventualmente, en vitalicia<sup>103</sup>; más si tenemos en cuenta que la afflictividad de la medida puede llegar a equipararse, en la práctica, a la de una pena<sup>104</sup>. Por ese mismo motivo, en aras a preservar el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE) y el principio de legalidad (art. 9.3 CE), no se podría aplicar el régimen jurídico previsto para la pena permanente revisable en alusión a una interpretación finalística e inadmisiblemente analógica *contra reo* que colmase la *ratio legis* perseguida por el creador de la norma.

## 6. Consideraciones finales

Recapitulando en torno a todo lo expuesto, es importante replantear las fallas técnicas de las que adolece la regulación estudiada. Incluso asumiendo, hipotéticamente, la *voluntas legislatoris* de la reforma y su ímpetu punitivista, se debería haber configurado unos tipos penales con un ámbito sustantivo razonablemente delimitado, que evitara colisiones con diversos garantías y principios básicos del Derecho penal como el *ne bis in idem*, cuyas implicaciones pareció inadvertir el legislador. Ante la falta de taxatividad de la norma, se puede apreciar cómo en la jurisprudencia citada se suscita, funestamente en términos de seguridad jurídica, un maremágnum de criterios que tratan de mitigar tales problemas positivos pero que se hayan inevitablemente sujetos a la coyunturalidad de cada caso. La quimérica alusión en el preámbulo de la LO 1/2015 a la consecución de “*un sistema legal que garantice resoluciones*

102 En ese sentido crítico, LÓPEZ PEREGRÍN, C., “La (desapercibida) reintroducción en España de las medidas de seguridad privativas de libertad de duración indeterminada”, *Criminal Justice Network, Fórum Internacional sobre Justicia Penal*, 1 de marzo de 2019.

103 En este sentido crítico con la regulación actual de las medidas de seguridad coetáneas a la prisión permanente revisable, vid. GIL GIL, A., *Consecuencias jurídicas (...)* op. cit., pp. 35-36.

104 Pese a que la indeterminación temporal de estas medidas sería constitucional conforme a la STC 24/1993 de 21 de enero, Pn. Viver Pi-Sunyer, el legislador español parte de que las medidas de seguridad comportan una afflictión personal equiparable a una pena, basándose en ello la “garantía ejecutiva” conforme a los principios anteriores (art. 6.2 CP en relación con los arts. 101 a 103 CP). Vid. ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de (...)* op. cit., pp. 578-579; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y (...)* op. cit., p. 141. El argumento favorable a la indefinición temporal de estas medidas de seguridad por razón de la persistencia de la peligrosidad más allá de los años correspondientes conforme a la pena en abstracto es fácilmente rebatible si tenemos en cuenta que en la práctica, en estos casos, se procedía a un internamiento civil resuelto judicialmente conforme a los arts. 199 y ss. CC, art. 763 LEC y D.A. 1ª CP; vid. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general (...)* op. cit., p. 642.



*judiciales previsibles*” tropieza, irónicamente, con la piedra de la defectuosa labor legislativa propia.

Por otro lado, se puede llegar a intuir que el creador de la norma desconfía de los intérpretes y aplicadores del Derecho penal, y aun sin efectuar un análisis meridianamente detallado del precepto que él mismo idea y sus implicaciones, exige la imposición imperativa de la prisión permanente en todo caso en que se comentan los tipos que la prevén, negando cualquier ejercicio individualizador que pudiera mitigar los excesivos rigores que se desprendan de la Ley en su configuración abstracta. La cadena perpetua revisable en España se prevé desde un modelo de lucha “absoluta” sobre determinadas formas delictivas que se catalogan de forma general y abstracta, a partir de un moralismo reduccionista que abniega de valorar casuísticamente qué supuestos entrañan una verdadera necesidad reforzada de castigo.

La normativa tratada se despliega de forma oportunista, pues el legislador ha buscado obtener réditos electorales utilizando la reacción social que genera cierta criminalidad violenta como legitimación para una pena cuyo sentido, meramente simbólico, radica en el contentamiento de la heterogénea masa popular tan exaltada como desconocedora de los verdaderos términos en que discurre fácticamente la criminalidad en nuestro entorno y el sentido de unas garantías penales sólidas como armadura cívica de los ciudadanos en un Estado de Derecho.

La remisión a la opinión popular como brújula político-criminal es, además, profundamente antidemocrática, puesto que se realiza sin auténticas comprobaciones del grado de representatividad global de las reivindicaciones punitivistas, siempre seleccionadas a través de los filtros mediáticos y partidistas, y por favorecer la idea de que cualquier medida con respaldo ciudadano mayoritario puede arrollar derechos y garantías cuya vigencia es insoslayable en nuestro ordenamiento.

Como ya hemos advertido, en torno a la prisión permanente revisable concurre una grave falta de legitimidad político-criminal, así como serias colisiones con derechos fundamentales y principios y garantías básicas de un Derecho penal acorde al marco constitucional vigente, y una carencia tal de fundamentación empírica y valorativa por parte de sus precursores de esta pena, que su derogación sería un paso ineludible en el retorno a la senda garantista que delimita nuestra Carta Magna, lejos de una intervención penal de tendencia exorbitante y huérfana de un fundamento sólido oponible.

Por todo lo expuesto, urge la modificación y reencuadramiento de esta legislación penal que tan lamentable involución ha sufrido recientemente, máxime si tenemos en cuenta que la política criminal desempeñada tras la gran reforma de 2015 parece perseverar en la intervención penal simbólica como anodino instrumento discursivo ante el electorado<sup>105</sup>.

---

105 Ejemplo de ello es la recentísima LO 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente. En esta disposición se desvalora una cuestión insólita: la “maldad intrínseca (sic) en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido”. Esta suerte de bien jurídico, pues discrepamos en que pueda ser denominado como tal, por sus porosidades incontestablemente morales, viene a fundamentar la intervención penal *ex post* al daño exteriorizable y valorable con rigor, que es el causado sobre la vida humana ya perdida. Nuevamente los prejuicios morales y empleo simbólico del Derecho penal gana terreno a la coherencia teórica y empírica, validando en sede legislativa la campaña social por “re-penalizar” ciertas conductas viales imprudentes con una auténtica dialéctica moralista desconocedora del principio de lesividad.