

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

THE PRESIDENT ET PRO

Revista

Julio 2024

54

Revista Penal

Penal

Julio 2024



Revista Penal

Número 54

Sumario

Doctrina:

- Somnolencia, sueño, conducción errática: reflexiones sobre ausencia de acción, imprudencia y *actio libera in causa*, por Mercedes Alonso Álamo 5
- Criminalidad Estatal-Corporativa en la Industria Extractiva, por María Laura Böhm..... 13
- El verdadero talón de Aquiles del decomiso ampliado, por Beatriz Escudero García-Calderón..... 33
- La nueva regulación de las infracciones (no solo) penales en materia de maltrato a los animales (LO 3/2023, de 28 de marzo), por Pastora García Álvarez 60
- El lado oscuro del Derecho penal: una respuesta criminológica a la predisposición punitiva en la política criminal de las ciencias penales, por Ralf Kölbel..... 84
- Delitos a los que se aplica la prisión permanente revisable: estado de la cuestión, críticas y una propuesta de reforma, por José León Alapont 97
- Remisiones normativas vacías e ineficacia de los delitos de contrabando, por Ángela Matallín Evangelio..... 118
- Sobre la revisión del sistema de aplicación de medidas de seguridad contra pacientes psiquiátricos infractores en el sistema italiano. A propósito de la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 22 de 2022, por Mena Minafra 138
- Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, por Francisco Muñoz Conde 169
- El modelo germano de compliance cuasi-penal: análisis en clave de eficacia, por Marina Oliveira Teixeira dos Santos 178
- El delito de enriquecimiento ilícito en Portugal. Desobediencia cualificada y ocultación intencional, por María Quintas Pérez 197
- La regulación de la prisión permanente revisable a debate tras la última jurisprudencia del TEDH, por Margarita Roig Torres 216
- La pena de ergastolo o cadena perpetua italiana tras la reforma legislativa de la modalidad agravada (*ostativa*), por Cristian Sánchez Benítez..... 238
- Autonomía de la responsabilidad (casi-)penal de las personas jurídicas y *compliance* anticorrupción: la lección del sector público, por Vico Valentini..... 270

Sistemas Penales Comparados:

- Plutofilia y Derecho Penal (*Plutophilia and Criminal Law*) 277

Jurisprudencia:

- La pena de prisión permanente revisable como pena proporcionada, taxativa y no contraria a la resocialización: Comentario a la STC 169/2021, de 6 de octubre, por Wendy Pena González 363

- Obituario:** Sergio García Ramírez, por Luis Arroyo Zapatero 367

* 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>



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
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

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), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Damien Nippen (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
María Soledad Gil Nobajas y Demelsa Benito Sánchez
(España)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Baris Erman y Saba Üzaltürk (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo y Rubén Etcheverry (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

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
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf



Delitos a los que se aplica la prisión permanente revisable: estado de la cuestión, críticas y una propuesta de reforma

José León Alapont

Revista Penal, n.º 54 - Julio 2024

Ficha Técnica

Autor: José León Alapont

Adscripción institucional: Profesor Titular de Derecho Penal, Universitat de València

ORCID: 0000-0002-0537-6563

Title: Crimes to which reviewable permanent prison is applied: state of the question, criticism and a proposal for reform

Sumario: 1. Introducción. 2. La STC 169/2021, de 6 de octubre: un breve comentario a la proporcionalidad de la pena vinculada a la especial gravedad de los delitos para los que se prevé PPR. 2.1. Fines de la pena de prisión permanente revisable. 2.2. Necesidad de la pena. 2.3. Proporcionalidad estricta. 3. El catálogo de delitos sancionados con PPR. 3.1. Los asesinatos del art. 140.1 CP. 3.2. El asesinato del art. 140.2 CP. 3.3. Otros delitos. 4. Algunas críticas respecto de algunos de los delitos. 5. A modo de conclusión: una propuesta de *lege ferenda*. 6. Bibliografía.

Summary: 1. Introduction. 2. The constitutional court judgment 169/2021, of october 6: a brief comment on the proportionality of the sentence linked to the special seriousness of the crimes for which reviewable permanent imprisonment is foreseen. 2.1. Purposes of the reviewable permanent prison sentence. 2.2. Need for punishment. 2.3. Strict proportionality. 3. The catalog of crimes sanctioned with reviewable permanent prison. 3.1. The murders of art. 140.1 CP. 3.2. The murder of art. 140.2 CP. 3.3. Other crimes. 4. Some criticism regarding some of the crimes. 5. By way of conclusion: a *lege ferenda* proposal. 6. Bibliography.

Resumen: en este artículo se analiza la aplicación de la prisión permanente revisable a los delitos para los que se prevé. Se lleva a cabo un examen técnico-jurídico de los aspectos que plantea la imposición de esta pena a los delitos del catálogo (*numerus clausus*), dedicando una especial atención a la doctrina y a la jurisprudencia. El foco se pone, además, en aquellos problemas y aspectos controvertidos que presenta la aplicación de la PPR en tales figuras delictivas. Finalizando con una propuesta de reforma sobre algunos de los extremos que envuelven esta cuestión.

Palabras clave: prisión permanente revisable, delitos, problemas interpretativos, análisis doctrinal y jurisprudencial, propuesta de reforma.

Abstract: this article analyzes the application of reviewable permanent imprisonment to the crimes for which it is provided. A technical-legal examination of the aspects raised by the imposition of this penalty on the crimes in the catalog (*numerus clausus*) is carried out, dedicating special attention to doctrine and jurisprudence. The focus is also placed on those problems and controversial aspects that the application of PPR presents in such criminal figures. Ending with a reform proposal on some of the extremes that surround this issue.

Key words: permanent reviewable prison, crimes, interpretative problems, doctrinal and jurisprudential analysis, reform proposal.

Rec.: 14/12/2024 **Fav.:** 17/01/2024

1. INTRODUCCIÓN

La reforma del Código Penal operada por las LLOO 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo incorporó al acervo punitivo una nueva consecuencia jurídica como la Prisión Permanente Revisable (PPR). Se trata de una pena de prisión cuyo cumplimiento puede ser a perpetuidad salvo que se conceda la revisión. Para ello el Código Penal exige en su art. 92.1 tres requisitos: el cumplimiento de un período de seguridad que se cifra en veinticinco años; estar clasificado en tercer grado; y, obtener un pronóstico favorable de reinserción social. Previéndose unas condiciones específicas (adicionales) en casos de terrorismo (art. 92.2 CP). Por su parte, el art. 36.1 CP y el art. 78 bis CP establecen períodos de seguridad específicos para el acceso al tercer grado y a la revisión en supuestos concursales. La regulación también contempla unos plazos concretos para el disfrute de permisos de salida, así como un plazo de suspensión de cinco a diez años durante el que se puede imponer alguna de las medidas del art. 83 CP, pudiéndose revocar (art. 86 CP), lo que implicaría el reingreso en prisión (hasta nueva revisión). De lo contrario, la pena quedará remitida (art. 87 CP).

Entre otros aspectos del régimen jurídico, cabría destacar que el art. 33.2 CP la clasifica como pena grave. Y el art. 70.4 CP cifra la pena inferior en grado a la PPR en una pena de prisión de 20 a 30 años. Por otro lado, el art. 92.4 CP regula dos aspectos: 1) una verificación (de oficio) por Tribunal sentenciador de los requisitos para la suspensión (cada dos años); y, 2) la posibilidad de presentar por el penado tantas solicitudes de revisión se quiera (ilimitadas), pudiéndose fijar un plazo de un año hasta que puede cursar una nueva solicitud. Además, la excarcelación anticipada del reo puede producirse, junto con el mecanismo previsto en el art. 92.1 CP, por motivos humanitarios (art. 91 CP).

Por último, los delitos para los que se prevé esta pena son los siguientes:

- Art. 140.1 CP (asesinato): de menores de 16 años o personas especialmente vulnerables (por edad, enfermedad o discapacidad); subsiguiente a un delito contra la libertad sexual; por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.
- Art. 140.2 CP (asesinato): cuando hubiere recaído condena previa por haber causado la muerte de más de 2 personas.
- Art. 485.1 CP: muerte del Rey o Reina o del Príncipe heredero o Princesa heredera.
- Art. 573 bis 1.1ª CP: delitos de terrorismo con resultado de muerte.
- Art. 605.1 CP: muerte de Jefe de Estado extranjero o persona protegida internacionalmente por tratado que se encuentre en España.
- Art. 607.1 CP (genocidio): muerte de algunos miembros (ap. 1º); agresiones sexuales a algunos

de sus miembros, lesiones del art. 149 CP (ap. 2º).

- Art. 607 bis 2 (lesa humanidad): muerte de alguna persona (ap. 1º).

En el presente trabajo nos centraremos precisamente en abordar esta última cuestión. Para ello, llevaremos un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la aplicación de la PPR en estos delitos y los problemas que se suscitan en torno a ellos. Se presta una especial atención a las críticas que se han vertido sobre determinadas figuras delictivas. Y se concluye con una propuesta de *lege ferenda*.

2. LA STC 169/2021, DE 6 DE OCTUBRE: UN BREVE COMENTARIO A LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA VINCULADA A LA ESPECIAL GRAVEDAD DE LOS DELITOS PARA LOS QUE SE PREVÉ PPR

2.1. Fines de la pena de prisión permanente revisable

La sentencia indica al respecto que: “(...) *la declaración de principios efectuada en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, (...) apela a la necesidad de proporcionar una respuesta extraordinaria a delitos extraordinarios, con el elemento compensatorio de la posible revisión de la pena en principio indeterminada: esta declaración trasluce una voluntad inequívoca de intensificar la reacción penal frente a unos delitos que tenían asignada hasta entonces una pena de prisión de duración no superior a los veinticinco años, que el legislador de 2015 consideró insuficientemente disuasoria desde una determinada percepción del clima social. El fin legítimo declarado se identifica, pues, con el reforzamiento de la función protectora de los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales a los que se asigna esta pena (la vida humana independiente y la libertad sexual frente a ataques de extraordinaria gravedad por las circunstancias del sujeto que los sufre y el modo en que se producen)*”.

El Alto Tribunal continúa señalando que: “*No menos relevante es el fin que se infiere de la concreta articulación normativa de la pena. La mera lectura de algunos de los preceptos impugnados —singularmente los relativos a la revisión de la pena, arts. 36.1 y 92.1 c) CP, que condicionan la libertad a la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social— evidencian que también se trata de evitar la reincorporación a la sociedad de penados que no se hayan rehabilitado y que presenten un pronóstico sombrío de comportamiento futuro. Responde a una necesidad reforzada de inocuidad del delincuente —prevención especial— que trasluce nuevamente un juicio de insuficiencia del sistema de penas precedente, que abocaba a la excarcelación del penado al vencimiento del término de la*

condena o del límite de acumulación jurídica de las condenas pendientes de cumplimiento (arts. 76 y 78 CP). Estos fines no plantean ninguna incompatibilidad con los valores constitucionales: la función protectora de bienes jurídicos relevantes ha sido reconocida por este tribunal como una función integral de las normas penales que “no solo corresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también a la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena o de una concreta combinación de penas” (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 10). La protección de la sociedad es, por su parte, una vertiente de la función protectora de bienes jurídicos, que trata de evitar la reincidencia, y un valor destacado en el Derecho comparado que ha conducido al Tribunal Europeo Derechos Humanos a exigir de los Estados la adopción de medidas eficaces para combatir el crimen violento y a concluir que el CEDH no prohíbe la imposición de penas indeterminadas que permitan prolongar la detención del reo cuya liberación pueda representar un peligro (vid. STEDH de 26 de abril de 2016, asunto Murray c. Países Bajos, § 111, que remite a la STEDH de 15 de diciembre de 2009, asunto Maiorano y otros c. Italia, § 115 a 122”).

En definitiva, para el TC, el debate constitucional no giraría, por ello, en torno a la legitimidad de los fines, sino a la adecuación de los medios dispuestos en la norma para su realización.

2.2. Necesidad de la pena

Como recuerda el TC, el examen de la medida ha de centrarse en su necesidad, momento en el que es preciso valorar el “conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos” para determinar si “resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” (STC 55/1996, FJ 8, en el mismo sentido STC 136/1999, FJ 23).

En el caso de la PPR, el TC estima que: “La Ley Orgánica 1/2015 introduce la pena de prisión permanente revisable en determinadas tipologías de asesinato y de homicidio cualificado por la calidad del sujeto pasivo (víctima) o por su encuadramiento en contextos de terrorismo, genocidio y lesa humanidad, así como en determinadas conductas atentatorias de la libertad sexual y la integridad física en el contexto de un genocidio que contaban en la regulación anterior con límites penológicos de veinte, veinticinco y treinta años, según se aprecia en la redacción que tenían antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 los arts. 139, 140, 485.1, 572.2.1, 605.1, 607.1.1, 2 y 3 y 607 bis.2.1 CP. Se puede discutir si estos límites proporcionaban ya en su momento una respuesta suficiente

para afianzar el ordenamiento jurídico y el sentimiento colectivo de Justicia, consideración que queda extramuros del objeto de este procedimiento, pero no que la pena de prisión permanente revisable no haya contribuido a reforzar la finalidad disuasoria del sistema de Justicia penal. En la constatación de este incremento, que permite descartar la existencia de medidas alternativas menos gravosas pero «de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada», se agota el juicio de necesidad que corresponde a este estadio en el que «el control de este Tribunal Constitucional ‘tiene un alcance y una intensidad muy limitadas’, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido» (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11; en el mismo sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28)”.

Efectivamente, tradicionalmente, el TC se ha mostrado muy cauto a la hora de emitir valoraciones sobre este aspecto. Y así debe ser, pues, no habiendo una manifiesta irracionalidad en la elección de la medida que evidencie la existencia de medios menos gravosos, no es de su incumbencia pronunciarse sobre la necesidad de la misma (por afectar a consideraciones de carácter más político). Al contrario, es tarea del legislador decidir, como en este caso ha hecho, si, hechos que antes se castigaban con penas de hasta veinticinco años, ahora deben ser castigados con una mayor pena. Esto es, el legislador puede considerar que la gravedad de ciertos delitos no puede ser sancionada sólo con unas penas cuyo cumplimiento efectivo no suele alcanzar en la práctica esa cifra.

2.3. Proporcionalidad estricta

Señala el TC que en la verificación del juicio estricto de proporcionalidad, “que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir —y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— y la gravedad de la pena que se impone —y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales—” en un plato de la balanza se sitúa la gravedad de las conductas sancionadas y en el otro “los costes fácticos que la medida comporta para los valores constitucionales”, ponderación en la que puede ser útil efectuar una comparativa con otras normas penales del Derecho interno y con soluciones del Derecho comparado (vid. STC 136/1999, FJ 29).

A continuación, el Alto Tribunal analiza los siguientes aspectos:

1) Comparación con el máximo previsto de cumplimiento para otros delitos no castigados con PPR:

- La concreción normativa básica de la pena de prisión permanente revisable (arts. 36.1 y 92.1 CP) franquea el acceso del penado al tercer grado de clasificación penitenciaria a los quince años de condena y a la suspensión condicional a los veinticinco años. Se trata de plazos que no exceden el marco de la pena de prisión de duración determinada en su expresión máxima (treinta años: art. 70.3.1 CP) por lo que se puede afirmar que no representan un desequilibrio manifiesto de la ley en la configuración de la reacción penal.
 - Las restricciones temporales agravadas para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria, de veinte años en caso de delitos terroristas [art. 36.1 a) CP] y de dieciocho, veinte, veintidós, veinticuatro y treinta y dos años para diversos supuestos de pluralidad de condenas (arts. 78 bis y 140.2 CP) y para el acceso a la libertad condicional, de veintiocho, treinta y treinta y cinco años para supuestos de pluralidad de condenas (arts. 78 bis y 140.2 CP), son ciertamente severas, pero no llegan a desbordar el nivel de retribución fijado en casos de acumulación jurídica de penas en el art. 76 CP, que desde su reforma por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, contempla límites de cumplimiento de veinticinco, treinta y cuarenta años de duración, permitiendo el art. 78 CP vincular el cómputo del tiempo de cumplimiento necesario para acceder a permisos, tercer grado y libertad condicional a la suma aritmética de las penas cuando el límite de la pena a cumplir no alcance la mitad de dicha suma.
- 2) El panorama que ofrece el derecho comparado proporciona asimismo un criterio que permite descartar la idea de que estemos en presencia de una reacción punitiva arbitraria o extravagante. En los países del Consejo de Europa, cuyos ordenamientos incorporan modalidades de pena de prisión perpetua o permanente, se fijan plazos mínimos de cumplimiento previos a la liberación condicional que oscilan, en la mayoría de los casos, entre los veinte y los treinta años, según se expone en el “Vigésimo quinto Informe General del Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes”, publicado el año 2016, en cuyo apartado 68 se detalla que el periodo de seguridad más corto es el de doce años previsto en Dinamarca y Finlandia, que se exigen quince años en Austria, Bélgica, Alemania y Suiza, y que el más extenso es el de cuarenta años, previsto en Turquía para determinados delitos. En el caso del Reino Unido, es el tribunal sentenciador el que fija un periodo de cumplimiento mínimo, que no está predeterminado de forma absoluta en la ley; en otros países, como Bulgaria, Lituania, Malta, Holanda, y, para ciertos crímenes, Hungría, Eslovaquia y Turquía, no hay un sistema de

libertad condicional para los condenados a cadena perpetua. Por su parte, los países que no tienen prevista pena de prisión perpetua, como Andorra, Bosnia Herzegovina, Croacia, Montenegro, Portugal, San Marino, Serbia y Eslovenia, prevén penas de duración temporal para los delitos más graves que oscilan entre veinte y cuarenta años.

3) El art. 110.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece un plazo mínimo de veinticinco años para la reducción de la pena de cadena perpetua prevista en su art. 77.1 b).

4) El art. 92.1 a) CP no resulta disonante; tampoco el art. 78 bis CP, que reserva en su apartado 3 los periodos de seguridad de duración superior a treinta años a la criminalidad organizada y al terrorismo, cuando el penado haya sido condenado “por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más” [art. 78 bis.2 c) CP], respuesta penal que en atención a la culpabilidad manifestada por el autor, la finalidad protectora de las normas penales, la relevancia de los bienes jurídicos lesionados y la gravedad de su ataque, no representa “un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”.

El TC concluye que: “El riesgo de desproporción en la pena de prisión permanente revisable no reside, por lo tanto, en el cumplimiento penitenciario de los periodos de seguridad predeterminados por la ley, que responden a la legítima finalidad de proteger, mediante una reacción penal adaptada a la medida de la culpabilidad y suficientemente disuasoria, los bienes jurídicos protegidos por la norma y lesionados por la actividad criminal del penado, sino en la posibilidad de que, vencidos estos plazos, la prisión se prolongue más allá de la subsistencia de todo motivo legítimo de política criminal”.

Sin embargo, a juicio del TC, este riesgo no sería achacable a la norma, pues el art. 92 CP dispone que el tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena cuando “pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social” [apartado 1, letra c)], y establece asimismo la obligación de revisar “al menos cada dos años” el cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional (apartado 4), lo que supone que vencidos los plazos mínimos de seguridad, es obligatoria la verificación judicial periódica de la subsistencia de funda-

mentos criminológicos legítimos para la prolongación del cumplimiento carcelario de la pena.

Así las cosas, y aun cuando el TC no lo diga expresamente, lo que puede devenir inconstitucional es la aplicación que los Tribunales hagan de la PPR, así como determinadas actuaciones de la Administración penitenciaria. Pero, no su régimen jurídico.

3. EL CATÁLOGO DE DELITOS SANCIONADOS CON PPR

3.1. Los asesinatos del art. 140.1 CP

Señala el art. 140.1 CP que, el asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

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

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

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

Y, para que los hechos previamente puedan ser calificados de asesinato, la muerte debe haberse producido concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1) Alevosía.
- 2) Precio, recompensa o promesa.
- 3) Ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.
- 4) Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

En el primero de los supuestos, el asesinato se castigará con PPR cuando la víctima:

- a) sea menor de dieciséis años de edad; o,
- b) se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

El requisito relativo a la edad (menor de dieciséis años) parece ser bastante automático, pues bastará con su constatación. Por el contrario, en el otro supuesto debe acreditarse la “especial vulnerabilidad” que puede deberse a la edad, al padecimiento de una enfermedad o al grado de discapacidad que se tenga. En cualquier caso, la especial vulnerabilidad que procede de estas tres causas concurrirá, a nuestro juicio, cuando la víctima que se encuentre en alguna de estas situaciones haya visto mermadas sus posibilidades de defensa, su capacidad de reacción o de ofrecer resistencia¹.

Sin embargo, la interpretación que la jurisprudencia viene haciendo de la alevosía por desvalimiento, convierte en asesinatos alevosos automáticamente la muerte de menores de corta edad, o ancianos de edad avanzada, inválidos, enfermos graves, etc. En consecuencia, si se optare por imponer PPR en los casos del art. 140.1.1^a CP con base en esa interpretación de la alevosía por desvalimiento que viene automáticamente dada por las características físicas o naturales se estaría incurriendo, a nuestro juicio, en un claro *bis in idem*, pues, no puede una misma circunstancia ser presupuesto del tipo básico y, a su vez, de su hipercualificación².

Las Audiencias Provinciales han resuelto mayoritariamente en favor de esa “compatibilidad”³. Sin embargo, ha habido otras que, como nosotros, consideran que en ese tipo de situaciones sí se da un supuesto de *bis in idem*.

Así, por ejemplo, la SAP Madrid 807/2017, de 18 de diciembre, afirma en su FJ.1 que:

“En los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1^a). No cabrá apreciar además el asesinato agravado del art. 140.1.1^a pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del bis in idem.

1 La STS 626/2021, de 14 de julio, ratifica la imposición de PPR al acusado por el asesinato alevoso de su abuelo que, según los hechos probados, “en el momento de los hechos contaba con 87 años de edad, sin que padeciera dolencias por las que requiriera cuidados para su vida cotidiana”. En la citada sentencia se condena además al acusado por los asesinatos de su padre (20 años de prisión) y de su madre (20 años y 6 meses de prisión). Lo criticable de esta resolución, en relación con la imposición de PPR por el asesinato del abuelo de 87 años, es que no se entra a valorar si esa avanzada edad determinó una especial vulnerabilidad de la víctima que justificase la imposición de la PPR. Incluso, si nos atenemos a los propios hechos probados podría llegarse a la conclusión contraria, pues, se recoge expresamente la siguiente información: “sin que padeciera dolencias por las que requiriera cuidados para su vida cotidiana”. En nuestra opinión, este tipo de extremos debieran quedar suficientemente acreditados en la resolución, pues, son los que en este caso permitían acordar la imposición de esta pena.

2 Así también, entre otros, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Seis frentes abiertos de la prisión permanente revisable”, *Diario La Ley*, núm. 9479, 2019, p. 4. LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-30, 2018, pp. 10-11. Y DEVIS MATAMOROS, A.: “Crónica de una confusión anunciada: tratamiento jurisprudencial del asesinato de personas especialmente vulnerables”, *La Ley Penal*, núm. 160, 2023, p. 9.

3 *Vid.*, a título ilustrativo, SAP Bizcaia 79/2019, de 23 de diciembre; y, SAP Huesca 97/2020, de 6 de octubre. En ambas la muerte alevosa se funda en la edad del menor y, a su vez, se considera esta circunstancia para imponer la PPR. Por su parte, la SAP Tenerife 42/2020, de 14 de febrero, valora la especial vulnerabilidad de la víctima para sustentar la alevosía por desvalimiento (que concurre con ensañamiento) y para la condena a PPR.

Para ello no hace falta replantear ni alterar los contornos de la alevosía.

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. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138.1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1º (por ser la víctima un menor). Es asumible el ejemplo que tomamos prestado del dictamen del Fiscal.

La muerte de un ser desvalido que suponga por sí alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1º CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4 CP)”.

El Tribunal Supremo, en su sentencia 80/2017, de 10 de febrero, defendía esta misma posición (FJ, 3)⁴:

“(…) Si entendemos que también con la ley actual concurre alevosía en atención a la edad de la víctima habría que encajar la conducta en el asesinato del art. 139.1 (prisión de 15 a 25 años) con exclusión, por virtud de la prohibición de doble valoración, del art 140.1 (pena de prisión permanente revisable).

(…)

No es acogible la afirmación de la recurrente al señalar que el art. 140.1 CP sería muestra de que el legislador de 2015 ha atendido a las críticas doctrinales antes mencionadas imponiendo una reinterpretación auténtica de la alevosía. Ese entendimiento desborda e hipervalora el alcance de la reforma.

Ciertamente el apartado 1.1º del artículo 140 suscita problemas de deslinde con la alevosía. Pero la solución no pasa inevitablemente por un reformateo del concepto actual de la alevosía o un replanteamiento de sus fronteras o perfiles.

Una gran parte de los casos en que la víctima es menor de edad o persona especialmente vulnerable serán supuestos de alevosía. Pero no todos necesariamente. De lo contrario ciertamente carecería de sentido la previsión del homicidio agravado que recoge el vigente art. 138.2 a) CP. El homicidio agravado por razón de la víctima ha de tener su propio campo de acción: aquel en que no exista alevosía.

Son imaginables sin excesivo esfuerzo supuestos en que pese a ser la víctima menor de 16 años o vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía. Sería entonces aplicable el homicidio agravado del art. 138.2.

a) CP. Pensemos en el homicidio sobre un adolescente de 15 años capaz ya de desplegar su propia defensa. O incluso, excepcionalmente, en niños en compañía de personas que las protegen y por tanto revierten la situación de indefensión connatural a la corta edad y complejión física en formación y por ello muy débil, si el menor fuese atracado cuando está solo (aunque este ejemplo se presta a discusión por cuanto el art. 22.1 CP habla de defensa proveniente del ofendido y no de terceros).

En los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1º). No cabrá apreciar además el asesinato agravado del art. 140.1.1º pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del *bis in idem*. Para ello no hace falta replantear ni alterar los contornos de la alevosía.

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. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138.1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1º (por ser la víctima un menor). Es asumible el ejemplo que tomamos prestado del dictamen del Fiscal.

La muerte de un ser desvalido que suponga por sí alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1º CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4 CP)”.

Si bien, también ha habido otros pronunciamientos en contra⁵.

Esta situación ha desembocado en la STS (Pleno) 585/2022, de 14 de junio, la cual ha entendido que no hay vulneración alguna del principio *ne bis in idem* en estos supuestos, bajo los siguientes argumentos (FJ, 3):

“Una segunda línea jurisprudencial compatibiliza la alevosía basada exclusivamente en la edad de la víctima con la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP, ya que la agravación de la víctima menor de 16 años supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador; y que no implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*) que impida la calificación en el art. 140.1. 1.º del Código Penal.

4 Así también, STS 520/2018, de 31 de octubre; y, STS 700/2018, de 9 de enero de 2019. La STS 716/2018, de 16 de enero de 2019, anulaba la PPR impuesta y la sustituía por la de prisión de 24 años por considerar que se daba una situación de *bis in idem* al valorar doblemente la especial vulnerabilidad de la víctima para el asesinato y luego para la imposición de la PPR.

5 Así, por ejemplo, 339/2019, de 3 de julio; STS 367/2019, de 18 de julio; STS de 5 de mayo de 2020; STS 701/2020, de 16 de diciembre; y, STS 719/2021, de 23 de septiembre.

Así en la sentencia 701/2020, de 16 de diciembre se destaca el distinto fundamento de la alevosía, para cualificar el delito de asesinato, y la mayor protección que la ley concede a los menores, al establecer la hiper-agravación correspondiente a la prisión permanente revisable, con cita de la sentencia 367/2019, de 18 de julio, en donde se proclama que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, como consecuencia de una decisión de política criminal, ha establecido que cuando en un delito de asesinato concurra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Sigue diciendo la citada sentencia que “Se trata de un diverso fundamento para la aplicación de tal precepto que agrava el delito de asesinato; por un lado, un hecho cualificado como tal delito de asesinato, y de otro, una mayor protección a un tipo de víctimas, como ocurre en el caso enjuiciado. Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay bis in idem sino un legítimo bis in altera.”.

Posteriormente, se ha seguido la misma línea en la sentencia 814/2020, de 5 de mayo, en la que se razona al respecto que “La agravación que el legislador contempla en ese precepto no es la que corresponde, siempre y en todo caso, a la muerte alevosa por desvalimiento. No toda víctima de un asesinato ejecutado sobre seguro, con esta modalidad de alevosía por desvalimiento, ha sido sobreprotegida hasta el punto de incluir su muerte entre los supuestos de singular agravación.

Desde esta perspectiva, de lo que se trata es de responder a la cuestión de si la muerte alevosa de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa —hay menores que sí pueden defenderse—, impide un tratamiento agravado acorde con su mayor antijuridicidad. Y la respuesta ha de ser negativa. La consideración del asesinato de un niño como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables problemas de inherencia.

De acuerdo con esta idea, el art. 140.1.1 del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de una menor ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el

de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el art. 67 del CP.(...)”.

En igual línea las SSTS 367/2021, de 30 de abril, y 704/2021, de 19 de septiembre y 719/2021, de 23 de septiembre.

Sostiene el recurrente, con cita de aquellas sentencias que consideran aplicable, que el art. 140.1.1 cuando la alevosía del art. 139.1.1 recae sobre niños de corta edad, que no existe bis in idem, y que procede imponer la pena de prisión permanente revisable. Invoca las SSTS 520/2018, 31 de octubre; 5 de mayo de 2020; 701/2020, de 15 de diciembre; y 678/2020, de 11 de diciembre. Sostiene que la reforma operada por la LO 1/2015 prevé la posibilidad de comisión de un homicidio del art. 138 respecto las personas previstas en el 140.1, aplicando a este supuesto un mayor reproche penal, siendo sancionada esta conducta con la pena superior en grado.

En el caso actual, como resulta del relato fáctico antes transcrito, la sentencia ha estimado que concurre la modalidad de alevosía por desvalimiento al recaer la acción homicida sobre un niño de dos años y seis meses de edad, siendo por tanto, plenamente aplicable la doctrina actual y mayoritaria de esta Sala, recogida en la sentencia dictada por la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado, en la que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal, tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato, y ello por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, pues en definitiva nos encontramos con una regla de punición especial.

La reforma que incorpora la prisión permanente revisable es consecuencia de una decisión de política criminal, así como, está basada en principios de oportunidad, siendo la principal razón de la introducción de esta pena de considerable gravedad, la percepción social de la existencia de una delincuencia especialmente grave por razón de las víctimas del delito, personas desvalidas, como son los niños y los ancianos, lo que sin duda implica un mayor desvalor de la acción, un plus de antijuridicidad en la misma. El legislador penal, en distintos supuestos, ha ideado diversas fórmulas de agravación para la parte especial del Código Penal fundadas en la necesidad de una tutela cualificada a favor de determinados sectores sociales, expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir daño en sus bienes más esenciales —vida, salud, libertad, dignidad, integridad corporal— siendo los niños, ancianos y demás personas vulnerables por razón de enfermedad o discapacidad, ese tipo de víctimas que justifican esa punición especialmente grave acordada por el legislador.

Además, se ha buscado una finalidad de prevención especial positiva, como decía el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal, que justificaba la revisión de las penas en que 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”.

La sentencia contiene un Voto Particular que suscribimos por completo. Está firmado por los Excmos. Sres. Magistrados D. Andrés Martínez Arrieta y D. Leopoldo Puente Segura, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio del Moral García. Transcribimos, a continuación, los motivos de discrepancia con la posición mayoritaria de la Sala:

“A nuestro juicio la reforma propiciada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supuso la voluntad decidida del legislador de corregir una línea de interpretación asumida por esta Sala según la cual la causación de la muerte a una persona en condiciones de vulnerabilidad que, por esencia, la inhabilitaban para el ejercicio de cualquier defensa eficaz, integraba, por sí misma, la tipicidad del asesinato por alevosía.

De acuerdo con el artículo 22.1 del Código Penal, concurre la alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar el resultado sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

Resulta, cuando menos, paradójico así que pueda reprocharse al sujeto activo del delito el empleo de “medios, modos o formas encaminados, directa y especialmente, a asegurar la ejecución, evitando el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido”, cuando se afirma, al mismo tiempo, que éste, el ofendido, se encuentra per se inhabilitado para el ejercicio de cualquier defensa eficaz.

En este contexto, por ejemplo la sentencia 462/2021, con cita de la 81/2021, de 2 de febrero, recuerda que, para la aplicación de la circunstancia calificadora del asesinato, hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida, como al marco total de la acción. Es preciso que aparezca descrita en el hecho probado a través de una expresión indicativa, la acechanza, la sorpresa, el quebranto de la confianza derivada de la convivencia, o “incluso el aprovechamiento de la situación de indefensión que sufre la víctima”.

El legislador del 2015, conocedor de esta interpretación de la Sala II del Tribunal Supremo, hace suyos, a nuestro juicio, los planteamientos de la mayor parte de la doctrina, que había venido criticando esta construcción jurisprudencial al considerar en algunos pronunciamientos la configuración de la alevosía a partir exclusivamente de la situación objetiva de indefensión,

en la medida en que dicha exégesis trastocaba el entendimiento más ajustado de la alevosía, restando eficacia, incluso anulando, el elemento subjetivo de la agravación. En la medida en que la jurisprudencia limitaba el elemento de tendencia, de selección de un medio, modo o forma de actuar, dirigido a asegurar el resultado e impedir la defensa, se argumentaba que, en estos casos, nos encontramos con una agravación del delito por el resultado (la naturaleza o condición de la víctima que se reputa especialmente necesitada de protección), al margen de cualquier reproche encuadrable en el modo escogido por el autor para ejecutar la muerte. Y esa decisión, legítima, de agravar la pena en atención al resultado producido (y perseguido) por el autor, no debía ser “camuflada” a través de una figura, la alevosía, que responde a finalidades y objetivos distintos.

Consideramos que el legislador reacciona contra la interpretación de esta Sala, reconduciendo la cuestión, al introducir, como elemento de cualificación del homicidio (y también del asesinato, en idénticos términos), sendos subtipos agravados y definidos de idéntico modo: cuando la víctima sea menor de 16 años o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. En ambos casos se agrava el homicidio (o el asesinato), en atención a la mayor necesidad de protección que las referidas víctimas demandan como consecuencia de su situación objetiva de desvalimiento.

Ciertamente, la realidad nos muestra la existencia de personas situacionalmente desvalidas a las que no se va a aplicar el art. 140.1.1 CP, personas dormidas, embriagadas, inconscientes. Pero para que así suceda, y los hechos puedan ser calificados como asesinato, la muerte dolosa habrá tenido que producirse en condiciones en las que quepa identificar que el ataque se desarrolló de forma que su autor buscara o aprovechara dicha situación, con el designio de evitar cualquier defensa que pudiera proceder del ofendido. Una cosa es que la víctima, por su propia condición o naturaleza (supuestos del artículo 140.1.1), no sea capaz de articular defensa eficaz alguna (en cuyo caso, la agravación de la pena puede estar justificada, pero no la aplicación de la alevosía); y otra, distinta, que el autor del delito aproveche la situación de quien, aunque en otras circunstancias podría hacerlo, carece, en estas, escogidas o aprovechadas por su agresor, de toda posibilidad de defensa eficaz (ataque propiamente alevoso).

Consideramos, por eso, que a la vista de la nueva regulación de los delitos previstos en los artículos 138 y siguientes del Código Penal, debió aprovechar este Tribunal para abandonar definitivamente la controvertida figura de la alevosía por desvalimiento construida exclusivamente en atención a las características personales del sujeto pasivo (menor de 16 años o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad

o discapacidad). Al no hacerlo, consideramos también que se produce una doble valoración peyorativa de un mismo y solo hecho (la condición de la víctima) que, por una parte, ha servido para configurar el asesinato (139.1, alevosía) y, por otra, para agravarlo (artículo 140.1.1ª). Se trata, creemos, del mismo hecho, del mismo sujeto activo y también del mismo fundamento, vulnerándose así la prohibición del *ne bis in idem*, no proclamada expresamente en nuestro texto constitucional, pero que, como su máximo intérprete ha explicado repetidamente, resulta ineludible consecuencia de los principios de legalidad y proporcionalidad.

En definitiva, la interpretación de la norma que nos ocupa exigía, consideramos, revisar nuestra doctrina sobre la alevosía para evitar ese solapamiento, y no mantener un criterio jurisprudencial, que el legislador ha querido corregir, y que produce, además, los indeseables efectos referidos.

En el caso, el hecho probado relata que el acusado ejerció fuerza física sobre el menor (que contaba con dos años de edad) propinándole una paliza con golpes por todas partes llegando a oprimir el cuello con tanta intensidad que impedía que el niño entonces respirara hasta que el menor se desvaneció perdiendo la consciencia. El hecho es atroz. Mas, a nuestro parecer, debió ser calificado como un delito de homicidio agravado, de los previstos en el artículo 138.2 a) del Código Penal (pena de quince años y un día a veintidós años y seis meses, que, en gran parte se solapa con la prevista para el delito de asesinato). No se trató, por lo explicado, de un ataque alevoso. En cualquier caso, la aplicación de la alevosía, circunstancia única que conforma el asesinato y que la sentencia respalda, debió haber impedido la conjunta consideración de la circunstancia prevista en el artículo 140.1.1ª del Código Penal, so pena de incurrir en una prohibida doble valoración peyorativa.

Se afirma en la sentencia que no hay vulneración del *ne bis in idem* porque el hecho agrede dos bienes jurídicos distintos, uno la cualificación de la acción, la muerte de un desvalido, y otro que afecta al resultado, es un menor o una persona desvalida, argumentación que no desvirtúa el fundamento de nuestra oposición: la doble consideración del desvalimiento. Cuando se alude a la cualificación de la acción, la misma se fundamenta en que se atacó a quien no podía defenderse, asegurada la ejecución sin defensa alguna que pudiera proceder del ofendido en cuanto, fuera cualquiera el modo en el que hubiera sido atacado, dicha defensa no resultaría posible por la especial condición de la víctima (menor de dos años). Y el mayor disvalor del resultado se sitúa, creemos que aquí con razón, en esa misma condición del menor, como persona esencialmente desvalida, incapaz de toda defensa. En ambos casos, aunque bajo distintas etiquetas, es el mismo hecho el que se valora

dos veces, frente al mismo sujeto activo y con idéntico fundamento.

Por otro lado, la consideración del bien jurídico es un instrumento de interpretación del precepto penal destinado a limitar el *ius puniendi* del Estado, en la medida en que el tipo penal se concreta en su inteligencia por el bien jurídico. Al respecto hemos señalado en anteriores pronunciamientos que la teoría del bien jurídico sirve para explicar la estructura, la naturaleza, de los delitos, pero no es suficiente para determinar el ámbito de lo prohibido, máxime cuando desde la dogmática penal siempre se ha considerado al bien jurídico como un criterio limitador del *ius puniendi* del Estado, y no como un punto de apoyo para extender la tipicidad. (STS 920/2016, de 12 de diciembre).

El anterior fundamento de nuestra disensión cobra especial relieve con relación a la condenada. Ciertamente, ésta no ha formulado una oposición a la sentencia condenatoria, pero su situación permite argumentar de manera, aún más plástica, el fundamento de nuestra oposición. Ha sido condenada por una modalidad de comportamiento omisivo, “Brigida que se encontraba en la vivienda mientras el acusado ejercía esa fuerza física sobre el menor y siendo consciente de lo que su pareja estaba haciendo, incluso que le estaba oprimiendo el cuello con tanta intensidad que impedía que el niño respirara hasta que el menor se desvaneció, lo consintió, no haciendo nada para proteger al menor e impedirlo”. Esa conducta omisiva integra la realización del delito por la posición de garante de la madre que no hace nada por impedir el resultado que su pareja realizaba y tratarse de una persona evidentemente desvalida, en una situación que le obligaba a actuar para proteger el bien jurídico. El desvalimiento de la víctima aparece por primera vez como fundamento de su responsabilidad. Pero, además, como se trata de un menor en situación de desvalimiento, la sentencia le aplica la cualificación por la alevosía, convirtiendo el acto homicida en asesinato. El desvalimiento aparece por segunda vez para cualificar el homicidio. En un tercer momento se aplica el apartado primero del artículo 140 CP al constatar que, al desarrollarse la acción sobre un menor especialmente desvalido por razón de su edad, la consecuencia jurídica se agrava y se impone la pena de prisión permanente revisable. Es la tercera vez que sobre el hecho del desvalimiento se conforma la penalidad.

Recapitulando: consideramos preciso reformular la interpretación jurisprudencial de la norma, de conformidad con la modificación del tipo penal, recordando que la alevosía exige una precisión en el relato fáctico, exigiendo la descripción de una conducta del sujeto activo dirigida a procurar la indefensión de la víctima, asegurando la producción del resultado, con efectiva concurrencia del elemento objetivo, medios, modos y

formas para asegurar el resultado e impedir la defensa, y el subjetivo, que son buscados por el autor, evitando la doble consideración del desvalimiento de la víctima en la subsunción de los hechos”.

Otra cosa sería, por ejemplo, que, en el caso de un fornido joven de quince años, se le hubieran proporcionado unos fármacos para anular cualquier posibilidad de defensa. Aquí, la alevosía por desvalimiento ya no descansaría en el dato de la edad y sí podría ser valorada para la imposición de PPR⁶.

De igual modo, no habría inconveniente alguno en apreciar el asesinato del art. 140.1. 1ª CP si, por ejemplo, éste pudiera ser calificado de tal con base en otra circunstancia del art. 139.1 CP (como el ensañamiento)⁷ u otro tipo de alevosía distinta al desvalimiento (como la sorpresiva)⁸.

Por otro lado, la STS 187/2023, de 15 de marzo, recoge un supuesto en el que se condena a PPR al autor de un delito de asesinato con ensañamiento (en comisión por omisión), cometido sobre persona especialmente

vulnerable por razón de enfermedad⁹. Así también, la SAP Alicante 526/2020, de 28 de septiembre, condenó a PPR por un delito de asesinato (en comisión por omisión) a una madre que no hizo nada mientras veía como su pareja acababa con la vida de su hijo menor de dieciséis años¹⁰.

En cuanto al segundo tipo de asesinato (*subsiguiente a un delito contra la libertad sexual*), lo primero que cabría preguntarse es si cualquier atentado contra la libertad sexual puede dar lugar a la imposición de la PPR.

El Título VIII, bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad sexual”, abarca figuras como las de las agresiones sexuales (Cap. I); las agresiones sexuales a menores de dieciséis años (Cap. II); acoso sexual (Cap. III); delitos de exhibicionismo y provocación sexual (Cap. IV); y, delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (Cap. V).

Por el contrario, a nuestro juicio, los únicos delitos contra la libertad que se debieran tener en cuenta para

6 Así, STS 678/2020, de 11 de diciembre. En la STS 36/2023, de 26 de enero, se identifica la edad con la alevosía (art. 139 CP) para luego imponer la PPR (140.1.1ª CP), cuando, en realidad, en este caso, efectivamente creemos no se incurre en *bis in idem* porque la alevosía debió basarse en que se suministraron fármacos para imposibilitar toda capacidad de respuesta. El desvalimiento no vino dado por la edad de la víctima.

7 En la STS 320/2021, de 21 de abril, se condena al autor por un delito de asesinato de una persona con discapacidad. En este caso no se infringe la prohibición de *ne bis in idem* porque para la calificación como asesinato se tuvo en cuenta el ensañamiento y la discapacidad (alevosía por desvalimiento) para el 140.1 CP. En la STS 113/2022, de 10 de febrero, consideramos que no habría *bis in idem*, pues, concurre la circunstancia de ensañamiento, y con ella el delito de asesinato, pero, el TS vuelve a asociar la alevosía por desvalimiento a la edad y se utiliza también para la condena a PPR por delito del art. 140.1.1ª CP.

8 Así, por ejemplo, SAP Madrid 628/2019, de 30 de octubre. En igual sentido se pronuncia la STS 367/2021, de 30 de abril; STS 269/2022, de 22 de marzo; y, STS 560/2022, de 8 de junio. En ocasiones, como sucede en la STS 704/2021, de 16 de septiembre, se impone PPR por un delito del art. 140.1.1ª CP basándose en que la alevosía es por desvalimiento cuando, en realidad, los hechos permiten sostener que se trataba de una alevosía sorpresiva. Pudiéndose evitar fácilmente incurrir en un claro *bis in idem*.

9 En los hechos probados se relata que en la noche del 17 de junio de 2019 Rosaura se encontraba físicamente muy mal y llamó repetidamente por teléfono a Leandro para que fuera a su casa a ayudarla. Enterado finalmente Leandro de lo que Rosaura le pedía, fue a la vivienda de ésta, situada en la AVENIDA000, n.º NUM001, de DIRECCION000, a la que llegó poco después de las 22:45 horas. Al llegar Leandro a casa de Rosaura, ésta se encontraba en un estado de gran deterioro físico, con dificultad respiratoria creciente y carente de articulación motora, lo que le impedía hacer nada por sí misma, entre otros síntomas que evidenciaban la necesidad de intervención inmediata de otro que la auxiliara, y de eso cualquier persona dentro de los parámetros de la normalidad se habría dado cuenta, y Leandro se dio cuenta. Sin embargo, Leandro no prestó ninguna ayuda a Rosaura, y hasta pasadas las 03:39 horas del día 18, estuvo contemplando cómo, la mujer se iba deteriorando cada vez más, perdía la conciencia y se le iba apagando la vida, y mientras la contemplaba, los sufrimientos de Rosaura fueron clara y perceptiblemente en constante aumento. Por último, Rosaura sufrió una hiperglucemia tal que le provocó un fallo multiorgánico y la muerte. Se señala así que la muerte de Rosaura no se hubiera producido si Leandro, al ver el estado en que ésta se encontraba cuando llegó a la vivienda de la mujer o cómo se iba deteriorando, hubiera pedido el auxilio de los servicios de emergencias médicas, y si Leandro no hizo nada por ayudar a Rosaura fue porque quería que se produjera la muerte de ésta, o porque preveía que se podía producir y le daba igual que muriera.

10 En los hechos probados consta que: En la mañana del día 13 de septiembre de 2018, Jesús, conociendo la alta probabilidad de que se pudiera producir la muerte del menor y aceptándolo, ejerció fuerza física sobre el menor, Isidro, propinándole una paliza, con golpes por todas partes (bofetadas, puñetazos, incluso estampándolo contra alguna superficie etc), que impactaron en distintas partes de su cuerpo, llegando a oprimirle el cuello con tanta intensidad que impedía que el niño respirara hasta que el menor se desvaneció, perdiendo la consciencia. Amelia, que se encontraba en la vivienda mientras el acusado ejercía esa fuerza física sobre el menor y siendo consciente de lo que su pareja estaba haciendo, incluso que le estaba oprimiendo el cuello con tanta intensidad que impedía que el niño pudiera respirar hasta que el menor se desvaneció, lo consintió, no haciendo nada para proteger al menor e impedirlo. Cuando los acusados, Jesús y Amelia, se dieron cuenta de la gravedad de los hechos cometidos se apresuraron a trasladar al menor al HOSPITAL001, donde recibió atención sanitaria, si bien el día 17 de septiembre de 2018, Isidro, falleció a consecuencia de las graves lesiones que le había causado el acusado, Jesús, y que se recogen en el informe de autopsia, siendo la causa principal del fallecimiento por encefalopatía anóxica por compresión mecánica extrínseca en cuello (estrangulamiento).

adoptar la imposición de la PPR son aquellas agresiones sexuales que consistieren en violación; esto es, acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (como así la define el art. 179.2 CP). Aplicar la PPR en el resto de casos nos parece una vulneración flagrante del principio de proporcionalidad, situación que puede reconducirse fácilmente en sede jurisprudencial¹¹.

En segundo lugar, el art. 140.1.2ª CP hace alusión a que el delito de asesinato sea “subsiguiente”. Aquí, en nuestra opinión, sólo cabe entender que la muerte debe producirse en un breve lapso de tiempo posterior siempre (subsiguiente) al delito sexual. Se requiere, en definitiva, inmediatez entre la agresión sexual y el asesinato; por lo que lo importante es el orden de los factores (primero se tiene que producir el delito sexual y a continuación el asesinato). Ahora bien, discrepamos de LÓPEZ PEREGRÍN cuando sostiene que el citado precepto “deja fuera del tipo, en consecuencia, la muerte producida durante la comisión del delito sexual”¹². Así lo entiende también, por ejemplo, la SAP Valencia 440/2022, de 1 de septiembre. Por el contrario, consideramos que una vez consumada la violación (por la introducción de objetos o penetración), si a los pocos segundos o minutos después se produce, por ejemplo, la muerte de la víctima por asfixia, ese asesinato también será subsiguiente. Del mismo modo que si la muerte se produce una vez que el/la autor/a haya concluido el acto sexual. Queremos con ello decir que nos cuesta creer que la consumación de ambos delitos pueda producirse de forma simultánea.

Con todo, también este supuesto presenta problemas de *bis in idem*. En esta ocasión, la fricción se produce con la circunstancia 4ª del art. 139.1 CP (cometer un asesinato para evitar que se descubra otro delito previo)¹³. Así las cosas, si la muerte subsiguiente se llevase a cabo para impedir el descubrimiento del delito sexual y este hecho fuere el que diese lugar a la calificación de la muerte como asesinato, para evitar una vulneración del principio *ne bis in idem*, no debería aplicarse esta

calificación¹⁴. De lo contrario, tendríamos que acotar el ámbito de aplicación del art. 139.1.4ª CP a asesinatos que se cometieran tras un mayor lapso de tiempo (cuando el delito previo fuere de carácter sexual); o, que dicha cláusula no fuere aplicable a los delitos contra la libertad sexual. Pero, nada de esto se dice en dicho precepto. Por ello, entendemos que para aplicar la PPR en estos supuestos, el asesinato debe venir calificado como tal por una circunstancia distinta a la del art. 139.1.4ª CP.

Por último, a nuestro modo de ver, también se plantearían problemas de *bis in idem* si se pretendiese castigar el delito sexual previo (con pena de prisión) y el asesinato subsiguiente (castigado con PPR) en concurso¹⁵. Esta posibilidad queda vetada, en nuestra opinión, desde el momento en que el castigo con PPR se produce porque abarca ambos hechos (como si de uno solo se tratase). De lo contrario, la respuesta penológica resultaría desproporcionada por cuanto se aplicarían los plazos de acceso a tercer grado y revisión del art. 78 bis CP.

La mayoría de Audiencias Provinciales vienen obviando esta circunstancia e imponen la correspondiente pena de prisión por el delito sexual más PPR por el asesinato subsiguiente¹⁶. Esta solución ha sido igualmente avalada por el Tribunal Supremo¹⁷. Por el contrario, en la STS 97/2020, de 5 de marzo, se impone una única pena por el delito de asesinato subsiguiente (PPR). No obstante, los Magistrados hacen la siguiente aclaración: “La Sala quiere dejar constancia de que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y, sobre todo, la ausencia de una impugnación de la sentencia dictada en la instancia por cualquiera de las acusaciones, impide abordar la discutible opción interpretativa que representa resolver el concurso normativo entre el delito de abuso sexual con penetración y el delito de asesinato con alevosía, mediante la imposición de una única pena que, desde luego, no abarca la porción de injusto definida por los delitos que se han declarado probados”. Que el TS diga que mediante la imposición de la PPR no se abarque “la porción de injusto definida

11 Señala, por el contrario, DEL CARPIO DELGADO que, dado que no se distingue entre los distintos delitos que conforman el Título VII, el que mate a su víctima después de violarla será castigado con la misma pena que aquel que la mata después de realizarle unos tocamientos constitutivos de delito. Cfr. DEL CARPIO DELGADO, J.: “La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español”, *Revista Penal México*, núm. 5, 2013-2014, p. 92.

12 LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para...”, *op. cit.*, p. 12.

13 RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Seis frentes abiertos...”, *op. cit.*, p. 4.

14 Así lo entiende también LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para...”, *op. cit.*, pp. 12-13.

15 Así parece entenderlo también ACALE SÁNCHEZ, M.: “La prisión permanente revisable y la revisión del sistema de penas”, en ACALE SÁNCHEZ, M.; RODRÍGUEZ MIRANDA, A. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.): *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 368. Y LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para...”, *op. cit.*, p. 12.

16 Así, por ejemplo, SAP A Coruña 197/2019, de 17 de diciembre; SAP Barcelona 22/2021, de 8 de junio; SAP Huelva 135/2021, de 9 de diciembre; SAP Barcelona 27/2022, de 19 de abril; y, SAP La Rioja 67/2023, de 17 de abril.

17 STS 180/2020, de 19 de mayo; STS 650/2021, de 20 de julio; STS 765/2022, de 15 de septiembre; y, STS 320/2023, de 8 de mayo.

por los delitos que se han declarado probados” nos parece inaceptable. Cabría recordar al respecto que lo que permite imponer la PPR es que el asesinato se produce después del delito sexual. Cuando no se dé esa secuencia temporal será cuando se deba apreciar un concurso entre el delito sexual y el asesinato.

A una conclusión distinta llegaríamos si el concurso fuere, por ejemplo, entre un delito continuado de agresión sexual y un asesinato subsiguiente¹⁸. En estos supuestos, la solución concursal nos parece adecuada por cuanto las agresiones previas a la última tras la que se produce la muerte no pueden quedar impunes.

Por otro lado, la jurisprudencia está aceptando como válida la opción de que el delito sexual precedente al asesinato (por ejemplo, una agresión sexual), lo sea en grado de tentativa; y, no sólo eso, sino que también aprecia concurso entre ambos¹⁹. Esto nos parece tremendamente desafortunado, pues, aquí, el salto penológico entre la que debiera ser la solución más razonable (concurso entre agresión sexual en grado de tentativa y asesinato) y la que se propone (PPR) es abismal.

En tercer y último lugar, debemos referirnos al asesinato cometido *por quien perteneciere a un grupo u organización criminal*.

La primera consideración que debemos hacer es que el art. 140.1.3ª CP no especifica si es necesario o no para aplicar el asesinato hipercualificado que la muerte presente algún vínculo con la actividad del grupo u organización criminal. A nuestro juicio, no puede ser de otra forma. De modo que, el asesinato debe estar relacionado u obedecer al desarrollo de la actividad criminal que caracterice al grupo u organización criminal. Así, como defiende LÓPEZ PEREGRÍN, “no tendría sentido aplicar el tipo cualificado, por ejemplo, a quien, perteneciendo a un grupo criminal dedicado a la comisión de delitos patrimoniales, mata a su mujer en un contexto de violencia de género”²⁰.

Por otro lado, debe observarse que, en relación con las reglas específicas de acceso al tercer grado y de concesión de la revisión (art. 78 bis 3 CP), allí se hace alusión a delitos “cometidos en el seno de organizaciones criminales”. La ausencia de toda mención a los grupos criminales ya vimos que debía interpretarse de forma que para ellos resultasen de aplicación los plazos comunes (del art. 78 bis 2 CP); pero, en ningún caso, una destipificación. Lo que ahora queremos resaltar es que los términos “cometido en el seno de” y “por quien perteneciera a” no son equivalentes. La desafortunada expresión “en el seno de” podría hacernos concluir que ni tan siquiera se exigiese pertenecer al grupo u organización criminal; sino que, bastaría con que el asesinato

se hubiere cometido “en el marco de aquélla” o “bajo su amparo”. Esto ampliaría enormemente el ámbito subjetivo de aplicación el art. 140.1.3ª CP, pero, no puede ser, pues, debemos estar a la expresión empleada por este precepto (que se refiere a “pertenecer”).

Con todo, todavía no sabemos quiénes reúnen la condición de “pertenencia” a un grupo u organización criminal; y, tampoco, en qué términos se concreta ésta. Veámoslo.

Respecto de la organización criminal, el art. 570 bis CP se refiere (y castiga de forma distinta) a dos niveles diferentes de sujetos:

a) quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren, o dirigieren una organización criminal.

b) quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma.

El término “pertenencia” (al que alude el 140.1.3ª CP) no queda recogido en este precepto. Si bien sí lo hace una expresión equivalente: “formar parte de ella”. La cuestión por tanto es a qué sujetos de los previstos en el art. 570 bis CP se puede castigar con PPR.

A nuestro juicio, tres son las premisas que deben tenerse en cuenta:

1) el sujeto debe desempeñar algún tipo de función dirigida, naturalmente, a la comisión de delitos;

2) la pertenencia, por tanto, no puede consistir en una simple adhesión; y,

3) que la pertenencia se mantenga en el momento de los hechos, no que haya sido previa, o posterior a éstos.

Lo anterior consideramos nos permite excluir a: quienes promovieren, constituyeren, u organizaren una organización criminal; y, a quienes cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma.

Estas consideraciones son extensibles al supuesto de pertenencia a grupo criminal al que también alude el art. 140.1.3ª CP. Si bien, el art. 570 ter CP se refiere a: quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal. En este caso, por lo dicho más arriba, habría que excluir a quienes constituyeren y financiaren el grupo criminal.

La STS 821/2022, de 17 de octubre, presenta un caso interesante. El fallo recoge la condena a dos penas de PPR por dos asesinatos de dos miembros del mismo grupo criminal al que pertenecía el autor. Para la mayoría: “ese dato —insistimos, no incluido en el *factum*— no es verdaderamente determinante. El contexto en el que se produjeron los asesinatos por los que se ha formulado acusación no es otro que el de un enfrentamiento entre bandas rivales, dedicadas al desapoderamiento violento de sustancias estupefacientes. Que el

18 SAP Valencia 287/2020, de 31 de julio.

19 Así SAP Sevilla 6/2019, de 22 de abril. Y STS 418/2020, de 21 de julio.

20 En este sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para...”, *op. cit.*, p. 13.

acceso a la vivienda en la que se produjeron los disparos fuera un gesto de confianza hacia el acusado o la expresión de un acto de deslealtad respecto del grupo criminal en el que, hasta esa fecha, desplegaba su actividad delictiva no altera el fundamento de la agravación. Desde la perspectiva que justifica la aplicación del art. 140.1.3 del CP, los hechos no tienen otro significado que el de un tiroteo entre grupos criminales rivales. El que Juan Ignacio diversificara su estrategia criminal entre ambas estructuras o que se pusiera al servicio de uno u otro grupo no debilita el fundamento de la agravación". Sin embargo, nos parece razonable la interpretación restringida que propone el Excmo. Sr. Magistrado D. Javier Hernández García en su voto particular. En éste se señala que el escenario que la norma contempla es el de la comisión de delitos frente a terceros, *extraneus* a su estructura: "La propia exigencia de pertenencia del sujeto activo a la organización o grupo, como presupuesto de la hiperagravación, obliga a decantar como elemento constitutivo implícito que la víctima no puede ser, a la vez, integrante del grupo en cuyo seno se produce el delito".

En último lugar, como destacan CÁMARA ARROYO y FERNÁNDEZ BERMEJO, "la mención expresa a los asesinatos cometidos por quien pertenece a una organización o grupo criminal producirá un concurso de normas con los arts. 570 bis o 570 ter CP, por lo que no podrá castigarse este último comportamiento de forma autónoma, ya que ello vulneraría el principio *non bis in idem*: se sancionarán solo el subtipo agravado del asesinato, con la pena de prisión permanente revisable, entendiéndose absorbido el delito autónomo de pertenencia o dirección de grupo u organización"²¹.

Por el contrario, la jurisprudencia parece decantarse, una vez más, por apreciar un concurso entre ambos delitos²². Solución que no nos parece la más correcta, debiéndose, en consecuencia, imponer una única PPR por el delito del art. 140.1.3ª CP²³.

Con todo, lo que el CP no permite, a nuestro juicio, es combinar algunas o todas las circunstancias previstas en el art. 140.1 CP para castigar los hechos doblemente. Piénsese, por ejemplo, en el asesinato de una menor de 16 años cometido tras una violación a ésta (circunstancia 1ª y 2ª). O, en el asesinato perpetrado

por un miembro de una organización criminal sobre una víctima de 6 años (circunstancia 1ª y 3ª). O, un asesinato cometido por un integrante de una organización criminal tras una violación a la hija de un miembro de una banda contraria (circunstancia 2ª y 3ª). Aunque, el escenario más surrealista sería aquel en que se pretendiese castigar el asesinato llevado a cabo por un miembro de una organización criminal tras una violación a la hija (menor de 16 años) de un miembro de una banda contraria (circunstancias 1ª, 2ª y 3ª).

3.2. El asesinato del art. 140.2 CP

En virtud del citado precepto, se impondrá PPR al reo de asesinato "que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas".

Lo primero que se discute en torno a este artículo es si la condena por la muerte de esas otras tres o más personas debe ser previa al asesinato actual; o si, por el contrario, se trata de enjuiciar (ahora) en un mismo procedimiento todas las muertes que hayan acontecido. Lo segundo, si al hablar de muertes cabe entender incluidos otros asesinatos o también homicidios.

A juicio de algunos autores, como CERVELLÓ DONDERIS, parece que el precepto "se está refiriendo a la comisión de tres asesinatos ordinarios y que las condenas se establezcan en la misma sentencia"²⁴. Aunque, dentro de esa opción, también podrían admitirse otras combinaciones como: la comisión de un asesinato y dos homicidios; o dos asesinatos y un homicidio.

Para otros autores, como BARQUÍN SANZ, "esta cláusula parece aplicable tanto en una sola sentencia que condene al reo por más de dos asesinatos, como en vía de refundición de condenas teniendo en cuenta varias sentencias recaídas sobre el mismo individuo"²⁵.

Sin embargo, a nuestro juicio, el art. 140.2 CP únicamente permite imponer PPR cuando se condene al sujeto (en el momento actual) por asesinato y, previamente, se le hubiere condenado por otras 3 muertes (como mínimo). Esta parece ser la opción genuina del legislador recogida en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que alude a "asesinatos reiterados o cometidos en serie" (X) y no a asesinatos múltiples.

21 CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 132.

22 SAP Barcelona, de 20 de julio de 2021. Y STS 821/2022, de 17 de octubre.

23 Así, por ejemplo, SAP Madrid 682/2022, de 28 de noviembre.

24 CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 237. Así también, ICUZA SÁNCHEZ, I.: *La prisión permanente revisable: Un análisis a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del modelo inglés*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 39.

25 BARQUÍN SANZ, J.: "Nuevo impulso expansionista de la pena de prisión", en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 92. Así parece entenderlo también LÓPEZ PEREGRÍN cuando afirma que "el precepto no exige que las muertes se hayan producido en un determinado periodo de tiempo, ni tampoco que estén relacionadas entre sí". Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, C.: "Más motivos para...", *op. cit.*, p. 15.

La STS de 5 de mayo de 2020 considera que el art. 140.2 CP permite castigar las muertes producidas en un mismo acto (FJ, 8):

“los asesinatos previos han de castigarse conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2. No hay nada semejante a un concurso de normas a resolver por la regla de consunción (art. 8.3 CP). No estamos ante un único hecho para cuya calificación convergen distintos tipos penales. El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que confluyen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Pues bien, la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP, cuya aplicación reivindica la defensa —aun sin cita directa— exige que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (lex consumens), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (lex consumpta). Nada de esto acontece en el supuesto que nos ocupa. Carecería de sentido que la muerte de tres o más personas fuera castigada con la misma pena que la muerte de una persona susceptible de ser calificada conforme al art. 140 del CP. Y que ese desenlace fuera el resultado de una extravagante regla de consunción aplicada en gravísimos delitos contra la vida.

La solución que proclama esta Sala se apoya, no sólo en el significado constitucional del principio non bis in idem, sino en la propia literalidad del art. 140. 2. En su inciso final se dispone que «... en este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo».

Carecería de sentido esta remisión al art. 78 bis del CP, que pretende, en el caso de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas, endurecer el acceso al tercer grado o a la libertad condicional”.

Por el contrario, la STS 113/2022, de 10 de febrero, entiende que las muertes deben ser previas (FJ, 22):

“Sobre la interpretación del artículo 140.2 del código penal, no se cuenta aún con doctrina jurisprudencial consolidada, puesto que el Tribunal Supremo no se ha visto llamado a perfilar sus contornos con valor ratio decidendi (la STS 5 mayo 2020, que confirma la aplicación del artículo 140.2 CP en un caso de asesinato múltiple, sólo tuvo que pronunciarse sobre si por todos los delitos se ha de aplicar la única pena de prisión permanente, o si la aplicación del artículo 140.2 no comporta absorción de las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos).

La Sala entiende que las serias dudas en la interpretación del precepto han de resolverse en el sentido más favorable al reo, sin extenderlo a casos que no hayan de considerarse como claramente subsumibles en el mismo; igualmente, entiende la Sala que el precepto ha de ser in-

terpretado en el sentido que impida consecuencias concretas que no quepa presumir como queridas por el legislador, por resultar extrañas o directamente contrarias al conjunto, del ordenamiento jurídico-penal. Y son tres las consideraciones en las que se ha de basar la desestimación de los motivos indicados:

A) El precepto utiliza la expresión verbal “hubieran sido condenados”, es decir, el pretérito pluscuamperfecto de subjuntivo, lo que comporta que la acción descrita (que no es matar, sino “ser condenado”) se lleva a un momento anterior a la comisión del hecho del que se predica la prisión permanente revisable. Es decir, la condena que cualifica y agrava el asesinato ha de ser anterior a la comisión del (nuevo) asesinato. Por más que, ciertamente, el empleo de tiempos verbales en el artículo 140 no parece un criterio seguro de averiguación de la voluntad del legislador por la falta de un criterio gramatical reconocible (en el 140.1.º se emplea el presente de subjuntivo, “sea”, en el 2º se emplea el pretérito imperfecto de subjuntivo, “fuera”, y en el 3º, el pretérito pluscuamperfecto de subjuntivo, “hubiera cometido”, cuando en los tres casos habría podido y debido utilizarse el mismo tiempo verbal), parece gramaticalmente claro que si se hubiese querido contemplar el caso de asesinatos múltiples enjuiciados en un mismo procedimiento, la expresión simple y más correcta habría debido ser “quienes sean condenados”, o quienes “fueren” condenados, pero no quienes “hubieran sido” condenados.

B) La exposición de motivos de la ley de reforma del Código que introdujo este precepto, hace referencia a los asesinatos “reiterados o cometidos en serie”, y no a los asesinatos múltiples, lo que denota, más que una acción conjunta realizada con unidad de acto y aprovechando la misma circunstancia u ocasión, una decisión o dolo de matar que surge después de haberlo hecho antecedentemente, es decir, una secuencia de crímenes con autonomía propia que repiten o reiteran los cometidos con anterioridad sin unidad de acción.

C) La interpretación alternativa conducida a una consecuencia difícilmente asumible en el presente caso, en el que la aplicación o no del artículo 140.2 dependería del orden en la ejecución de las víctimas: en efecto, si Herminia hubiese sido la última, al estar ya penado ese asesinato con prisión permanente revisable por el art. 140.1.º no podría volver a serlo de nuevo por el hecho de ser subsiguiente a las dos muertes anteriores. No es fácil imaginar que semejante consecuencia (es decir, que la pena varíe según el orden de ejecución de las víctimas, cuando en el dolo inicial ya se ha contempla matar a las tres) haya sido querida por el legislador”.

La STS 969/2022, de 15 de diciembre, se pronuncia en idéntico sentido y revoca la PPR impuesta (art. 140.2 CP) en un caso en el que se habían producido tres asesinatos.

Al margen de la postura que se mantenga al respecto, lo que sí debe excluirse son tanto los homicidios imprudentes como los delitos de participación en el suicidio

ajeno²⁶. Con todo, sí parece haber cierto consenso en la doctrina a la hora de restringir la aplicación de este precepto a los asesinatos²⁷. Esta opción nos parece razonable dada la gravedad de la pena, si bien, la jurisprudencia deberá pronunciarse al respecto.

En cualquier caso, esos tres o más asesinatos previos, podrán haber ocasionado un único pronunciamiento o varios.

Ahora bien, no podemos perder de vista que la PPR se impone en este caso “al reo de asesinato”. Y ello implica, a nuestro juicio, una remisión al delito de asesinato del art. 139.1 CP, pues, el resto de asesinatos (del 140.1 CP, del Rey o su heredero, de terrorismo, de Jefe extranjero, de genocidio, o de lesa humanidad) ya se castigan con esta pena. Se trata, pues, de castigar un asesinato que no reúne ninguna circunstancia especial (como las del resto de supuestos mencionados), pero, que merece tal respuesta por ser reincidente.

En cuanto a las condenas previas (por asesinato, debe entenderse), éstas pueden haberse extinguido, puede que estén pendientes de cumplimiento (no se haya producido el ingreso en prisión), o que se estén cumpliendo. En cualquier caso, no se tendrán en cuenta si la pena hubiera prescrito o si los antecedentes penales se hubieran cancelado (o debieran haberlo sido).

Y, además, esas condenas previas no pueden serlo a PPR. Si así fuere, no cabría aplicarse este precepto, pues, en ese caso, como ya vimos, habría que acumular las condenas conforme a las reglas del art. 78 bis CP. Del mismo modo, cabría advertir que si esas condenas previas se están cumpliendo o se está pendiente del ingreso en prisión quedarán absorbidas por la nueva pena: no habrá cumplimiento sucesivo, ni concurso de delitos.

Con todo, repárese en el hecho que el art. 140.2 CP establece en este caso unos plazos específicos para acceder al tercer grado y a la revisión, pues, remite a la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo. Esto ocasiona que, no se puedan aplicar otros plazos en caso de que este delito del art. 140.2 CP concorra con otros. En otras palabras, se ha fijado un período de seguridad único.

Antes de finalizar este apartado, quisiéramos detenernos en dos sentencias del Tribunal Supremo que nos

causan cierta perplejidad, pues, ofrecen una solución que, en nuestra opinión, no se ajusta a lo dispuesto en el CP:

La STS 461/2022, de 11 de mayo, ratificó las condenas impuestas por el TSJ de Aragón a un sujeto que había perpetrado (entre otros delitos) tres asesinatos en una finca rural:

- por la muerte del miembro de la familia propietaria de la finca se le condenó a 25 años de prisión.
- por la muerte de uno de los guardias civiles se le condenó a 25 años de prisión.
- por la muerte del otro guardia civil se le impuso la pena de PPR.

Lo llamativo de la solución proporcionada por el TS es que ni en los hechos probados, ni en la propia fundamentación, se recoge el motivo por el que se impuso PPR por la muerte de uno de los guardias civiles, y es que no concurre razón alguna para que ello hubiere sido así (no se da ningún supuesto del art. 140.1 CP). La única explicación que se nos ocurre (pero que sorpresivamente tampoco se menciona en la resolución) es que se hubiere considerado que estábamos ante el supuesto del art. 140.2 CP, entendido como triple asesinato²⁸. Lo llamativo, más allá de decantarse por la aplicación de este precepto (de por sí rechazable), es que la PPR se impone en concurso con las otras penas de prisión restantes que hacen (como se indica en la propia sentencia) que “*el acusado no podrá progresar al tercer grado hasta que cumpla un mínimo de veintidós años de prisión, y la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá el cumplimiento de un mínimo de treinta años*”. Por el contrario, en nuestra opinión, en este supuesto únicamente debería haberse apreciado un concurso de delitos por los tres asesinatos.

Una respuesta similar observamos también en la STS 513/2022, de 26 de mayo. En esta ocasión, al acusado se le condena por haber asesinado a su hermano y a sus padres:

- por el asesinato del hermano se le impuso la pena de prisión de 22 años 6 meses y 1 día.
- por el asesinato del padre la pena de prisión de 21 años.
- por el asesinato de la madre PPR.

26 Por el contrario, la SAP Valencia 440/2022, de 1 de septiembre, entiende que la muerte puede ser imprudente.

27 LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para...”, *op. cit.*, p. 15. Y DEL CARPIO DELGADO, J.: “La pena de prisión permanente...”, *op. cit.*, p. 92.

28 Así se recoge expresamente en la SAP Teruel 38/2021, de 27 de abril. En ella la Audiencia Provincial consideró que: “*La Sentencia del T. Supremo de 5 de Mayo de 2020, ha entendido que cada asesinato debe de ser penalizado individualizadamente, y que, por ello, los asesinatos previos han de castigarse conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2, de forma que los dos primeros asesinatos serían castigados con la pena prevista en el Art. 139, y el tercero con la prevista en el Art. 140.2, por estimar que, al concurrir la prisión permanente revisable con otras penas, la consecuencia sería el endurecimiento al acceso al tercer grado o a la libertad condicional, conforme al Art. 78 bis del C.Penal, y ello porque no es lo mismo que el autor del hecho haya acabado con la vida de una persona, de tres, o de una víctima especialmente vulnerable en los términos del artículo 140 del C. Penal*” (FJ, 9)..

Como en el anterior caso, en éste, tampoco constan las razones por las que se impone PPR por la muerte de la madre. Sin embargo, se aprecia concurso entre las tres infracciones y se recurre a la misma regla penológica: requiriendo la progresión a tercer grado el cumplimiento de un mínimo de veinte años de prisión conforme señala el artículo 78 bis 1. b) CP, y requiriendo la suspensión de la ejecución del resto de la pena que el acusado haya extinguido un mínimo de treinta años de prisión conforme dispone la letra b) del apartado 2 del artículo 78 bis.

3.3. Otros delitos

El art. 485.1 CP establece que: *“El que matare al Rey o a la Reina o al Príncipe o a la Princesa de Asturias será castigado con la pena de prisión permanente revisable”*.

El art. 573 bis 1.1ª CP (delitos de terrorismo) señala que se castigará con *“la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”* si se causara la muerte de una persona.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, no contemplaba la PPR para delitos de terrorismo con resultado muerte. El legislador introdujo esta pena, para tales casos, a través de la LO 2/2015, de 30 de marzo. Inicialmente se preveía expresamente la prisión permanente revisable, pero, dado que el partido en el gobierno (el PP) buscaba el consenso con el principal partido de la oposición (el PSOE) que estaba en contra de la introducción de este tipo de privación de libertad, finalmente se utilizó la fórmula que ahora figura en dicho precepto, permitiendo al PSOE aprobar la reforma sin apoyar explícitamente esta nueva sanción.

A raíz de lo anterior, para DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, la técnica empleada es tan defectuosa que al final aunque estuviera claro que la intención era castigar con la prisión permanente revisable este delito terrorista lo cierto es que no es ésta la sanción que se prevé para dicha infracción. Y ello porque, tal como se desprende de los arts. 33, 35 y 36 CP, hay dos sanciones privativas de libertad distintas: la prisión y la prisión permanente revisable. En la medida en que en el art. 573 bis CP se alude a pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código, con ello se está haciendo referencia a una pena de prisión por tiempo máximo de 30 años que es el límite que puede alcanzar esta privación de libertad por un solo hecho delictivo²⁹. Añade GARCÍA PÉREZ, quien se muestra de acuerdo con lo anterior, que *“el*

desajuste es fruto de la tramitación en paralelo de los dos proyectos de ley que luego cristalizarían en las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 y es otra muestra más de las numerosas deficiencias técnicas a que en los últimos tiempos nos tiene acostumbrado el legislador”³⁰.

Por el contrario, en opinión de BARQUÍN SANZ, *“qué cosa significa esta última frase para la mayoría parlamentaria que aprobó la LO 2/2015 es claro: prisión permanente revisable, prisión perpetua en Román paladino, en tanto siga formando parte del sistema de penas vigente en España. Pero no parece que los recursos lingüísticos que empleó para expresarlo sean muy afortunados, porque hay una base sólida, tanto literal como sistemática, para impugnar que la interpretación deba ser necesariamente ésta. Fundamentalmente, que la prisión permanente revisable no tiene un tiempo concreto establecido y que en el propio elenco de penas privativas de libertad (art. 35 CP) se describe como una categoría separada de las penas de prisión a secas, las cuales tienen asignado un tiempo determinado de hasta treinta años (arts. 473 y 485 CP). No obstante, también hay argumentos a favor de la validez del circunloquio, así ciertos referentes indirectos como el mayor rigor de las condiciones para acceder a la suspensión del cumplimiento del resto de la pena (antigua libertad condicional) y a la clasificación en tercer grado, que la pena inferior; o, incluso con mayor fuerza argumentativa aún, el dato de que la pena inferior en grado a la de prisión perpetua sea prisión de veinte a treinta años (art. 74.4 CP)”³¹.*

Efectivamente, para nosotros, no cabe ninguna duda de que la pena que cabe imponer en este supuesto es la PPR, más allá de los atajos lingüísticos que el legislador emplease para conseguir un mayor respaldo político a la norma.

Con todo, en este ámbito, y a diferencia de lo que sucede en el art. 140.1.3ª CP, el castigo con PPR se contempla con independencia de que se pertenezca o no a una organización o grupo terrorista. Por eso, aunque no sea la expresión más acertada, no nos parece inadecuada la alusión que el CP hace en el art. 78 bis CP a: *“si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupo terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II”*. En el art. 573 bis 1.1ª CP la muerte es calificada como delito terrorista porque concurre alguna de las circunstancias del art. 573.1 CP.

Por su parte, el art. 605.1 CP establece que: *“El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que*

29 DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 155.

30 GARCÍA PÉREZ, O.: “La legitimidad de la prisión permanente revisable a la vista del estándar europeo y nacional”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018, p. 419.

31 BARQUÍN SANZ, J.: “Nuevo impulso...”, *op. cit.*, p. 95.

se halle en España, será castigado con la pena de prisión permanente revisable”.

El art. 607.1 CP contempla que, los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º *Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.*

2.º *Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.*

(...).

Y, en último lugar, el art. 607 bis 2.1º CP castiga a los reos de delitos de lesa humanidad, con la pena de prisión permanente revisable, si causaran la muerte de alguna persona.

Como ha podido observarse, en todos estos delitos se castiga con PPR ocasionar la “muerte” de alguna persona. Por tanto, cabe incluir tanto la figura del homicidio como la del asesinato³². A diferencia de lo que hemos sostenido con motivo del art. 140.2 CP, donde veíamos oportuna la restricción a los casos de asesinato, en estos supuestos consideramos razonable mantener ambas posibilidades (dadas las características que rodean este grupo de delitos)³³. De no ser así, la muerte homicida en estos casos debería reconducirse a la pena prevista para el homicidio (común).

Por otro lado, en los supuestos de genocidio, aunque sería deseable que sólo se castigara con PPR la muerte de una persona, no es posible obviar que esta pena se prevé también expresamente para otros dos casos: agresiones sexuales y lesiones del art 149 CP.

4. ALGUNAS CRÍTICAS RESPECTO DE ALGUNOS DE LOS DELITOS

Apunta, en primer lugar, GARCÍA RIVAS, que el elenco de delitos no parece que responda a un criterio claro, no negándose su gravedad sino el criterio para seleccionarlos. En este sentido, se aduce que: 1) la selección de esos delitos no obedece a una escalada

desmesurada en la comisión de esta clase delitos; y, 2) ya tienen asignadas penas muy elevadas³⁴. Con todo, como ya expresáramos, la decisión política de incorporar la PPR al catálogo de penas no tiene por qué obedecer a un incremento de la criminalidad en determinados delitos o sustentarse únicamente en este hecho. Y, en igual sentido, el legislador goza de legitimidad suficiente para incrementar las penas hasta los límites que la CE permite. En este caso, a nuestro juicio, consideramos que los delitos para los que se ha previsto PPR (con los matices que luego haremos) no deben ser castigados con penas que como mucho alcanzarían los veinticinco años.

Señala, por otro lado, CARBONELL MATEU que “la previsión para el homicidio del Jefe del Estado, Jefe de Estado extranjero, delitos de lesa humanidad o genocidio, no deja de ser puramente simbólica por no decir anecdótica”³⁵. Es cierto que la probabilidad de comisión de estos delitos es realmente baja, por no decir nula. Pero, más allá de que alguno de estos hechos seguramente nunca llegue a producirse, lo anterior no impide reconocer la gravedad de los mismos y la necesidad de tener articulada una respuesta para su represión (la PPR). En consecuencia, no podemos estar de acuerdo con ACALE SÁNCHEZ cuando sostiene que la pena de prisión permanente revisable se incluyó en el Código Penal español para castigar a los autores de los delitos que más rechazo social generan (asesinos y terroristas), mientras que la extensión de la pena a los demás delitos se realizó para intentar dar legitimidad a esta decisión y que no pareciera que se trataba de una pena “ad hoc”³⁶. No sabemos si el hecho de que la PPR alcanzase a estos delitos fuera una “táctica de camuflaje” del legislador, pero, de lo que sí estamos seguros es de que estas infracciones que revisten una extrema gravedad deben castigarse con PPR.

Se ha dicho también que “el criterio de los delitos especialmente graves es un criterio de carácter estrictamente formal con el que el legislador ha querido enmascarar una decisión arbitraria focalizada en la sobreprotección de la vida humana independiente”³⁷. Por el contrario, en nuestra opinión, si la vida es considerada el bien jurídico más valioso del que disponemos, pues,

32 ICUZA SÁNCHEZ, I.: *La prisión permanente...*, op. cit., pp. 39-40.

33 Alguna duda nos genera los casos de terrorismo.

34 GARCÍA RIVAS, N.: “Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp. 4-5.

35 CARBONELL MATEU, J. C.: “Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015 (2ª edición)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 214.

36 ACALE SÁNCHEZ, M.: “Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario”, en ARROYO ZAPATERO, L.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. y PÉREZ MANZANO, M. (Eds.): *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 164. En esta línea, LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para...”, op. cit., p. 16.

37 LÓPEZ LORCA, B.: “La prisión permanente revisable. Naturaleza, ámbito de aplicación y modelo penológico”, en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.): *Penas de prisión de larga duración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 593.

arrebata la vida carecemos de libertad, entonces parece razonable que el castigo con la pena más severa se reserve a estas figuras delictivas.

Así también, se ha afirmado que “no existe un criterio uniforme que permita identificar las razones por las que éstos y no otros delitos han sido sancionados con prisión permanente revisable. Es cierto que se trata de delitos especialmente graves. Sin embargo, existen otras infracciones en el Código Penal que ya estaban castigadas con elevadas penas de prisión —por ejemplo, el delito de rebelión que puede alcanzar los 30 años de prisión si se han esgrimido armas (art. 473.2 CP)— que no han visto modificada su pena”³⁸. En nuestra opinión, la no selección de este delito para su castigo con PPR obedece a un criterio obvio que me parece acertado: no se trata de un delito que atente contra la vida. Con todo, como veremos en el apartado relativo a las propuestas de *lege ferenda*, estimamos que al catálogo debieran incorporarse otros delitos que, a nuestro juicio, también pueden considerarse de especial gravedad.

En cuanto al delito del art. 140.1.2^a CP (asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual), señala LÓPEZ PEREGRÍN que “no queda claro por qué el legislador considera más grave la muerte cuando es posterior a un delito sexual y no de otra clase, por ejemplo un robo o un secuestro”³⁹. A nuestro juicio, y entendiendo que no toda clase de delitos sexuales podrán ocasionar la imposición de la PPR, la justificación es clara: el bien jurídico y las penas previstas para los casos más graves (los de violación) que pueden superar los quince años, así lo requieren.

Se apunta también por esta autora a la inexplicable equiparación de todos los delitos sexuales, poniendo al mismo nivel, por ejemplo, agresión sexual y exhibicionismo⁴⁰. Efectivamente, como vimos, el Título VIII del CP abarca cinco capítulos destinados a delitos de muy diversa entidad (agresiones sexuales, agresiones sexuales a menores de dieciséis años, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y relativos a la explotación sexual y corrupción de menores). El legislador debiera corregir inmediatamente esta atrocidad, pero, mientras no lo haga, como propusimos, la única interpretación que cabe esperar de la jurisprudencia es que únicamente den lugar a PPR aquellas agresiones sexuales que consistan en violación.

Por otro lado, para LÓPEZ PEREGRÍN, tampoco es fácil de entender por qué es preciso ser el autor de ambos delitos⁴¹. En primer lugar, porque la responsabilidad penal es individual (y no cabe responsabilidad penal por el hecho ajeno u objetiva). Y, en segundo lugar, tiene sentido que se excluya al cómplice de un delito contra la libertad sexual que luego comete el asesinato.

En otro orden de cosas, como también vimos, en el asesinato subsiguiente la muerte ha de producirse de forma inmediatamente posterior al delito sexual. Esta interpretación, a juicio de algún autor, deja fuera del tipo la muerte producida durante la comisión del delito sexual. Así, por ejemplo, para LÓPEZ PEREGRÍN, “aunque no se pueda llegar a otra conclusión por impedirlo el respeto al principio de legalidad, lo cierto es que no es fácil de explicar por qué, por ejemplo, merece prisión permanente revisable quien mata con ensañamiento a la víctima tras agredirla sexualmente y no quien la mata con ensañamiento mientras la agrede sexualmente”⁴². Sin embargo, como dijimos entonces, resulta difícil de creer que la violación y la muerte se produzcan a la vez, pues, la violación se consumará en el preciso instante en que el sujeto dé inicio a la penetración o introducción de objetos o miembros corporales (de forma que hacer coincidir este ataque sexual con el asesinato de la víctima resulta muy difícil), de ahí que entendamos que esa muerte producida “durante” la violación será también subsiguiente.

Respecto del delito del art. 140.1.3^a CP (asesinato por quien pertenezca a un grupo u organización criminal), la primera crítica que cabe hacer aquí es que “se equiparen a efectos de gravedad grupo y organización criminal, cuando en la regulación de los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis y ss. CP) las penas no son las mismas”⁴³.

La segunda crítica se proyecta sobre la absoluta indefinición que asola al término “pertener”, cuando no es una figura que se recoja en el CP en sus arts. 570 bis y ter⁴⁴. Si bien en otro apartado hemos llevado a cabo una exégesis que permitiría descifrar su campo de aplicación, consideramos que (de mantenerse esta cláusula) debiera especificarse qué tipo de participación concreta debiera dar lugar a la aplicación de la PPR.

Con todo, creemos que la imposición de la PPR en estos supuestos debiera quedar vetada. Aquí sí se observa un claro ejemplo de Derecho penal del enemigo

38 PINTO PALACIOS, F.: *La prisión permanente revisable. Los límites del castigo en un Estado de Derecho*, Las Rozas, Wolters Kluwer-La Ley, 2019, p. 170.

39 LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para...”, *op. cit.*, p. 11.

40 *Idem*. Así también, CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración...*, *op. cit.*, p. 189.

41 LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para...”, *op. cit.*, p. 12.

42 *Idem*.

43 *Ibid.*, p. 13.

44 Se refiere también a este aspecto, CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración...*, *op. cit.*, p. 189.

(que, curiosamente, no se da en terrorismo, donde no se distingue si al sujeto se le castiga o no con PPR por su pertenencia o no a un grupo u organización terrorista). Se estaría acordando la imposición de la PPR por el simple hecho de pertenecer a un grupo u organización criminal cuando, en nuestra opinión, esto lo que debería dar lugar únicamente es a un concurso de delitos (entre el asesinato y esa pertenencia).

Por otra parte, como concluimos, en el delito del art. 140.2 CP se castiga al reo de asesinato que (previamente) hubiere sido castigado por la muerte de más de dos personas. Quizás, aquí lo que no se explica es por qué otro supuesto de gravedad similar (como la muerte en un mismo acto de más de tres personas) no puede llevar aparejada PPR.

En lo concerniente al delito del art. 573 bis 1 CP (muerte terrorista), se ha mantenido que “la elección de este supuesto para su inclusión en el grupo de delitos castigados con prisión permanente revisable (teniendo en cuenta además que el legislador ya había regulado el asesinato hiperagravado) se explica difícilmente, pues no parece que vaya a aplicarse ya a casos de terrorismo tradicional con una ETA en retroceso, ni se presenta como un instrumento útil frente al nuevo terrorismo yihadista con sujetos que están dispuestos a asumir como consecuencia del acto terrorista su propia muerte”⁴⁵. No obstante, y reconociendo que es cierto lo que se afirma, consideramos plausible que el CP tenga prevista una respuesta para aquellos supuestos en que se consiguiese detener al sujeto.

Otro aspecto que no alcanzamos a entender es por qué la muerte de un Jefe de Estado extranjero o del Rey admiten la posibilidad de ser castigados con PPR y, en cambio, no se alude a la muerte del Presidente del Gobierno. Esta situación debería replantearse, valorando la posibilidad de incluir este otro supuesto al que hemos hecho referencia.

Con todo, si hay algún delito que haya conseguido unificar la posición de la doctrina en este tema ese es el de genocidio. Y, es que, sorprendentemente, en el art. 607.1 CP se equiparan acciones de entidad absolutamente dispar como una muerte, una agresión sexual y unas lesiones del art. 149 CP, excediéndose los límites del principio de proporcionalidad⁴⁶. Curiosamente, y afortunadamente, no sucede lo mismo en el delito de lesa humanidad. Así las cosas, a nuestro juicio, únicamente la muerte de una persona debería dar lugar a la imposición de la PPR en estos casos.

En relación con los delitos de genocidio y lesa humanidad, se ha advertido que estos crímenes pueden, conforme a los Estatutos de los TTPPII, castigarse con PPR⁴⁷. Efectivamente, así es, pero, tales sentencias no podrían ser ejecutadas en España si no se contemplara la PPR. Por otro lado, esa misma argumentación nos llevaría a que carecería de sentido que los ordenamientos jurídicos de los Estados parte del Estatuto de Roma contemplaran los delitos de genocidio y lesa humanidad, pues, ya los juzgaría la CPI u otros TTPI *ad hoc*. En cambio, si no se hiciera así, y la CPI, por ejemplo, no persiguiera tales delitos, quedarían impunes.

En último lugar, cabría reflexionar sobre si, en estos delitos de terrorismo, de regicidio, de muerte de jefe de Estado extranjero, genocidio o lesa humanidad, sería conveniente limitar la aplicación de la PPR únicamente a supuestos que pudieren ser calificados de asesinato y no también de homicidio.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

En nuestra opinión, la PPR debiera relegarse únicamente a determinados atentados contra la vida (los más atroces). Por ello, consideramos que el catálogo de delitos castigados con PPR tendría que ser el siguiente:

- 1) asesinato, 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.
- 2) asesinato, cuando el hecho fuera subsiguiente a un delito de violación o de secuestro que el autor hubiera cometido sobre la víctima.
- 3) asesinato, cuando el autor hubiere sido condenado previamente por dos o más asesinatos (no castigados con PPR).
- 4) comisión de más de dos asesinatos (no castigados con PPR).
- 5) delito de terrorismo, con resultado de muerte.
- 6) genocidio, cuando se ocasione la muerte de alguna persona.
- 7) lesa humanidad, cuando se ocasione la muerte de alguna persona.

En cuanto a la muerte del Rey o Reina o del Príncipe heredero o Princesa heredera; y, de un Jefe de Estado extranjero o persona protegida internacionalmente por tratado que se encuentre en España, entendemos que no debieran ser supuestos que permitieren imponer la pena

45 LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para...”, *op. cit.*, p. 16.

46 Así lo han puesto de manifiesto también, DEL CARPIO DELGADO, J.: “La pena de prisión permanente...”, *op. cit.*, p. 95. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración...*, *op. cit.*, p. 189. CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La prisión permanente revisable...*, *op. cit.*, p. 133.

47 MARTÍNEZ GUERRA, A.: “La prisión permanente revisable: Un análisis del argumento internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2018, p. 133.

de PPR en tanto en cuanto el CP español no tipifique de forma autónoma un delito que castigue a quien matare al Presidente del Gobierno. Eso sí, en nuestra opinión, los tres casos deberían sancionarse con esta pena.

Por el contrario, no consideramos que la PPR deba aplicarse, como sucede en la actualidad, al asesinato cometido por quien pertenezca a un grupo u organización criminal. Como mucho, ello podría ocasionar una agravación del asesinato, pero, no dar el salto cualitativo que supone esta pena. Aquí, a diferencia de la muerte terrorista, no se aprecia una mayor gravedad del hecho. En ese otro delito, el castigo con PPR no se debe a que el sujeto pertenezca a una organización terrorista, sino a las características del delito cometido.

Por otro lado, tenemos serias dudas sobre la constitucionalidad de alguna iniciativa parlamentaria, como la de imponer PPR en supuestos de asesinato cometido por el cónyuge, excónyuge, pareja de hecho, ex pareja de hecho, o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. En nuestra opinión, ello supondría una manifiesta conculcación del principio de igualdad (art. 14 CE)⁴⁸. De igual modo, tampoco podría imponerse esta pena bajo la razón de que el asesinato se haya producido sobre los padres, hermanos o hijos del autor o del cónyuge o conviviente, etc. (entre otros). Para que ello sea posible debe concurrir alguna circunstancia que permita justificar tal pena (como sucede en el art. 140.1.1ª CP). O, porque así lo aconseje circunstancias personales de la víctima (como la muerte del Rey o de un Jefe de Estado Extranjero).

En igual sentido, tampoco puede reputarse constitucional la imposición de PPR en supuestos de asesinato cuando el reo hubiere hecho desaparecer el cadáver de la víctima o no diere razón de su paradero, lo cual infringe la más elemental noción del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a guardar silencio, pues, se trata de actos de autoencubrimiento que deben quedar impunes⁴⁹.

En otro orden de cosas, resulta innecesario que la PPR deba extenderse a otras figuras en las que también se pudiera producir la muerte de alguna persona como los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, estragos, e incendios. Máxime si se tiene en cuenta que las muertes que puedan producirse en esos escenarios no serán, en principio, dolosas.

Por otra parte, también consideramos suficiente la respuesta que el art. 76.1 CP ofrece a la concurrencia de varios homicidios. Sin olvidar que el art. 138.2 CP contempla como supuesto agravado el hecho de que concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del art. 140 CP. Si bien, en este punto, podría incluirse como causa de agravación del homicidio que el autor hubiere sido condenado previamente por al menos otras dos muertes (a imagen y semejanza del art. 140.2 CP).

En último lugar, debemos descartar la imposición de la PPR en otros supuestos que no supongan la muerte de alguna persona, como los de reincidencia en violaciones, o violaciones de menores. O, fuera de éstos, el delito de rebelión (castigado actualmente en el art. 473.2 CP con prisión de veinticinco a treinta años).

6. BIBLIOGRAFÍA

- 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. y PÉREZ MANZANO, M. (Eds.): *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 163-169.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: “La prisión permanente revisable y la revisión del sistema de penas”, en ACALE SÁNCHEZ, M.; RODRÍGUEZ MIRANDA, A. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.): *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 351-374.
- BARQUÍN SANZ, J.: “Nuevo impulso expansionista de la pena de prisión”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 67-100.
- CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.
- CARBONELL MATEU, J. C.: “Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)”, en GONZÁLEZ CUSAC, J. L. (Dir.): *Comentarios a la Reforma del Có-*

48 En este sentido, CÁMARA ARROYO, S.: “Cadena perpetua en España: la falacia de su justificación en el Derecho comparado y estado actual de la cuestión”, *Derecho y cambio social*, núm. 57, 2019, p. 361.

49 Así también, en alguna iniciativa parlamentaria se proponía el castigo con PPR del asesinato en el que el autor impida u obstruya la recuperación y entrega del cadáver a los familiares directos de la víctima, provocándoles un especial sufrimiento, físico o mental, o una situación de grave humillación. Esta formulación, en su caso, podría ser admisible una vez el autor del asesino fuere condenado (cuando hubiere quedado destruida su presunción de inocencia), no antes. Pero, bajo ningún concepto, tal circunstancia podría ocasionar la imposición de una pena tan elevada. Vid. más ampliamente, sobre esta cuestión, CÁMARA ARROYO, S.: “Cadena perpetua...”, *op. cit.*, pp. 357-359.

- digo Penal de 2015 (2ª edición)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 211-221.
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- DEL CARPIO DELGADO, J.: “La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español”, *Revista Penal México*, núm. 5, 2013-2014, pp. 89-108.
- DEVIS MATAMOROS, A.: “Crónica de una confusión anunciada: tratamiento jurisprudencial del asesinato de personas especialmente vulnerables”, *La Ley Penal*, núm. 160, 2023, pp. 1-15.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 127-183.
- GARCÍA PÉREZ, O.: “La legitimidad de la prisión permanente revisable a la vista del estándar europeo y nacional”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018, pp. 409-459.
- GARCÍA RIVAS, N.: “Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp. 1-24.
- ICUZA SÁNCHEZ, I.: *La prisión permanente revisable: Un análisis a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del modelo inglés*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- LÓPEZ LORCA, B.: “La prisión permanente revisable. Naturaleza, ámbito de aplicación y modelo penológico”, en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.): *Penas de prisión de larga duración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 567-639.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-30, 2018, pp. 1-49.
- MARTÍNEZ GUERRA, A.: “La prisión permanente revisable: Un análisis del argumento internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2018, pp. 83-138.
- PINTO PALACIOS, F.: *La prisión permanente revisable. Los límites del castigo en un Estado de Derecho*, Las Rozas, Wolters Kluwer-La Ley, 2019.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Seis frentes abiertos de la prisión permanente revisable”, *Diario La Ley*, núm. 9479, 2019, pp. 1-11.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/