



FACULTAD DE DERECHO
GRADO EN CRIMINOLOGÍA

TRABAJO FIN DE GRADO

**PROBLEMAS DE APLICACIÓN PRÁCTICA
DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y
SU SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL**

AUTORA: SARA PUENTES PAREDES

REALIZADO BAJO LA TUTELA DE LA PROFESORA:
JOSEFA MUÑOZ RUIZ

CONVOCATORIA: JUNIO 2020

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	RESOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL PARA VARIOS ASPECTOS DE CONTROVERSIAS.....	6
	1. La alevosía y la controversia del ne bis in ídem en relación a los delitos comprendidos en el artículo 140.1.1 del Código Penal	6
	1.1. Desestimación de la condena a pena de prisión permanente revisable por parte del Tribunal Supremo al incurrir en vulneración del principio ne bis in ídem en su STS 716/2018, de 16 de enero.....	7
	1.2. Ratificación de la condena de prisión permanente revisable por parte del Tribunal Supremo al considerar que no se vulnera el principio ne bis in ídem en su STS 367/2019, de 18 de julio	9
	1.3. Caso Gabriel Cruz como fuente de distinción entre la apreciación de la alevosía y la aplicación del artículo 140.1.1º CP por ser la víctima un menor de 16 años.....	10
	2. Supuestos de pluralidad delictiva a la luz de la SAP de Guadalajara 3/2018, de 15 de noviembre.....	12
	2.1. Concurso de normas como alternativa a la vulneración del principio ne bis in ídem.....	13
	2.2. Individualización de la pena en casos de pluralidad delictiva: especial referencia a la imprecisión de la expresión “muertes” del artículo 140.2 del Código Penal.....	14
	3. Dudosa compatibilidad entre la causación de la muerte para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra (artículo 139.1.4 CP) y que el hecho fuese subsiguiente a un delito contra la libertad sexual (artículo 140.1.2 CP).....	16
	3.1. Principio de alternatividad como solución de la Audiencia Provincial de Sevilla en su SAP 6/2019, de 22 de abril.....	17
	3.2. Principio de especialidad como solución propuesta por la Audiencia Provincial de A Coruña en su SAP 197/2019, de 17 de diciembre.....	18
	3.3. La no alusión de la Audiencia Provincial de Barcelona a la compatibilidad de ambos preceptos en su SAP 7/2019, de 4 de marzo	19
	4. Aplicación de una rebaja de la pena según el grado de atenuación a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 137/2019, de 4 de junio y la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao 79/2019, de 23 de diciembre	21
	4.1. Pena inferior en grado aplicada a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 137/2019, de 4 de junio.....	22
	4.2. Concurrencia de una única atenuante según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao 79/2019, de 23 de diciembre	24
	5. Repercusión jurídico-penal de la indeterminación del límite máximo de la pena de prisión permanente revisable para la aplicación de la pena superior en grado y en su mitad superior	26
III.	OTROS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA PARTICIPACIÓN Y EL ITER CRIMINIS	31
	1. Desproporcionalidad de la condena para supuestos de complicidad.....	31
	2. La tentativa y su compleja determinación.....	33
IV.	LA PRISIÓN PROVISIONAL COMO ELEMENTO PROCESAL QUE PRESENTA DISCREPANCIA CON LA PENAS DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....	36
V.	¿NECESIDAD DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE O ALARMA SOCIAL EN LA GÉNESIS DE SU ELABORACIÓN?.....	37
VI.	CONCLUSIONES.....	38
	BIBLIOGRAFÍA	41

RESUMEN

Este trabajo trata de resolver los aspectos polémicos que genera la aplicación de la prisión permanente revisable, a través del estudio jurisprudencial de las sentencias que hasta el momento existen con este fallo condenatorio por parte de los tribunales. Esa problemática es causada por la rigurosa apreciación de la alevosía, la ambigüedad de algunos términos, la compatibilidad de ciertos artículos del Código Penal por falta de especificidad, la indeterminación de un límite máximo de pena como obstáculo en la modificación de la misma, la complicidad, la tentativa y la prisión provisional. A todo ello, se suma un debate sobre el motivo por el que se introdujo esta pena a nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Prisión permanente revisable, estudio jurisprudencial, alevosía, límite máximo, complicidad.

ABSTRACT

The target of this work is to solve the controversial items produced by the application of permanent revisable prison, through jurisprudence study of permanent revisable prison sentences which are available at the moment. This problem is created by the premeditation's evaluation, the uncertainty of some terms, the compatibility of Spanish Penal Code's articles due to absence of specificity, the uncertainty of maximum limit of punishment as obstacle about its modification, the involvement, the attempt and the provisional prison. Moreover, the work includes a discussion about the reason of why this punishment was inserted in our legal system.

Key words: Permanent revisable prison, jurisprudence study, premeditation, maximum limit, involvement.

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor de la Ley 1/2015 de 30 de marzo de 2015, se reformaba el Código Penal de 1995. Dentro de las modificaciones que se introducen en la parte general de Derecho Penal, una de las más esenciales y que constituye los pilares básicos, es la transformación del listado de penas privativas de libertad, introduciendo como novedad la pena de prisión permanente revisable. Esta pena privativa es lo más parecido a una cadena perpetua que existe en nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo así, la máxima pena privativa de libertad del Código Penal español.

Sobre esta materia novedosa existe una amplia literatura doctrinal¹, siendo el asunto más demandado la constitucionalidad de la misma. En el sentido de que plantea dudas en base a la indeterminación de su duración, incompatibilidad con el derecho a la dignidad de las personas². También, haciendo alusión al fin resocializador de las penas³.

Tanto en palabras del Tribunal Constitucional como en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostienen que la prisión permanente es inconstitucional porque vulnera el artículo 15 de la Constitución Española y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Entonces, se pone en tela de juicio si la prisión permanente revisable por el simple hecho de ser revisable, sigue vulnerando estos artículos o si es totalmente constitucional. En opinión de varios autores, esta pena es inconstitucional porque no cumple con los requisitos mínimos exigidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni con los derivados de la dignidad humana (del art. 10.1 CE), ni con la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE. Porque, aunque sea revisable, se mantiene la posibilidad de que sea perpetua y, por tanto inconstitucional. Porque por el hecho de que se contemple la reinserción del reo (en esa revisión) no quita para que se trate de una pena cruel e inhumana. Porque al no poner en manos del reo ni del juez su duración, no reduce los padecimientos psíquicos del reo que genera esa indeterminación. Y, porque la extensión de los plazos previstos para la revisión

¹ Cabe citar entre otros: CASALS FERNÁNDEZ, A.: *La prisión permanente revisable*, Tesis doctoral dirigida por Alonso de Escamilla, A., Universidad CEU San Pablo, 2018; BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La prisión permanente revisable: una aproximación*, en Roca de Agapito, L. (Dir.) *Un sistema de sanciones penales para el Siglo XXI*, 2019, pp. 233-250; ALCALÉ SÁNCHEZ, M^a.: *La prisión permanente revisable: ¿Pena o cadalso?*, Iustel, 2016; RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de la pena de prisión permanente revisable y de larga duración*, Valencia, 2018; CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, 2015.

² En este sentido, FERRER GARCÍA, A.M.: "La prisión permanente revisable a revisión", en Echano Basaldua, J.I. (Dir.), *La reforma al Código Penal a debate*, Bilbao, 2015 p. 1; SERRANO GÓMEZ, A.: "La constitucionalidad de la prisión permanente revisable", en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, 2012; GONZÁLEZ COLLANTES, T.: "¿Sería inconstitucional la prisión permanente revisable?", en *ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, nº9, 2012, pp. 6-23; GARCÍA RIVAS, N.: "Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable", en *Revista General de Derecho Penal*, Nº28, 2017; PRESNO LINERA, M. Á.: "¿Es constitucional la pena de prisión permanente revisable?", en Roca de Agapito, L. (Dir.) *Un sistema de sanciones penales para el Siglo XXI*, 2019, pp. 251-280; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, M^a. I.: *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Madrid, 2016.

³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A, PÉREZ MANZANO, M. y AA.VV.: "Dictamen sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable", en Rodríguez Yagüe, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, 2016, p. 63; ARRIBAS LÓPEZ, E.: "Prisión permanente revisable y reinserción social", en *Diario La Ley*, Nº 9144; MUÑOZ CUESTA, J.: "La prisión permanente revisable: una pena objeto de polémica social", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 938, 2018.

por sí mismos y en ausencia de una regulación penitenciaria específica, no permite esperar ni menores sufrimientos para el condenado ni una expectativa segura de excarcelación⁴.

También existe objeto de duda acerca de la oportunidad de la introducción de la prisión permanente revisable, ya que, para autores como CÁMARA ARROYO y FERNÁNDEZ BERMEJO, la principal razón por la que se introducía esta pena de especial gravedad era la percepción social de la delincuencia especialmente grave. Teniendo así una finalidad de prevención especial positiva⁵. Esta opinión es reforzada con el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal, que justifica 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>>⁶.

Pero, no existe ningún análisis exhaustivo jurisprudencial porque en el tiempo que transcurre desde la entrada en vigor de la norma hasta ahora, únicamente se han dictado catorce sentencias condenatorias a la pena de prisión permanente revisable. Y, son estos catorce casos sobre los que se han ido pronunciando diferentes Audiencias Provinciales e, incluso, en dos de ellos, el Tribunal Supremo, en los que me baso para extraer conclusiones sobre cuestiones dogmáticas que habían quedado obviadas por el legislador a la hora de redactar este tipo de pena, referentes tanto a su determinación como a la ejecución de la misma, para extraer conclusiones.

Estos puntos polémicos nos van a permitir deducir si realmente esta pena ha sido introducida previo examen íntegro por parte del legislador al ser una condena que afecta gravemente a los derechos fundamentales o, si por el contrario, su introducción se produjo en un marco de vacíos legales que provocan que la jurisprudencia sea la encargada de resolverlos. Y, si la aplicación práctica que realmente se le da, engloba todas las figuras contempladas por el Código Penal para castigar por este tipo de pena privativa o, si únicamente se utiliza para penar una serie de delitos concretos en los que el Código Penal ya tenía recursos suficientes para sancionar sin necesidad de aplicar esta nueva pena.

Por ello, antes de analizar estas cuestiones, procedo a hacer un breve resumen de estas catorce sentencias con el fin de tener una base sobre la aplicación práctica que se le está dando y los delitos que se están castigando con pena de prisión permanente revisable.

En 10 ocasiones, se ha utilizado el artículo 140.1.1º del Código Penal para imponer la pena de prisión permanente revisable. Es decir, las víctimas de estos asesinatos han sido víctimas menores de dieciséis años de edad, o se ha tratado de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Concretamente, en 8 de estas, la víctima tenía menos de 16 años de edad y, las otras 2, se trataba de personas afectadas por una enfermedad o discapacidad. En 5 ocasiones, se ha utilizado el artículo 140.1.2º del Código Penal para imponer la pena de prisión permanente revisable. Es decir, que se trataba de un asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. Y, en una ocasión, se ha aplicado además el artículo 140.2 del Código Penal para condenar por este tipo de pena privativa. Es decir, que el reo de asesinato ha sido condenado por la muerte de más de dos personas.

⁴ LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A, PÉREZ MANZANO, M. y AA.VV.: "Dictamen sobre...", cit., pp. 28-33.

⁵ CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La Prisión Permanente Revisable: el Ocaso del Humanitarismo Penal y Penitenciario*, Pamplona, 2016, p.100.

⁶ Anteproyecto de 2012 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Por tanto, hasta el momento, el delito más acusado para castigar por este tipo de pena de prisión, es el asesinato de una víctima especialmente vulnerable (VEV) por razón de edad. Le sigue el delito de asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. Después, el asesinato de una víctima especialmente vulnerable (VEV) por razón de discapacidad o enfermedad. Y, finalmente, nos encontramos con el reo de asesinato condenado por la muerte de más de dos personas.

A día de hoy, no tenemos a ningún condenado a prisión permanente revisable por cometer un asesinato y ser perteneciente a un grupo u organización criminal (art. 140.1.3º CP); ni ningún condenado por un delito contra la Corona consistente en la muerte del Rey o la Reina o Princesa de Asturias (art. 485 CP); ni por un delito contra el Derecho de Gentes, es decir, por delitos de genocidio (art. 607 CP) o por delitos de lesa humanidad (607 bis 2.1. CP). Es decir, que por ahora, la tendencia jurisprudencial es aplicar la condena de prisión permanente revisable únicamente para los delitos hiperagravados del art. 140 CP (con excepción de los cometidos por organización o grupo criminal, que aún no se ha aplicado).

Teniendo en cuenta esto, procedo a analizar las cuestiones problemáticas que plantea la determinación y la ejecución de la misma.

II. RESOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL PARA VARIOS ASPECTOS DE CONTROVERSIA

1. La alevosía y la controversia del *ne bis in ídem* en relación a los delitos comprendidos en el artículo 140.1.1 del Código Penal

El artículo 140.1.1º del CP, introduce una especial agravación de la pena cuando el delito recae sobre alguna de las personas previstas en el mismo. Las personas a las que se refiere son aquellas menores de dieciséis años o aquellas que se consideren especialmente vulnerables por razón de edad, enfermedad o discapacidad.

A lo largo de la jurisprudencia, se han ido planteando algunas dudas por considerar que en algunos casos, se hace referencia a la alevosía regulada en el artículo 22.1ª del CP, en su modalidad de desvalimiento, bajo el mismo hecho que regula el precepto 140.1.1º CP, incurriendo de esta manera en la vulneración del principio *ne bis in ídem* (nadie puede ser condenado doblemente por unos mismos hechos).

El Tribunal Supremo en la STS 716/2018, de 16 de enero, dice que se viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada. Y, menciona que la alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas. Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esa Sala del TS, viene distinguiendo las siguientes:

- Alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

- Alevosía súbita o inopinada, llamada también “sorpresiva”, en la que el sujeto activo, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de la víctima actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. Es el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él.
- Alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (por estar dormida, drogada, ebria en la fase letárgica o comatosa).
- Junto a ellas, la última jurisprudencia, contempla también la modalidad denominada convivencial o doméstica, que en palabras de la STS 527/2012, de 29 de junio, se la ha designado como una modalidad especial de alevosía, basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1289/2009, del 10 diciembre, 16/2012, del 20 enero). Se trata, por tanto, de una alevosía derivada de la relajación de recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona que la víctima convive día a día (STS 39/2017, de 31 de enero; o 299/2018, de 19 de junio).

Recordemos que, la alevosía es una circunstancia que sirve para cualificar un delito de homicidio como asesinato y, por tanto, no tiene aplicación directa para cualificarlo como asesinato hiperagravado del 140. Únicamente, nos permite cumplir el primer requisito del 140, que sea un asesinato. A partir de ahí, se tienen que dar otras circunstancias (mencionadas ya en el correspondiente artículo) para introducirlo dentro de este grupo.

El autor SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, menciona en su comentario a la reforma del Código Penal de 2015, que el problema de la alevosía en su modalidad de desvalimiento viene cuando se trata de la muerte de un niño de muy corta edad (3 o 4 meses) porque este supuesto puede encajar en varios preceptos distintos. Se puede englobar en el artículo 138.2 a), en el 139.1.1º y en el 140.1.1º del Código Penal. Esto es, calificarlo como homicidio agravado, asesinato y asesinato hiperagravado, respectivamente. Todo esto lleva al juez a tener que resolver un concurso aparente de normas penales⁷.

Teniendo en cuenta todo lo dicho, los pronunciamientos judiciales donde encontramos una manifestación al respecto son los siguientes.

1.1. Desestimación de la condena a pena de prisión permanente revisable por parte del Tribunal Supremo al incurrir en vulneración del principio ne bis in ídem en su STS 716/2018, de 16 de enero.

⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: "Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)", en González Cussac, J.L (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* 2ª Edición 2015, Valencia, 2015, p. 35.

Por un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 716/2018, de 16 de enero⁸ respecto al recurso de casación presentado en el caso de Sergio Díaz (uno de los catorce condenados a prisión permanente revisable y el único en el que se ha desestimado la condena).

Sergio Díaz fue condenado el 21 de marzo de 2018 por un delito de asesinato hiperagravado del 140 del Código Penal por asestarle más de treinta puñaladas y diversos golpes con varios objetos a una víctima especialmente vulnerable por razón de discapacidad, produciéndole el resultado de muerte. El día de autos, el acusado se dirigió al domicilio de la víctima y, una vez dentro de la casa, con la intención de acabar con su vida, le asestó numerosas puñaladas y golpes con diversos objetos hasta causarle la muerte. Lo hizo de forma sorpresiva e inesperada. La víctima padecía una discapacidad que le provocaba una alteración del lenguaje y una marcha inestable, por lo que su capacidad de reacción a estímulos era más lenta y torpe. El acusado conocía esta circunstancia.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en su SAP 100/2018, de 21 de marzo⁹, decidió condenarlo a pena de prisión permanente revisable. Tras esto, el imputado se amparó en el recurso de apelación pero, el Tribunal Superior de Justicia decidió desestimarlo.

En este caso, el acusado interpuso recurso de casación alegando que se había incurrido en un error iuris al considerar que no se había aplicado correctamente el sistema escalonado de hipercualificación previsto. Expuso que se había considerado una circunstancia de alevosía en su modalidad de desvalimiento para aplicarle la circunstancia primera del artículo 140.1 CP y así lo entendió también el Tribunal Supremo.

Nos encontrábamos ante dos circunstancias que agravarían el homicidio: alevosía y ensañamiento. La Audiencia Provincial, en su caso, consideró que además se daba el artículo 140.1.1ª del CP por tratarse de una víctima especialmente vulnerable por razón de su enfermedad o discapacidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo desmontó el argumento alegando lo siguiente: <<Lo que realmente define a la alevosía es la eliminación de toda capacidad de defensa por parte de la víctima y, su modalidad de desvalimiento se refiere al aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en el caso de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse>>.

A continuación, explica cuál es la diferencia entre el abuso de superioridad (disminución notable de la posibilidad de defensa) y la alevosía (eliminación total de la capacidad de defensa). Y expone que si media alguna de las circunstancias que cualifican el asesinato (ensañamiento, precio o la muerte para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra), si además concurre alevosía, se aplicaría la pena establecida por el artículo 139.2 (pena de prisión de veinte a veinticinco años). Pero que, paradójicamente, si no se da esta total indefensión que supone la alevosía y la víctima es especialmente vulnerable (lo que se podría equiparar a algunas situaciones de abuso de superioridad, de menor gravedad), tendría una consecuencia penal mayor (prisión permanente revisable) por aplicación del art. 140.1.1ª.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 716/2018, de 16 de enero [Roj: 82/2019].

⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 100/2018, de 21 de marzo [Roj: 61/2018].

En el presente caso, la causación de la indefensión, se fundamenta en que el ataque fue sorpresivo (se abalanzó con un cuchillo sobre el acusado cuando éste estaba solo en la casa) y la especial situación de vulnerabilidad de la víctima por su enfermedad o discapacidad (pues un simple empujón sorpresivo, aunque llevase aparejado la presencia de un cuchillo, no le hubiera generado una total indefensión si la víctima no se viese afectada por una enorme inestabilidad y facilidad de caerse al suelo, por razón de su enfermedad). Por tanto, ambas circunstancias son necesarias para apreciar la alevosía.

Así que, no se puede apreciar la circunstancia del artículo 140.1.1ª de víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad o discapacidad, porque este hecho ya ha sido utilizado para apreciar la alevosía.

Ya lo advirtió el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de Anteproyecto que daría lugar a la reforma realizada por la LO 1/2015, que muchas situaciones que dan lugar a la aplicación del artículo 140.1 tentaban a incurrir en la vulneración del principio *ne bis in ídem*, pues la mayoría de las situaciones (menor de edad o persona especialmente vulnerable) se utilizan también en la alevosía¹⁰.

Por tanto, el Supremo concluye que se le debe imponer al acusado la pena prevista por el artículo 139.2 del Código Penal, que castiga la pena en su mitad superior cuando concurren dos circunstancias de las previstas en el 139.1. Y, por tanto, revoca la pena de prisión permanente revisable al no poderse aplicarle al artículo 140.1.

1.2. Ratificación de la condena de prisión permanente revisable por parte del Tribunal Supremo al considerar que no se vulnera el principio ne bis in ídem en su STS 367/2019, de 18 de julio.

Por otro lado está la Sentencia del Tribunal Supremo de 2019¹¹ respecto al recurso de casación presentado en el caso de Daniel Montaña.

Daniel Montaña fue condenado el 25 de septiembre de 2018 por un delito de asesinato hiperagravado del 140 del Código Penal por arrojar por el balcón a un bebé de diecisiete meses causándole la muerte. El día de autos, el imputado, en medio de un intento de acabar con la vida de la madre de la niña, arrojó, de manera sorpresiva, al bebé por el hueco del cristal del balcón (que previamente había roto) sin que esta pudiera evitarlo.

La Audiencia Provincial de Álava en su SAP 278/2018, de 25 de septiembre¹², condena al sujeto a la pena de prisión permanente revisable. El condenado decide interponer recurso de apelación pero, el Tribunal Superior de Justicia lo desestima.

En este caso, se interpuso recurso de casación alegando, entre otros motivos, que se había vulnerado el principio *ne bis in ídem* y, se utilizó como fundamento, que se había utilizado una misma circunstancia para sancionarla dos veces (exponiendo como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 716/2018, de 16 de Enero). Es decir, que se había utilizado la circunstancia de que la víctima era menor de dieciséis años para apreciar la alevosía y la circunstancia primera del artículo 140.1 CP.

¹⁰ Anteproyecto de 2012 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo 367/2019, de 18 de julio [Roj: 2337/2019].

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava 278/2018, de 25 de septiembre [Roj: 597/2018].

Sin embargo, esta vez, el Tribunal Supremo desestimó el recurso. Para ello, argumentó lo siguiente:

Tenemos que irnos al fundamento de uno y otro precepto. El fundamento de la alevosía (recogida en el art. 139.1 CP) se debe al mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas. Mientras que, el fundamento del art. 140.1.1 CP se basa en la especial protección que deben recibir las víctimas recogidas en este precepto, en relación al presente caso, las víctimas menores de dieciséis años. Por tanto, se trata de dos hechos claramente diferenciados, siendo la alevosía la que cualificaría el homicidio como un asesinato y, que la víctima sea menor de dieciséis años, la que convertiría el asesinato en uno hiperagravado del 140.

Si no hubiese alevosía, no se podría haber cualificado el homicidio como un asesinato y, por tanto, no se podría aplicar el art. 140, sino que se aplicaría el art. 138.2 CP y se castigaría con la pena superior en grado del homicidio. Pero, en el supuesto que nos ocupa, concurren claramente dos modalidades de alevosía (alevosía por desvalimiento y alevosía sorpresiva), por tanto, no hay duda de que concurre la circunstancia alevosa.

Así, se desestimaría el recurso de casación por la correcta punición de dos hechos claramente diferenciados. Es decir, el Tribunal Supremo, considera que en este caso concurre claramente la circunstancia alevosa (además, en dos de sus modalidades anteriormente mencionadas) que cualificaría el delito de homicidio en un delito de asesinato y, además, se da el requisito de que la víctima es menor de 16 años, concurriendo así la circunstancia primera del artículo 140.1 del Código Penal que transforma el asesinato en uno hiperagravado. Por tanto, se ha aplicado correctamente el sistema escalonado de hipercualificación y procede a condenar al acusado como autor de un delito de asesinato del artículo 139.1.1º y 140.1.1º del Código Penal a la pena de prisión permanente revisable.

1.3. Caso Gabriel Cruz como fuente de distinción entre la apreciación de la alevosía y la aplicación del artículo 140.1.1º CP por ser la víctima un menor de 16 años.

La jurisprudencia, a lo largo de los casos a los que se ha enfrentado, se ha seguido decantando por la legalidad de la aplicación del artículo 140.1.1º del Código Penal sin incurrir por ello en la vulneración del principio *ne bis in ídem*. Otro ejemplo de ello, es la SAP 379/2019, de 30 de septiembre¹³, mediante la cual, la Audiencia Provincial de Almería condena a Ana Julia a prisión permanente revisable por el *Caso Gabriel Cruz*. Siendo así, la primera mujer en ser condenada a este tipo de pena privativa.

Ana Julia fue condenada el 30 de septiembre de 2019 como autora de un delito de asesinato con la circunstancia agravante de parentesco a la pena de prisión permanente revisable. Además, en la misma sentencia, se le imputó un delito de lesiones psíquicas respecto a los padres de la víctima y un delito contra la integridad moral respecto a estos últimos.

La acusada era la pareja sentimental del padre de la víctima (niño de 8 años de edad), con el que convivía junto al hijo del mismo cuando a éste le tocaba la custodia. La imputada, engañó al niño, abusando de su confianza, para llevárselo a una finca alejada del núcleo urbano. Allí, lo estampó contra una superficie plana (suelo o pared) y lo asfixió

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 379/2019, de 30 de septiembre [Roj: 599/2019].

tapándole los orificios de la boca y la nariz, provocándole así la muerte. A continuación, cavó una fosa para enterrarlo, rompiéndole post mortem el cúbito y el radio para que cupiese en ella. Durante 11 días fingió afectación por la desaparición del niño. Incluso, llegó a colocar falsamente una camiseta del niño en otro sitio para despistar e involucrar a otra persona.

La Audiencia Provincial se decantó por considerar que se trataba de un delito de asesinato con alevosía consumado del artículo 139.1.1º CP en relación al 140.1.1º del mismo Texto legal.

Convirtieron el homicidio en asesinato alegando la existencia de una muerte alevosa por parte de la acusada, y para ello valoraron el siguiente conjunto probatorio. La acusada tenía una relación sentimental análoga a la matrimonial con el padre de la víctima, relación cuya convivencia era compartida con la víctima cuando a éste le tocaba estar con su padre. El menor, ante la confianza que le proporcionaba la acusada, decidió marcharse con ella a una finca alejada del núcleo urbano. A todo ello se suma que la acusada, por razones evidentes, era consciente de su superioridad respecto del niño que tan solo pesaba 24 kilos y medía 1.30 metros. En esta situación de confianza, alejados del núcleo urbano y tratándose de un niño de tan solo 8 años, la inculpada, de forma totalmente repentina, súbita e intencionada, cogió al menor y lo lanzó contra el suelo o pared. Así, los miembros del Jurado describían la alevosía en su modalidad sorpresiva (golpe repentino) y doméstica (confianza desprendida de la convivencia). No usándose la modalidad de alevosía por desvalimiento, fundada en la edad de la víctima.

A continuación, utilizaron el hecho de ser la víctima menor de dieciséis años para cualificar al asesinato en uno regulado en el 140. Por tanto, en este caso no existe discrepancia alguna, se observa claramente que el fundamento de la circunstancia primera del precepto 140.1 CP nada tiene que ver con la modalidad de alevosía sorpresiva y doméstica que se utiliza para calificar el homicidio como asesinato.

Como he mencionado en otra ocasión, la alevosía sorpresiva se caracteriza por la eliminación total de la posibilidad de defensa fundado en ese carácter sorpresivo de la agresión y la alevosía doméstica se caracteriza por la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que convive la víctima día a día. No estando para nada relacionado con el fundamento del precepto 140.1.1º, referido a la especial protección que deben recibir las víctimas menores de dieciséis años de edad, así como aquellas que sean especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

A tenor de estas tres sentencias, podemos ver la línea que sigue la jurisprudencia a la hora de diferenciar los artículos 139.1.1º y 140.1.1º del Código Penal que, como hemos visto, en algunos casos llega a generar discrepancia. La distinción se apoya en el fundamento de hecho de estos preceptos.

Como hemos visto, siempre es necesario, primeramente, la apreciación de asesinato. En los casos que se da la controversia, suele ser porque el hecho que determina dicha apreciación sea la alevosía, concretamente su modalidad de desvalimiento.

Por ello y como bien se pronuncia el órgano judicial, cuando observamos que únicamente concurre la circunstancia alevosa en su estimación de desvalimiento atendiendo a la edad de la víctima y no existe ningún otro hecho que nos permita argumentar otra modalidad alevosa, hay que llevar cuidado, porque no podemos utilizar la edad de la víctima para aplicar el artículo 22.1 del Código Penal y a la misma vez,

utilizarla para apreciar la circunstancia primera del art. 140.1 CP. Ya que incurriríamos en la violación del principio *ne bis in ídem* (castigando la misma circunstancia doblemente).

Pero, si se da otro requisito que nos permita aplicar la alevosía y, se cumple que la víctima es una de las recogidas en el párrafo primero del 140.1 del Código Penal, se pueden aplicar perfectamente ambos preceptos sin quebrantar el principio *ne bis in ídem*. Ya que, la alevosía transformaría el homicidio en asesinato y, la condición de la víctima lo englobaría en el último precepto mencionado, cumpliendo así, el sistema escalonado de hipercualificación previsto por la ley.

Con todo ello, observamos la primera flaqueza de la regulación de la prisión permanente revisable en atención a la aplicación del apartado 140.1.1º del Código Penal.

Como he expuesto, este apartado regula supuestos que pueden llegar a confusión por el solapamiento de los casos que regula la alevosía del artículo 22.1 CP en su modalidad de desvalimiento. Por referirse a niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, puesto que estos mismos sujetos cumplen las características de los sujetos pasivos que hace mención el apartado 140.1.1º CP al hablar de víctima menor de dieciséis años o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Problemática que no ha sido debidamente contemplada y aclarada por el legislador a la hora de redactar la tipología delictiva que castiga este nuevo tipo de pena de prisión, teniendo que ser la jurisprudencia quien de respuesta a la misma en sus sentencias.

2. Supuestos de pluralidad delictiva a la luz de la SAP de Guadalajara 3/2018, de 15 de noviembre

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 3/2018, de 15 de noviembre¹⁴ regula el Caso de Patrick Nogueira.

Patrick Nogueira fue condenado el 15 de noviembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Guadalajara como autor responsable de un delito de asesinato con alevosía del art. 139.1.1º a la pena de 25 años de prisión, dos delitos de asesinato con ensañamiento y víctima especialmente vulnerable en atención a su edad del art. 139.1.3º en relación con el art. 140.1.1 a la pena de prisión permanente revisable y, por un delito de asesinato con alevosía del art.139.1.1º en relación con el art. 140.2 del CP a pena de prisión permanente revisable.

El día 17 de agosto de 2016, el acusado fue a la vivienda en la que vivían sus tíos con sus dos primos menores. Al llegar, solo se encontraban en la casa su tía y sus dos primos. Cuando su tía estaba fregando los platos en la cocina de reducido espacio y en presencia de los menores, el imputado le asestó, de manera sorpresiva, dos cortes en el cuello con un cuchillo/navaja provocándole la muerte. A continuación, hizo lo mismo con su prima de 3 años y 10 meses de edad, obteniendo también como resultado la muerte de esta. Y, para finalizar, dio paso a reproducir los hechos con su primo de 18 meses de edad, causándole la muerte. Posteriormente, esperó a que su tío llegara a la vivienda y cuando entró por la puerta, le asestó, de forma sorpresiva y sin que pudiera evitarlo, 14

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 3/2018, de 15 de noviembre [Roj: 321/2018].

cuchilladas en el cuello que le provocaron la muerte. Luego, descuartizó el cadáver de su tío y su tía para meterlos en bolsas y cerrarlas con una cinta adhesiva que trajo consigo al lugar de los hechos. Los cadáveres de sus primos no los descuartizó porque cabían directamente en las bolsas. Para terminar, lo limpió todo y se marchó a Brasil (su país de origen) pero, dos meses más tarde regresó a España donde fue detenido.

2.1. Concurso de normas como alternativa a la vulneración del principio ne bis in ídem

Hemos visto el problema que generan los supuestos que cumplen con la modalidad alevosa de desvalimiento y, a su vez, con los requisitos que exige la contemplación del artículo 140.1.1º para aplicar la pena de prisión permanente revisable, por temor a incurrir en la vulneración del principio *ne bis in ídem*.

Sin embargo, este principio se puede volver a ver entre las cuerdas cuando acontece un caso en el que existen varios asesinatos castigados con pena de prisión permanente revisable. Es decir, anteriormente, hemos visto qué ocurre cuando es un único asesinato hiperagravado, pero ahora vamos a ver qué controversia genera la concurrencia de una pluralidad de asesinatos castigados con este tipo de pena privativa de libertad.

Nos apoyamos en el caso mencionado al inicio del epígrafe para resolver esta problemática. La controversia la encontramos, primero, a la hora de calificar los hechos sin incurrir en *bis in ídem*.

El Tribunal jurado considera que estamos ante cuatro delitos de asesinato del 139 del Código Penal. Respecto a las muertes de sus tíos, argumenta que concurre la circunstancia de alevosía debido a que se produjeron de forma sorpresiva y sin que pudieran defenderse. Por otro lado, tenemos la muerte de los menores. En estos, concurre ensañamiento ya que mató a la madre en presencia de los mismos. Y, además se da la circunstancia alevosa en su modalidad de desvalimiento. Ante esta última circunstancia, el Ministerio Fiscal y la acusación solicitan que los hechos se subsuman en el tipo hiperagravado de asesinato de la regla primera del apartado primero del artículo 140 CP pero, la defensa considera que ello implicaría *bis in ídem*. Ante ello, la respuesta que recibe del Tribunal es la siguiente. Según lo expuesto, tenemos que la muerte de los menores se produjo empleando ensañamiento y desvalimiento de las víctimas por razón de edad. Esto nos lleva a un concurso de normas entre el asesinato agravado del 139.2 CP (por concurrir ensañamiento y alevosía) y el asesinato hiperagravado del art. 140.1.1ª (por ensañamiento y ser víctima especialmente vulnerable). Ello se soluciona conforme a las reglas del art. 8.4 del CP¹⁵, aplicando el principio de alternatividad, penando cada una de las muertes como asesinato hiperagravado del art. 140.1.1º puesto que conllevan una pena más grave que el asesinato del art. 139.2., sin que esto incurra en infracción del principio *ne bis in ídem*.

¹⁵ Artículo 8 del Código Penal: *Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.º) El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.º) El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.º) El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.º) En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.*

Así, cuando se esté ante un concurso de normas entre estos dos preceptos, la respuesta jurisprudencial es aplicar el principio de alternatividad, es decir, penando por el precepto más grave.

2.2. Individualización de la pena en casos de pluralidad delictiva: especial referencia a la imprecisión de la expresión “muertes” del artículo 140.2 del Código Penal

Además, en el presente caso, nos encontramos que el Jurado considera al acusado responsable de cuatro muertes que se califican individualmente como asesinatos del art. 139 CP, por lo que procede, a calificar el último de los asesinatos como hiperagravado por aplicación del artículo 140.2 del CP, manteniendo la calificación de asesinato alevoso en relación a la muerte de su tía, y asesinatos hiperagravados del art. 140.1.1º respecto a cada uno de sus primos menores.

Pasamos por tanto, al segundo problema que se nos plantea en este caso: la individualización de las penas. La cuestión es si los diversos asesinatos deben ser sancionados con una única pena de prisión permanente revisable como define la defensa.

El propio apartado 2 del artículo 140 establece que se hará lo previsto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.¹⁶ Entonces, esta pena parece incompatible con lo que dice este último artículo 78.

Imaginemos dos supuestos:

- El primero, un reo de dos o más delitos de asesinato castigado a pena de prisión permanente revisable.
- El segundo, un reo de un delito castigado a pena de prisión permanente revisable por la comisión de un delito de asesinato hiperagravado del art.140.1 y además, tuviera condenas por delitos que sumaran más de quince años.

En el primer caso, no se aplicarían las limitaciones para el acceso al tercer grado fijadas para los supuestos de pluralidad delictiva en los que una de las penas es de prisión permanente revisable. Y, en el segundo caso, sí. Pero, el apartado c de dicho artículo contempla la posibilidad de que el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable.

Ello lleva al Tribunal a concluir que procede imponer por cada uno de los delitos por los que se condena, la pena que le corresponde conforme a su calificación individualizada, y el último será castigado con la pena de prisión permanente revisable por aplicación del artículo 140.2, sin que absorba a los demás.

¹⁶ Artículo 78 bis 1 del Código Penal: *Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento: b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años.*

Artículo 78 bis 2 del Código Penal: *En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido: b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior.*

Por tanto, la respuesta que se deduce de la jurisprudencia, es que en los casos en los que un sujeto infrinja más de un delito castigado con pena de prisión permanente revisable, se le podrá castigar por cada uno de ellos de forma separada, aunque eso implique condenar a varias penas de prisión permanente revisable.

Dejando esto a un lado, hay que analizar bien el contenido del precepto 140.2 CP que dice así <<Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo >>. Pues habla de muertes en sentido genérico pero no especifica si esas muertes deben ser también calificadas como asesinatos o bastaría con que una de ellas sea un asesinato (adquiriendo el sujeto activo la condición de reo de asesinato) y el resto podrían ser homicidios, incluso homicidios imprudentes.

En este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ menciona en su comentario a la reforma del Código penal (2015) *“El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ha señalado, con razón, que el artículo 140.2 CP adolece de una imprecisión que debería ser corregida, pues los términos en los que aparece redactado dan lugar a diversas interpretaciones. Parece que en atención a la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece, debería entenderse que cada una de las condenas por la muerte de las distintas personas deberán ser, individualmente, un asesinato y que las condenas por las diversas muertes, han de establecerse en la misma sentencia. Sin embargo la redacción del precepto permite otras interpretaciones, como por ejemplo que bastaría que solo una de las muertes sea asesinato, que resultarían desproporcionadas con la excepcional pena que establece”*¹⁷.

Conforme a la opinión de CÁMARA ARROYO y FERNÁNDEZ BERMEJO, de poder aplicarse el art. 140.2 en el caso de los homicidios, nos encontraríamos con una falta de sistemática y con un posible conflicto de aplicación respecto al art. 139.4 del Código Penal¹⁸.

Con todo lo dicho, se observa otra debilidad en la regulación de la pena de prisión permanente revisable en la aplicación de su artículo 140.2 del Código Penal. Ya que, si atendemos al contexto literal del propio precepto, al no especificar qué se refiere por “muerte”, utilizaríamos la pena más estricta de todo el ordenamiento jurídico español para castigar, además de delitos de asesinato, delitos de homicidios e, incluso, lo que es peor, homicidios imprudentes.

Imaginemos por tanto un hipotético supuesto en el que un sujeto mata a otro concurriendo las características propias del asesinato (por ejemplo, que concurra ensañamiento). Acto seguido, se da a la fuga y, atropella, por imprudencia grave, con su vehículo a tres viandantes que estaban cruzando por un paso de peatones en ese mismo momento, causando como resultado la muerte de estos. En ese caso, estaríamos hablando, respecto a la primera acción del reo (matar a otro concurriendo ensañamiento), de un delito de asesinato. Por lo que, ya tendríamos la primera característica del artículo 140.2 CP, ser reo de asesinato. Pero, y aquí es donde viene la problemática, posteriormente ha causado la muerte de tres personas más por imprudencia grave. Entonces, respecto a esto último, ¿se le acusaría como reo de homicidio imprudente por la muerte de dichas

¹⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: "Del homicidio...", cit., p. 24.

¹⁸ CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La Prisión...*, cit., p. 132.

personas? o ¿se aplicaría el artículo 140.2 CP por ser ya reo de asesinato y causar la muerte de más de dos personas?

Si el artículo 140.2 CP ha sido pensado para atribuirle una mayor pena a aquel sujeto que tenga un mayor reproche desde el punto de vista jurídico penal, tal y como está planteado en el Texto Legal, no se está cumpliendo con ese requisito porque las penas tienen que ser proporcionales a la culpabilidad del sujeto. Y, para determinar la culpabilidad del sujeto no solo se tiene en cuenta la conciencia y voluntad del sujeto a la hora de realizar el hecho y las circunstancias que acontecen a éste, sino que también se tiene que ponderar la entidad del hecho. Aquí se está utilizando la misma pena, indiscriminadamente, para condenar a un sujeto que realiza un hecho que tiene mayor entidad (asesinato de más de dos personas) que para condenar a un sujeto que realiza otro hecho de menor entidad (homicidio imprudente de más de dos personas).

Nuevamente, tiene que ser la jurisprudencia quien resuelva esta problemática que no ha sido debidamente contemplada por el legislador a la hora de introducir esta nueva modificación en el Código Penal.

3. Dudosa compatibilidad entre la causación de la muerte para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra (artículo 139.1.4 CP) y que el hecho fuese subsiguiente a un delito contra la libertad sexual (artículo 140.1.2 CP)

Otro cambio que introdujo la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, fue la introducción de una modalidad más para la calificación de asesinato, la circunstancia cuarta del artículo 139.1 CP.

Esta modalidad dice que se califica como asesinato matar a otro para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. Es decir, en este precepto se regulan dos modalidades delictivas.

Por un lado, nos encontraríamos con la modalidad de matar a otro para facilitar la comisión de otro delito. Esta variante sería un supuesto de concurso medial de delitos que el Código Penal ha querido castigar de forma independiente (y que ha sido muy criticado por ello).

Y, por otro lado, nos encontraríamos con la modalidad de matar a otro para evitar que el delito se descubra. Sobre ello, MUÑOZ CONDE, dice que esta circunstancia “*plantea dudas respecto a su compatibilidad con la circunstancia 2ª del art. 140,1, que determina la aplicación de la pena de prisión permanente cuando el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual*”¹⁹. También, entre las numerosas críticas referidas a este precepto está la de CARPIO DELGADO. Este destaca dos problemáticas principales. La primera, que la aplicación de este artículo no hace distinción entre la agresión sexual y el abuso sexual (delitos plenamente diferenciados y castigados de forma independiente en el Título VIII del Código Penal). Es decir, equipara unos tocamientos con fines sexuales con una violación. La segunda, que este artículo protege exclusivamente el bien jurídico de la libertad sexual, no abarcando por tanto, la indemnidad sexual²⁰. En cambio, tal y como mencionan CÁMARA ARROYO y

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, p. 40.

²⁰ CARPIO DELGADO, J.: “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, N°8004, Sección Doctrina, 18 de Enero, 2013, p. 4.

FERNÁNDEZ BERMEJO, en la enmienda 390, se creaba el art.140 bis CP, el antecedente de nuestro actual art. 140.1.2º. La regulación se encontraba más definida, aplicando la pena de prisión perpetua revisable únicamente a la conducta delictiva de homicidio concurriendo alguna agresión sexual de las descritas en el art. 179 de este Código²¹, es decir, hace referencia exclusiva a las violaciones.

Cuando esta segunda modalidad, no especifica qué otro delito se intenta que no se descubra, siguiendo las reglas de la lógica, entendemos que engloba todo tipo de delito. Por ello, si nos encontramos en un supuesto en el que un sujeto mata a otro para evitar que un delito contra la libertad sexual se descubra, en principio, podríamos aplicarle este precepto. Sin embargo, este supuesto también sería subsumible dentro de la segunda circunstancia del artículo 140.1 del Código Penal. Pero, no podríamos penar doblemente este hecho por ambos artículos ya que incurriríamos en una vulneración del principio *ne bis in ídem*.²²

A esta inquietud doctrinal, la jurisprudencia menor ha pretendido darle respuesta en los términos que enumero a continuación:

3.1. Principio de alternatividad como solución de la Audiencia Provincial de Sevilla en su SAP 6/2019, de 22 de abril

Para ver de forma práctica cómo la aplicación de estas dos circunstancias puede generar cierta controversia, vamos a utilizar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de abril de 2019²³, es decir, el Caso de Enrique Romay Reina. Esta sentencia fue dictada por la Audiencia Provincial bajo Tribunal Jurado en base a los siguientes hechos probados:

El acusado, abordó de forma sorpresiva a la víctima con la intención de mantener relaciones sexuales forzadas, empleando para ello la fuerza y un arma blanca. Consiguió medio desnudarla pero no penetrarla. Finalmente, como no lo logró, la mató propinándole golpes en cara y cabeza y, varios pinchazos con el arma blanca en abdomen, muslo, cuello, manos y antebrazo, para que no le denunciara.

El supuesto se calificó como un asesinato con alevosía y ensañamiento. En dicha sentencia, se planteó la duda sobre si aplicar el artículo 139.1.4 o el 140.1.2º del Código Penal, debido a que el acusado la mató tras agredirla sexualmente para evitar que lo denunciara. Como hemos mencionado anteriormente, no se pueden aplicar los dos porque vulneraría el principio *ne bis in ídem*, ya que la misma circunstancia agravaría dos veces los hechos.

En este caso, la Audiencia Provincial argumentó que al haberse apreciado ya la concurrencia de las circunstancias 1ª (alevosía) y 3ª (ensañamiento) del artículo 139 CP, la muerte dolosa de la víctima queda ya cualificada con cualquiera de esas dos circunstancias como asesinato. Por tanto, el hecho de haber dado muerte el acusado a la víctima a continuación del delito contra la libertad sexual y como medio para evitar el descubrimiento de la comisión de tal delito contra la libertad sexual, debe determinar la apreciación del subtipo agravado del artículo 140.1.2º del Código Penal (por la aplicación

²¹ CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La Prisión...*, cit., p.100.

²² ESCUDERO MUÑOZ, M.: “La cualificación del asesinato por la circunstancia del art. 139.1.4 CP. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito”, en *Foro FICP*, Nº 2018-2, Septiembre 2018, pp. 256-257.

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 6/2019, de 22 de abril [Roj: 23/2019].

del artículo 8.4º CP²⁴), que sanciona el asesinato en este caso con la pena de prisión permanente revisable. Es decir, la jurisprudencia vuelve a optar por solucionarlo aplicando el principio de alternatividad, castigando por el precepto penal que tenga una pena mayor. Por lo demás, la Audiencia Provincial dice que resulta innecesario para la consideración de los hechos como asesinato y para la aplicación de la pena de prisión permanente revisable, la apreciación también de la circunstancia número 4 del artículo 139.1 CP. Así pues, procede a sancionar al acusado por la pena de prisión permanente revisable sin incurrir en *bis in ídem*.

3.2. Principio de especialidad como solución propuesta por la Audiencia Provincial de A Coruña en su SAP 197/2019, de 17 de diciembre

Otro ejemplo práctico de esta controversia en el que se pronuncia un órgano jurisdiccional sobre el asunto, fue en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de diciembre de 2019²⁵, es decir, el caso de José Enrique (“El Chiclé”).

El acusado aturdió, inmovilizó y metió en el maletero de su coche a la víctima para trasladarla a una nave industrial abandonada con el fin de realizar actos sexuales con la misma. Se produjeron allí dichos actos (pero no se pudieron especificar). Después de agredirla sexualmente, la mató mediante estrangulamiento con una brida plástica. Finalmente, arrojó su cadáver a un pozo cercano lleno de agua dulce.

Al acusado se le condenó como autor responsable de dos delitos: uno de detención ilegal y agresión sexual en concurso medial, con la circunstancia atenuante analógica de confesión; y un delito de asesinato con alevosía cometido para ocultar otro delito y subsiguiente a un delito contra la libertad sexual con la atenuante analógica de confesión.

El objeto de análisis que nos interesa de esta sentencia, es la calificación de los hechos referentes al asesinato con alevosía subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. Puesto que, el Tribunal ha dejado claro por qué se decantó por aplicar el art. 140.1.2º CP y no el 139.1.4º, añadiendo un matiz especial: la apreciación del principio de especialidad.

La Audiencia considera que cuando el acusado acabó con la vida de la víctima, lo hizo concurriendo alevosía, ya que esta no tenía ninguna posibilidad de defensa, al encontrarse en un lugar desconocido para ella, donde nadie podía prestarle ayuda al encontrarse abandonado y separado de otras viviendas; al tener mucha más fuerza física el acusado; y al haberla sujetado este con al menos una brida.

Además, considera que el acusado mató a la víctima para ocultar su agresión sexual. Esta inferencia del jurado, tiene como base la acreditación previa del motivo sexual de la privación de libertad y del traslado a la nave y de la perpetración del delito sexual. La conclusión del jurado resulta plenamente ajustada a máximas de experiencia y a la lógica de los comportamientos esperables tras la realización de actos criminales

²⁴ Artículo 8 del CP: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas. 1º) El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2º) El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3º) El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4º) En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 197/2019, de 17 de diciembre [Roj: 2817/2019].

particularmente reprochables como los considerados probados. Siendo por otra parte coherente este ánimo de ocultar el delito sexual con los actos posteriores del autor de ocultar el propio cuerpo de la víctima en un pozo allí situado.

El carácter de homicidio doloso no genera duda alguna. Respecto a la circunstancia cualificadora de alevosía, tampoco existe discusión posible. No se trata de un simple abuso de superioridad, sino de la ideación premeditada de un contexto de actuación que hacía imposible una defensa real, propia o por el auxilio de terceros, de la víctima y que así fue aprovechado para realizar los delitos cometidos.

La finalidad del acusado al causar la muerte de la víctima, como he mencionado, fue ocultar los hechos constitutivos de un delito contra la libertad sexual que había cometido. Por lo que se da la circunstancia cualificadora del homicidio en asesinato del art. 139.1.4º del CP. También, queda demostrado que el asesinato de la víctima fue subsiguiente al delito contra la libertad sexual, cumpliéndose la proximidad temporal entre las infracciones, dándose así la punición de esta conducta con arreglo al art. 140.1.2º CP.

Una vez establecido todo esto, la Audiencia procede a explicar por qué se decanta por aplicar finalmente el art. 140.1.2º CP en vez del art. 139.1.4º CP. Argumentando que la comisión del asesinato de forma alevosa hace innecesaria la apreciación de la circunstancia cuarta del artículo 139.1 CP puesto que ya hemos cualificado los hechos como asesinato. Así pues, se puede aplicar tranquilamente la forma hiperagravada del art. 140.1.2º CP sin temor a incurrir en la vulneración del principio *ne bis in ídem*.

Pero, y aquí es cuando introduce el matiz, de querer apreciar el subtipo del art. 139.1.4º CP, en ningún caso se hubiera considerado la circunstancia como vulneradora del principio *ne bis in ídem* aplicando el criterio de especialidad (art. 8.1 CP, ya explicado en páginas anteriores), en el entendimiento de que la decisión legislativa significa la atribución de un especial desvalor, a la comisión de la clase específica de delitos prevista en el tipo de asesinato hiperagravado, superior al reproche que la norma atribuye a las conductas del subtipo de asesinato por la relación funcional de la causación de la muerte con cualquier clase de delito.

Es decir, el principio de especialidad hace referencia a que el precepto especial se aplica con preferencia al general. Esto es así porque existen leyes concéntricas, de modo que dentro del círculo mayor se requieren menos elementos que dentro del círculo menor. Los elementos del tipo especial cumplen la hipótesis del tipo general. Si aplicamos esto al supuesto que nos ocupa, el precepto general sería el 139.1.4º y el precepto especial sería el 140.1.2º, puesto que este último cumple la hipótesis del tipo general (matar a otro para evitar que el delito se descubra).

De esta forma, la jurisprudencia resuelve la problemática que genera en este caso la comisión de hechos compatibles tanto con el artículo 139.1.4º como con el artículo 140.1.2º del Código Penal, sin caer en la tentación de sancionar dos veces los mismos hechos.

3.3. La no alusión de la Audiencia Provincial de Barcelona a la compatibilidad de ambos preceptos en su SAP 7/2019, de 4 de marzo

Esta modalidad delictiva también se ve reflejada en la SAP 7/2019, de 4 de marzo²⁶, mediante la cual, la Audiencia Provincial de Barcelona condena a Pablo Catalán como autor de un delito de asesinato con alevosía subsiguiente a un delito contra la libertad sexual a pena de prisión permanente revisable.

El día 19 de diciembre de 2015, Pablo Catalán, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y en situación de prisión preventiva, celebró una fiesta en su domicilio. Todos los asistentes bebieron alcohol y consumieron estupefacientes. El acusado, cuando dichos invitados se habían marchado (excepto la víctima a la que se va a hacer mención a continuación), penetró a la víctima bucal y vaginalmente hasta eyacular, aprovechando la pérdida de consciencia de la misma. Después, la estranguló con sus propias manos hasta causarle la muerte. La víctima, en el momento de los hechos, había perdido la consciencia como consecuencia de la ingesta de alcohol, anfetaminas y ansiolíticos. El acusado tenía sus capacidades intelectivas y volitivas levemente disminuidas por el previo consumo de alcohol y estupefacientes.

El Tribunal calificó tales hechos de la siguiente forma. De una parte, describe un delito de abuso sexual a persona mayor de edad privada de sentido con penetración bucal y vaginal, regulado en el art. 181.1, 2 y 4 del Código Penal. Por otra parte, relata un delito de asesinato con alevosía del art. 139.1.1º CP. Establece que existe alevosía en su modalidad sorpresiva (pues la víctima no podía esperar que, tras la penetración, iba a venir la estrangulación) y en su modalidad de desvalimiento (víctima aturdida, semiinconsciente, que se encuentra en casa ajena, sin posibilidad de defensa). Estas circunstancias alevosas las utiliza el Tribunal para transformar el homicidio en asesinato. Finalmente, en la determinación de la pena, decide subsumir estos dos delitos en la aplicación del artículo 140.1.2º CP y condenarlo a pena de prisión permanente revisable por un delito de asesinato con alevosía subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.

Estas tres sentencias servirían para hacer referencia a la solución por la que se decanta la jurisprudencia en aquellos casos de dudosa aplicación de preceptos por la posible compatibilidad de las situaciones reguladas en el artículo 139.1.4º y el artículo 140.1.2º del Código Penal, sin caer en la violación del principio *ne bis in ídem*. A modo de resumen, la tendencia jurisprudencial para resolver esta problemática ha sido la siguiente:

En el primer caso, la Audiencia Provincial de Sevilla optó por ampararse en el principio de alternatividad del artículo 8.4 del Código Penal. En el segundo caso, la Audiencia Provincial de A Coruña se protegió en la aplicación del principio de especialidad del artículo 8.1 del Código Penal. Y, en el último caso, la Audiencia Provincial de Barcelona decidió aplicar directamente el artículo 140.1.2º CP sin hacer alusión alguna a la posible compatibilidad con el artículo 139.1.4º CP. Como se puede apreciar, la jurisprudencia opta por aplicar soluciones parecidas pero no iguales y, esto se debe a la falta de aclaración por parte del legislador a la hora de incorporar este nuevo precepto (art. 140.1.2º CP) en su reforma del año 2015.

No obstante, esta línea jurisprudencial no resuelve la problemática que plantea CARPIO DELGADO, en lo que respecta a la distinción de agresión y abuso sexual.

En la primera sentencia analizada, se describe un delito de agresión sexual, pues media violencia e intimidación. Sin embargo, en la segunda sentencia no pueden llegar a especificar qué actos de naturaleza sexual se realizaron. Aplicando las leyes de la lógica,

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 7/2019, de 4 de marzo [Roj: 1539/2019].

el jurado se decantó por pensar que se trataba de un delito de agresión sexual ya que el cadáver apareció desnudo e intuyeron que el acusado utilizó la fuerza física para ello. Pero, si no se hubiera podido probar que se trataba de una agresión sexual y se hubieran tenido que decantar por el abuso sexual, hubiera dado lo mismo, ya que la aplicación del artículo 140.1.2º del Código Penal que utilizaron para castigarlo con pena de prisión permanente revisable, como bien dice el autor mencionado, no hace separación entre los diferentes delitos contra la libertad sexual, centrándose únicamente en el resultado producido. Finalmente, en la tercera sentencia, se describe otra de las modalidades descritas en los delitos contra la libertad sexual (abuso sexual a persona mayor de edad privada de sentido con penetración), siendo diferentes a los anteriores y, llevando consigo la misma aplicación práctica del artículo 140.1.2º.

Y, tampoco hace alusión alguna, a la indemnidad sexual²⁷, para aquellos delitos de asesinatos subsiguientes a un delito contra la indemnidad sexual por ser la víctima un menor de 16 años. Un ejemplo de ello, sería el reo que cometiera un delito contra la indemnidad sexual por aplicación del artículo 183.1 CP y, posteriormente, acabara con la vida del menor, mediando ensañamiento, para evitar que el delito se descubra.

Dicha contemplación no resulta muy alejada de la realidad, ya que el Código Penal regula en su Capítulo II bis del Título VII (capítulo introducido, curiosamente, tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015²⁸) los delitos cometidos contra la indemnidad sexual. Y, también contempla en el mismo artículo 140 tan mencionado en este trabajo, la posibilidad de que el asesinato recaiga sobre un menor de dieciséis años de edad. Por ello, la concurrencia de ambas variables sería totalmente factible.

Todo lo descrito en este epígrafe, nos muestra las tres controversias y críticas clave que se le puede hacer a la aplicación del artículo 140.1.2º CP. Por un lado, el no existir una aclaración que nos permita diferenciar la pena a aplicar en aquellos casos en donde se produzca un delito de asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, que se pueda englobar de la misma forma, por las circunstancias aparejadas al hecho, en un delito de asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima. Por otro lado, la falta de especificación al hablar de un delito contra la libertad sexual (no discriminando entre agresión y abuso sexual, delitos que han venido teniendo hasta ahora un reproche jurídico penal diferente). Y, finalmente, la no inclusión de la indemnidad sexual, siendo un bien jurídico que se introduce en el Código Penal al mismo tiempo que este tipo de pena privativa de libertad.

4. Aplicación de una rebaja de la pena según el grado de atenuación a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 137/2019, de 4 de junio y la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao 79/2019, de 23 de diciembre

²⁷ La indemnidad sexual se refiere a la protección de la “seguridad sexual” de determinados sujetos sobre los que se entiende que: no pueden ejercitar su libertad sexual; sobre los que existe el deber de ser especialmente protegidos por entender que son más vulnerables; y que se encuentran más indefensos frente a iniciativas o decisiones de terceros (bien por su edad, situación de enfermedad o incapacidad...). Al ser considerados indefensos o vulnerables, más fácilmente utilizables en el plano sexual, merecen una protección privilegiada incluso aunque presten su propio consentimiento.

²⁸ El Capítulo II bis del Título VII fue introducido tras la Reforma del CP por la LO 1/2015, con la finalidad de agrupar las más graves infracciones sexuales sobre menores de cierta edad, fijada por nuestra legislación en 16 años como respuesta a la alarma social que producen estos delitos.

A la hora de determinar la pena, hay que tener en cuenta el grado de ejecución del delito, el grado de participación del sujeto en el delito y las circunstancias que concurren. Estas circunstancias se conocen como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y lo que hacen es modificar la pena, ya sea aumentando (circunstancias agravantes) o disminuyendo (circunstancias atenuantes) la misma.

Las circunstancias atenuantes, como he expresado, modifican la pena de forma diminutiva, es decir, la atenúan. Estas, están recogidas en el artículo 21 del Código Penal²⁹. Los jueces, tendrán en cuenta la concurrencia de estas circunstancias para establecer la pena a imponer al acusado. Así, el Código Penal establece una serie de reglas generales para la aplicación de las penas, en su Título III en el Capítulo II (*De la aplicación de las penas*), Sección I (*Reglas generales para la aplicación de las penas*), concretamente, en los artículos que versan entre el 61 al 72 CP.

En lo referido a la rebaja de la pena, nos vamos a centrar en las dos cuestiones que dan lugar a conflicto de opiniones: en primer lugar, tenemos la aplicación del artículo 70.4 del Código Penal, que dice “*la pena inferior en grado a la de prisión permanente revisable es la pena de prisión de veinte a treinta años*” y, en segundo lugar, tenemos la concurrencia de una única circunstancia atenuante en una condena por un delito castigado por prisión permanente revisable. A continuación, analizamos cada una de ellas.

4.1. Pena inferior en grado aplicada a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 137/2019, de 4 de junio

Otra de las modificaciones que ha introducido la Reforma del Código Penal de 2015, ha sido la incorporación de un nuevo apartado (apartado 4º) al artículo 70 del Código. En este, se regula la pena inferior en grado para la prisión permanente revisable, dejándola en una pena de veinte a treinta años de prisión.

Esto significa que la pena de prisión permanente revisable se transformaría en una pena de prisión normal, pudiéndole aplicarse por consiguiente, las reglas correspondientes a esta última pena para otorgar el tercer grado, la libertad condicional, la sucesiva rebaja en grados, etc.³⁰

Atendiendo a la aplicación práctica de este artículo, habría que destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 137/2019, de 4 de junio³¹, referente al Caso de Roberto Hernández, quien fue condenado el 4 de junio de 2019 como autor de cuatro delitos de maltrato en víctima especialmente vulnerable que convive con él con

²⁹ Artículo 21 del Código Penal: *Son circunstancias atenuantes: 1ª.) Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2ª.) La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior. 3ª.) La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. 4ª.) La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. 5ª.) La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. 6ª.) La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. 7ª.) Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.*

³⁰ CRUZ BLANCA, M.J.: “Modificaciones en las reglas generales para la aplicación de las penas operadas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal” en Morillas Cuevas L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, pp. 195-196.

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 137/2019, de 4 de junio [Roj: 528/2019].

resultado de lesiones, de un delito de maltrato habitual en domicilio común, de un delito de agresión sexual a víctima menor de 16 años y de un delito de asesinato castigado con pena de prisión permanente revisable. Sin embargo, en este caso, nos interesa el análisis que hizo esta sentencia respecto a la madre de la víctima, condenada como autora por comisión por omisión de tres delitos de maltrato con lesión, delito de maltrato habitual en domicilio común y delito de asesinato. Todo ello, en base a los siguientes hechos probados: <<El acusado entabló una relación sentimental con la madre de la víctima, se fue a vivir con ella y las dos hijas menores de esta última. A lo largo de la convivencia, se registraron numerosas agresiones del acusado hacia la víctima menor (niña de cuatro años de edad de nacionalidad rumana). La madre al principio no fue consciente de tales agresiones pero, finalmente, participaba encubriéndolas (las agresiones iban en escalada de ira y gravedad ascendente) debido al grado tan alto de dependencia que tenía sobre el victimario. El día 2 de agosto de 2017, la madre se marchó a trabajar dejando a ambas niñas con el acusado (tras manifestar la menor de ellas que no quería quedarse con el sujeto). Minutos más tarde, Roberto penetró vaginalmente a la menor de 4 años de edad y, tras ello, la golpeó en distintas ocasiones en cabeza, frente, cuello y otras partes del cuerpo, provocándole una parada cardio-respiratoria de la que acabó muriendo al día siguiente en el hospital>>.

El jurado concluyó que la motivación principal de estas agresiones hacia la niña era el odio que tenía el acusado hacia las personas de nacionalidad rumana. Como he mencionado, nos interesa esta sentencia desde el punto de análisis de la determinación de la pena de la madre de la víctima, también condenada en esta resolución judicial.

Pero, antes de introducir esta cuestión, enlazo este caso con el epígrafe anterior, ya que los hechos descritos narran un delito contra la indemnidad sexual de la menor (tiene menos de 16 años, por lo que el Código Penal aún no la considera poseedora de libertad sexual), seguido de un asesinato. Al terminar el epígrafe antecedente, mencioné como uno de los vacíos que deja el legislador sin establecer en el artículo 140.1.2º, la no alusión a los asesinatos subsiguientes a delitos contra la indemnidad sexual. Artículo que el Tribunal Jurado utiliza, en este suceso, para condenar al acusado a pena de prisión permanente revisable, a pesar, de proteger en este el bien jurídico de la libertad sexual. Esto nos demuestra, que esta circunstancia debe ser regulada en el ya mencionado precepto, para ajustarlo más a la realidad de la sociedad.

Una vez aclarado esto, vuelvo al objeto de análisis de este apartado, la rebaja particular en la determinación de la pena de la madre de la víctima. Para ello, es necesario analizar en primer lugar, la determinación de la pena del acusado.

En el referido caso, el Tribunal Jurado considera a Roberto como autor criminalmente responsable de los hechos descritos y, en todos ellos le aplica la circunstancia agravante de odio del artículo 22.4 CP³², al ser la motivación principal de sus actos, el odio hacia las personas de nacionalidad rumana. Esto provoca que se le imponga la pena en su mitad superior (según el art. 66.1.3 CP³³). Así, la Audiencia, condena al acusado como autor de cuatro delitos de maltrato en víctima especialmente vulnerable que convive con él, con resultado de lesiones a 1 año de prisión; por el delito

³² Artículo 22.4 del Código Penal: *Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*

³³ Artículo 66.1.3º del Código Penal: *Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.*

de maltrato habitual en domicilio común, le condena a 3 años de prisión; por el delito de agresión sexual a víctima menor de 16 años, le imputa 15 años de prisión más inhabilitación absoluta; y, finalmente, por el delito de asesinato concurriendo alevosía y ensañamiento, además del tipo agravado del art. 140 del Código Penal, por las circunstancias 1 y 2, la pena a imponer es la prisión permanente revisable.

Por su parte, la Audiencia Provincial considera a la madre de la víctima autora por comisión por omisión respecto a los tres delitos de maltrato con lesión, al delito de maltrato habitual en domicilio común y al delito de asesinato. De todos estos delitos, nos interesa el delito de asesinato por el que se condenó a Roberto a pena de prisión permanente revisable. A la hora de individualizar la pena, se observa como a la madre de la víctima se le aplica la pena inferior en grado de la prisión permanente revisable. La Audiencia Provincial, para poder realizar tal rebaja de la pena, argumenta que sobre la acusada concurren dos circunstancias atenuantes analógicas. De un lado, la atenuante analógica de obcecación, regulada en el art. 21.7 del Código Penal respecto al 21.3 del mismo Texto Legal, por la fuerte dependencia que tenía hacia el acusado, basándose en las siguientes pruebas: la mujer quería a su hija y tenía una buena relación con ella, pero pese a las agresiones que el acusado ejercía sobre esta última, mantuvo la convivencia con el mismo e, incluso, ocultó dicha convivencia cuando se hicieron cargo del caso los servicios sociales (lo antepuso a su hija). De otro lado, la atenuante analógica de confesión, ya que colaboró con la Policía y el juzgado en el esclarecimiento de los hechos. Así pues, el Tribunal Jurado decide aplicar el artículo 66.1.2º del Código Penal. Dicho artículo, establece que *“cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”*.

Por tanto, la Audiencia Provincial se acoge a este precepto para imponerle la pena inferior en un grado a la pena de prisión permanente revisable por su participación como autora por comisión por omisión en el asesinato de la menor, puesto que se daban estas circunstancias atenuantes analógicas ya mencionadas. En consecuencia, se aplicó la pena inferior en grado prevista para la prisión permanente revisable, estableciendo finalmente en el fallo de la Sentencia, la imposición de veinticinco años de prisión para la acusada.

Este caso, pone de manifiesto cómo, a pesar de no tener la prisión permanente revisable un límite máximo, el legislador sí que ha previsto la posibilidad de aplicar la atenuación en un grado de este tipo de pena privativa de libertad. Estableciendo este límite atenuado en el artículo 70.4 del CP.

4.2. Concurrencia de una única atenuante según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao 79/2019, de 23 de diciembre

Por otro lado, planteamos qué pasaría si concudiese únicamente una circunstancia atenuante en un condenado a prisión permanente revisable.

La regla general establecida para la concurrencia de una única circunstancia atenuante la tenemos referenciada en el artículo 66.1.1ª del Código Penal. Dicho precepto menciona que para los delitos en los que concorra una única circunstancia atenuante, se aplicará la pena en la mitad inferior a la fijada para tal delito.

La cuestión es determinar cómo opera esta regla de medición de la pena cuando la pena impuesta es precisamente la pena de prisión permanente revisable. Y, a ello viene

a dar respuesta concretamente la Audiencia Provincial del Tribunal Jurado de Bilbao de 2019 en el Caso Ada de la Torre, en su SAP 79/2019, de 23 de diciembre³⁴.

Ada de la Torre fue condenada el 23 de diciembre de 2019 como autora de un delito de asesinato comprendido en el artículo 140.1.1º del CP a la pena de prisión permanente revisable conforme a los siguientes hechos probados: <<La acusada es la madre de la víctima. Ada, suministró a su hija de nueve años de edad una cantidad masiva de medicamentos, cantidad suficiente para ser letal. Cuando la niña ya había ingerido tales medicamentos, la asfixió con una almohada para asegurarse su muerte. Posteriormente, la madre tomó la misma cantidad de medicamentos con la intención de acabar con su vida pero no lo consiguió>>.

El Tribunal le aplicó la circunstancia agravante mixta de parentesco, la agravante de ser víctima menor de 16 años (que se usó para aplicar la circunstancia 140.1.1º CP que transformó el asesinato en uno hiperagravado) y la circunstancia atenuante analógica de confesión. Por otra parte, la defensa pidió una rebaja de la pena pero la Audiencia Provincial la desestimó. Las razones en las que se basa para su desestimación son dos.

En primer lugar, informa de que la circunstancia atenuante que concurre es en grado analógico (art. 21.7 CP) y, además, no concurre la circunstancia segunda del artículo 66.1 del Código Penal (que no se aprecien más circunstancias agravantes, que en el supuesto que nos ocupa, sí se dan y, se suma que la entidad de la atenuante es muy débil).

En segundo lugar, la Audiencia Provincial dice que, entonces, solo nos quedaría la posible aplicación del artículo 66.1.1ª (la aplicación de la pena en su mitad inferior). Pero, destaca que nos encontramos ante un delito castigado con pena de prisión permanente revisable y, que el Código Penal no define esta pena. El artículo 35 del Código, se limita a decir que se trata de una pena privativa de libertad. Y, el artículo 36 del mismo cuerpo legal, cuando concreta las penas máximas y mínimas de las penas de prisión, únicamente se refiere a la prisión permanente revisable para limitar los aspectos de su revisión.

Nos encontramos pues, ante una ausencia de determinación y definición de la pena concreta en sí. Esto impide, que la atenuación simple pueda tener efecto en la determinación de la pena. El legislador no otorga margen al órgano de enjuiciamiento, estableciendo que cuando concorra alguno de los requisitos previstos en el artículo 140 del CP, automáticamente ha de imponerse la pena de prisión permanente revisable y que su revisión se decidirá muchos años después, siendo así una pena única de imposición imperativa.

Por tanto, como hemos visto del análisis de estas dos sentencias, la jurisprudencia solo se decanta a aplicar la pena inferior en grado de la prisión permanente revisable pero no aplica la atenuación en el caso de producirse una única circunstancia puesto que, el Código Penal no prevé la pena en su mitad inferior para la prisión permanente revisable y, no se pueden aplicar los términos normales para cualquier otra pena privativa al no estar definido el límite máximo de esta pena particular.

Tal y como hace mención GALLEGO DÍAZ, el proceso de determinación de la pena consta de tres fases. En la primera, el juez, de acuerdo con los hechos, determina el marco penal genérico que resulta aplicable al sujeto penalmente responsable de la

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao 79/2019, de 23 de diciembre [Roj: 2785/2019].

conducta delictiva, siempre de forma proporcional a la gravedad que en abstracto merece el delito (se refiere a la pena establecida para cada tipo delictivo en el Código Penal, por ejemplo, la del delito de homicidio oscila entre los 10 y 15 años de prisión). En la segunda fase, el juez procede a concretar aquel marco abstracto en otro más reducido, dentro del cual, ha de moverse la pena exacta que se determine en la sentencia. Se trata de una fase de individualización de la pena dirigida a proporcionar la pena a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor en función de las concretas variables que presente el delito (entre estas variables se encuentran las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal). Y, la tercera fase, supone ya la fijación de la extensión exacta de la pena a la que el juez ha de condenar al culpable en la sentencia (la pena que establece el órgano enjuiciador en el fallo de la sentencia)³⁵.

Entonces, el hecho de que la pena de prisión permanente revisable no tenga un límite mínimo y máximo establecido como el resto de penas (no cumpliendo así con la primera fase de la determinación de la pena), sumado al hecho de que el legislador ha eludido la apreciación de una posible rebaja de la pena en su mitad inferior o, incluso, la pena inferior en dos grados (no teniendo en cuenta las circunstancias que nos permiten concretar la pena en la segunda fase de la determinación de esta), nos lleva a castigar a aquel sujeto que ha cometido el delito concurriendo circunstancia atenuante de la misma forma que al sujeto que ha cometido el delito sin que concurra circunstancia modificativa alguna. Esto supone un claro perjuicio para el reo y va en contra de los criterios establecidos para la determinación de la pena, constituyendo de esta forma, otra debilidad de la aplicación práctica de la pena de prisión permanente revisable.

5. Repercusión jurídico-penal de la indeterminación del límite máximo de la pena de prisión permanente revisable para la aplicación de la pena superior en grado y en su mitad superior

La pena de prisión permanente revisable es, hasta el momento, la máxima pena privativa de libertad de nuestro ordenamiento jurídico y se debe a su indeterminación temporal.

Hasta la introducción de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, la mayor pena del ordenamiento penal español, según el artículo 76 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, era de 20 años de prisión, con las excepciones previstas³⁶.

La Ley Orgánica 1/2015, introdujo una nueva excepción a dicho artículo en su apartado e). Este precepto recoge que cuando el sujeto haya sido condenado por dos o

³⁵ GALLEGO DÍAZ, M.: "La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Criterios de determinación legal y factores de individualización judicial.", en Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria, Nº 87-88, mayo-diciembre, 2010, pp. 432-433.

³⁶ Las cuatro excepciones que establece el artículo 76 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal son: Una pena máxima de 25, cuando el condenado lo hubiera sido por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. Una pena máxima de 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. Una pena máxima de 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. Una pena máxima de 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis de este Código.

Por tanto, en lo que a la prisión permanente revisable se refiere, el artículo 76, que hasta el momento había regulado los límites máximos de privación de libertad, no se pronuncia al respecto y da paso a los artículos 92 y 78 bis del Código Penal.

El artículo 92³⁷, también fue objeto de reforma con la nueva ley orgánica. En este, se regulan los requisitos que debe cumplir el condenado para que el tribunal acuerde la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable. Por lo que, deja nuevamente sin establecer el límite máximo de prisión permanente revisable, únicamente dicta los requisitos para poder solicitar la suspensión de la ejecución de la pena, no siendo ello suficiente para acotar tal límite.

Por su parte, el artículo 78 bis³⁸ fue otra de las modificaciones introducidas con la Ley en cita. Este precepto se encarga de regular el progreso a tercer grado del sujeto que haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por ley con pena de prisión permanente revisable. Y, también el acceso a tercer grado de condenados a prisión permanente revisable por delitos de terrorismo o que guarden relación con organizaciones o grupos terroristas. Es decir, nuevamente deja de lado la fijación de un límite máximo para la condena de prisión permanente revisable.

El hecho de que no se haya alcanzado un acuerdo para fijar un límite máximo para tal pena privativa de libertad, ha generado controversia en la regulación de diversos aspectos que trataré a continuación analizando la línea que sigue la jurisprudencia menor en tres de sus sentencias.

Como hemos mencionado en diversas ocasiones, el hecho de que el límite máximo de la pena de prisión permanente revisable no esté determinado, genera numerosos problemas a la hora de su aplicación práctica.

En el epígrafe anterior, hemos visto qué ocurría en la atenuación de esta pena. Sin embargo, ahora nos planteamos qué ocurriría en el hipotético caso de que se pudiese imponer la pena superior en grado de la prisión permanente revisable. Imaginemos el caso de que una persona sea condenada por un delito relacionado con el terrorismo (de los castigados con este tipo de pena privativa) y contase con reincidencia cualificada. El Código Penal, no prevé ninguna pena superior en grado y, en opinión de LÓPEZ PEREGRÍN, no tendría sentido que la hubiese porque no es posible subir en grado esta pena.

El problema que se plantea la autora, es que se diese el caso de que se pudiese aplicar de forma simultánea circunstancias que dan lugar a la pena superior e inferior en grado (por ejemplo, cómplice con reincidencia cualificada)³⁹. El Código Penal, sí que recoge la inferior en grado, prevista la pena de prisión de 20 a 30 años. Pero, una vez que aplicamos esta inferior en grado, ¿cómo aplicaríamos la superior en grado?

El artículo 70.3.1º del Código Penal, dice que si la pena determinada fuera la de prisión, entonces, su duración máxima será de 30 años. Entonces, si aplicando la inferior en grado de la prisión permanente revisable, ya nos encontramos con este tope de 30 años,

³⁷ Artículo 92 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal.

³⁸ Artículo 78 bis de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal.

³⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable” en “*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194” N° 20-30, 2018, p. 18.

no podríamos volver a subir la pena a prisión permanente revisable, porque estaríamos diciendo que la pena superior en grado de 20 a 30 años de prisión, sería la prisión permanente revisable y, eso no está previsto legalmente.

Así, el artículo 66.3 del Código Penal recoge que para aquellos supuestos en los que concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, se aplicará la pena en su mitad superior de la que fije la ley para el delito. Este precepto, en principio aplicable a todas las penas privativas de libertad, vuelve a generar controversia en su aplicación a la pena de prisión permanente revisable por no tener un límite máximo establecido.

A este supuesto se refiere la SAP de Pontevedra 42/2017, de 14 de julio de 2017⁴⁰, en el Caso de David Oubel.

David Oubel fue condenado el 14 de julio de 2017 por la Audiencia Provincial de Pontevedra como autor de dos delitos de asesinato cualificados con alevosía y agravados por el hecho de que las víctimas son menores de dieciséis años concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de prisión permanente revisable.

Describiendo el contexto a partir de los hechos probados, tenemos lo siguiente. El día de autos, el sujeto suministró a sus dos hijas menores (4 y 9 años de edad) *Nordiazepam*, *Oxacepam* y *Tizadinina*. A continuación, les hizo unos cortes profundos en el cuello con una sierra eléctrica y las degolló con un arma blanca monocortante, provocándole con todo ello el resultado de muerte. Mientras realizaba las agresiones, puso la música a todo volumen y bloqueó las puertas de entrada y salida de la vivienda. La hija pequeña (4 años de edad) no mostró resistencia. En la hija mayor (9 años), sí se observaron signos de lucha y, por ello, la ató con cinta americana de la que no pudo escapar.

El Tribunal Jurado consideró que los hechos probados eran constitutivos de dos asesinatos consumados del artículo 139.1.1º en relación al 140.1.1º del Código Penal. Concorre asesinato porque se da la circunstancia alevosa, debido al bloqueo de las salidas escapatorias, el suministro de fármacos y al hecho de ser sus hijas, que desprende confianza sobre estas. Pero, lo que es más importante y lo que nos interesa en este apartado de análisis, es que consideraron que concurría la circunstancia mixta de parentesco como circunstancia agravante.

Por tanto, estamos en un caso en el que el sujeto es condenado por dos delitos de asesinato cualificados con alevosía y agravados por ser víctimas menores de 16 años, en el que concurre una circunstancia agravante. Si tomamos como referencia lo mencionado por el artículo 66.3 del Código, se le debería haber impuesto la pena en su mitad superior por tales delitos, al concurrir una única circunstancia agravante. Pero, nos volvemos a encontrar con la dificultad de no tener un límite máximo definido para tal pena. Así pues, la Audiencia Provincial, decidió condenarlo únicamente a pena de prisión permanente revisable. Por lo que, observando esto, podemos ver como la jurisprudencia no se decanta por aplicar ningún tipo de pena superior a la pena de prisión permanente revisable.

Otro ejemplo de esta línea jurisprudencial, es la SAP de A Coruña 484/2018, de 16 de octubre de 2018⁴¹, en el Caso de Marcos Miras.

Marcos Miras fue condenado el 16 de octubre de 2018 por la Audiencia Provincial de A Coruña, como autor responsable de un delito de asesinato cualificado con alevosía

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 42/2017, de 14 de julio de 2017 [Roj: 1325/2017].

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 484/2018, de 16 de octubre de 2018 [Roj: 1647/2018].

y agravado por el hecho de que la víctima era menor de 16 años, concurriendo las agravantes de parentesco y de género, en concurso medial con un delito de lesiones psíquicas a su ex mujer, a la pena de prisión permanente revisable, amparándose en los siguientes hechos probados: <<El acusado contrajo matrimonio en 2005 con la madre, con la cual, tuvo a la víctima (hijo de ambos). Se separaron en 2008 y el acusado nunca aceptó la ruptura, prueba de ello las continuas amenazas y mensajes de acoso que recibía la madre a lo largo de los años. El día 7 de mayo de 2017 (dos días después de haber recogido al niño en el punto de encuentro familiar, ya que le tocaba la custodia ese fin de semana), se llevó al niño de 11 años de edad a un lugar boscoso y alejado. Allí, le propinó varios golpes en la cabeza con una pala de obra hasta causarle la muerte. Luego, cavó un hoyo para enterrarlo pero, finalmente, lo dejó a la intemperie>>.

El Tribunal Jurado, calificó los hechos como un delito de asesinato consumado del art. 139.1.1º en relación al 140.1.1º del CP. Utilizando la alevosía para convertir el homicidio en asesinato y, la condición de que la víctima tenía menos de 16 años, para englobarlo dentro del 140. Además, sobre tal asesinato, decidieron que se daban dos agravantes. Por un lado, la circunstancia mixta de parentesco y, por otro, la circunstancia de ejecutar el hecho por razones de género.

Antes de continuar, me detengo para analizar la circunstancia agravante de género. Curiosamente, esta agravante se introduce también en el Código Penal con la Ley Orgánica 1/2015 en su artículo 22.4. Tal artículo, mencionado en vez anterior, hace referencia a *aquellos casos en los que se comete el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*

Esta circunstancia, presenta dificultad en su aplicación práctica. Por esta razón, procedo a exponer la línea que ha seguido la jurisprudencia menor de A Coruña para apreciarla: <<En el caso de autos, el Jurado estimó probado por unanimidad que el acusado ejecutó la muerte de su hijo por razones de dominación y desprecio sobre la mujer, en concreto sobre la que había sido su esposa. La prueba de la concurrencia de la agravante se basa en: la declaración de la testigo/víctima sobre la vida que llevó durante su matrimonio y con posterioridad tras su separación del acusado, el temor que le infundía su ex marido porque pensaba que la iba a matar a ella (sin embargo, nunca pensó que acabaría con la vida del hijo de ambos); en las declaraciones de dos testigos (siendo uno de ellos el hermano de la mujer, el cual recibió en 2016 un mensaje amenazante del acusado vía Facebook) que confirmaron de manera coincidente el temor que la mujer le tenía al acusado, motivo por el que no iba sola a ningún lugar; y en los informes psiquiátricos del acusado (tuvo puntuaciones significativas en la escala “narcisista” y en la de “agresivo-sádico”) y de la madre de la víctima (indica que esta presenta elementos como indefensión aprendida, asunción de una actitud evitativa, justificación de los comportamientos de su pareja, sentimientos de culpabilidad y de infravaloración) que muestran una relación de pareja asimétrica. De tales pruebas, el Tribunal considera que se desprende una específica motivación del acusado, que no aceptó la ruptura de la relación y que reaccionó causando la muerte de su hijo para dañar de la forma más cruel que estaba a su alcance a su ex mujer y precisamente en un día tan significativo (día de la madre)>>.

Observamos pues, como en este caso, concurren dos circunstancias agravantes. A tenor, del ya mencionado artículo 66.3 CP, deberíamos aplicar la pena en su mitad superior de la estipulada por la ley. Pero, al tratarse de un delito castigado con pena de

prisión permanente revisable, el órgano judicial se decanta nuevamente por aplicar tal pena de prisión sin ninguna objeción a la aplicación de la misma en su mitad superior.

Finalmente, un año más tarde, tenemos la SAP 83/2019, de 25 de abril⁴² por la que la Audiencia Provincial de Toledo condena a José Rafael como autor de un delito de asesinato del art. 139.1.1º del Código Penal concurriendo las circunstancias agravantes de ser la víctima especialmente vulnerable por su enfermedad y discapacidad del art. 140.1.1º del Código Penal, con la agravante de parentesco y de género.

<<El 5 de febrero de 2017, el acusado, molesto con su mujer por entrar en la habitación donde este se encontraba, la insultó (“hija de puta, zorra, te voy a matar”). Media hora después, coge un cuchillo y va al salón donde su mujer se encontraba, la tira al suelo y le asesta dos puñaladas mortales. La víctima padecía de la enfermedad de Menier, que le impedía moverse y prácticamente valerse por sí misma. Ambos, acusado y víctima, tenían una relación de convivencia de 11 años>>.

El Tribunal Jurado decidió calificar los hechos como un delito de asesinato del artículo 139.1.1º, 140.1.1º y 140 bis del Código Penal. Para englobar los hechos en un delito de asesinato, el Tribunal considera que concurre alevosía (por la eliminación total de la posibilidad de defensa por parte de la víctima) en dos de sus modalidades. De un lado, su modalidad de desvalimiento, por el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima debido a la invalidez que le produce su enfermedad. Y, de otro lado, su modalidad doméstica, debido a la relajación por parte de la víctima de sus recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona que convive día a día con ella. Es decir, la víctima no se podía esperar que su marido, con el que tenía una relación de convivencia de 11 años, le iba a provocar la muerte. Quedando la primera circunstancia reservada para englobar los hechos en el precepto 140.1.1º.

Además, se le atribuye al acusado, dos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: la agravante de parentesco (por estar agresor y víctima unidos en matrimonio y acontecer el delito en el marco de estas relaciones) y la agravante de género.

Nuevamente, aparece la agravante de género del artículo 22.4 CP y la jurisprudencia opta por su aplicación fundamentándolo en que <<en alguna ocasión anterior al día de los hechos, el acusado había mostrado actitudes machistas dirigidas no solo a su mujer sino a las mujeres del núcleo familiar (esposa, cuñada y suegra), siendo ataques verbales en su mayoría, y en una ocasión, violencia física contra su mujer a quien cogió del cuello provocándole un desmayo debido a la hipersensibilidad que le provocaba su enfermedad, sin realizar estas conductas contra los hombres de la familia. Además, como el acusado no explica por qué mató a su mujer, los episodios de degradación con insultos machistas (tales como “puta”, “zorra”) que refieren la madre y hermana de la víctima, así como el intento de agresión, que más que un intento fue una agresión porque dado el estado de hipersensibilidad de la víctima en la parte izquierda de su cuerpo, permiten deducir que en los últimos tiempos de matrimonio, el acusado despreciaba a su mujer considerándola inferior y víctima propicia para su dominio>>.

Por tanto, de esta SAP de Toledo 83/2019, de 25 de abril y de la SAP de A Coruña 484/2018, de 16 de octubre (vista anteriormente) observamos la línea que sigue la jurisprudencia para apreciar esta nueva circunstancia agravante introducida con la

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 83/2019, de 25 de abril [Roj: 418/2019].

reforma de 2015. Siguiendo siempre una línea conductora sobre hechos ocurridos en un marco temporal amplio que nos lleva a la conclusión de que tales hechos fueron cometidos por motivos de género.

Volviendo al tema principal del epígrafe, agravación de la pena de prisión permanente revisable, ya hemos visto en las dos sentencias anteriores qué debería pasar si concurren dos circunstancias agravantes respecto a lo que dice el artículo 66.3 CP pero, nuevamente, la jurisprudencia decide castigar estos hechos con pena única de prisión permanente revisable.

Así, a través de estas tres sentencias vemos como la pauta que sigue la jurisprudencia guarda relación con lo que dijo LÓPEZ PEREGRÍN y, únicamente castiga por pena de prisión permanente revisable, sin alusión a la agravación a la hora de dictaminar el fallo de la resolución judicial (no estableciendo la pena superior en grado y en mitad superior para este tipo de pena privativa de libertad). Esto significa que el quantum de la gravedad de la pena no admite graduación. Tal apreciación resulta contraria a los principios informadores del Derecho, concretamente, al principio de proporcionalidad de la pena que advierte que esta debe ser proporcional a la culpabilidad del reo.

Como aludí en la introducción de las circunstancias atenuantes, para determinar la culpabilidad del acusado no solo se tiene en cuenta la conciencia y voluntad del sujeto a la hora de realizar el hecho y las circunstancias que acontecen a este (en esta ocasión, las circunstancias agravantes), sino que también se tiene que ponderar la entidad del hecho. Si atendemos a lo establecido para la pena de prisión permanente revisable, daría igual que concurren circunstancias agravantes o no porque el quantum de la pena es el mismo haya o no circunstancias que supuestamente pueden agravar la pena. Es decir, que aunque haya un plus de antijuridicidad, aunque la conducta tenga un mayor desvalor, la pena va a ser la misma que si no hubiese concurrido ninguna circunstancia agravante.

Ya nos advertía el legislador cuando denominó a este tipo de pena privativa de libertad con el calificativo de permanente, que en palabras de la Real Academia Española, algo permanente significa que no tiene limitación de tiempo. Por tanto, algo que no tiene limitación, no puede alargarse aún más.

III. OTROS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA PARTICIPACIÓN Y EL ITER CRIMINIS

1. Desproporcionalidad de la condena para supuestos de complicidad

Cuando nos referimos a la ejecución del delito, encontramos delitos que son ejecutados únicamente por una sola persona (el autor del delito) pero, también es posible encontrarnos con delitos que son ejecutados por una pluralidad de personas, en las que cada una de ellas asume un grado de participación distinto.

ZULGADÍA ESPINAR, considera que son partícipes los que intervienen dolosamente en un hecho que es dominado por otro. Así, podemos desglosar dos aspectos clave de la esencia de la participación criminal: por un lado, no tener el dominio del hecho en el que se interviene y, por otro lado, actuar dolosamente (por lo que no es posible la participación imprudente). En la participación, se reconocen tres modalidades: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad (siendo esta última en la que me voy a centrar). Además, es importante tener en cuenta que la participación es accesoria

respecto de la autoría, es decir, que exige siempre un hecho ilícito (típico y antijurídico) doloso en el que participar. Y, la responsabilidad del partícipe va a abarcar solo hasta donde llegue su dolo⁴³.

Como he dicho, el aspecto que voy a analizar es la figura del cómplice por ser otro aspecto que puede generar polémica cuando se relaciona con la prisión permanente revisable. La complicidad se recoge en el artículo 29 del Código Penal y se refiere a ella de la siguiente forma: <<*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*>>. Cuando habla de artículo anterior, se refiere al precepto 28 del CP que regula la autoría.

Son dos las bases de la complicidad. La primera de ellas, dice que el cómplice actúa de acuerdo con el autor, por lo que es necesario que exista un conocimiento entre el autor material de los hechos y el cómplice. Esto no quita que a veces no sea necesario ese conocimiento, como es el caso de los delitos de omisión⁴⁴. La segunda de ellas, menciona que la participación del cómplice tiene que ser anterior a la consumación del delito, por lo que si el delito ya está consumado, sería encubrimiento (artículos 451 y ss. del CP)⁴⁵ pero no complicidad. Además, para que la complicidad sea condenada como tal debe ser considerada importante para la comisión del delito y guardar una relación de causalidad con este.

En lo que a la pena de prisión permanente revisable respecta, tenemos que el Código Penal habla en su artículo 140 de la figura del autor del delito, pero no hace referencia alguna a la figura del cómplice. Por tanto, ante la falta de referencia literal, podríamos interpretar que se puede aplicar la norma general regulada en el artículo 63 del mismo Código. Dicho artículo establece que la pena que se le debe imponer a un sujeto que se ajuste a este grado de implicación sería la pena inferior en grado a la establecida por la Ley para los autores del mismo delito.

Hemos visto en el epígrafe anterior que la pena inferior en grado contemplada para la prisión permanente revisable es aquella comprendida entre la marca temporal de veinte a treinta años. Por tanto, teniendo en cuenta todo esto, en principio, al cómplice de un delito de los castigados con pena permanente revisable se le castigaría con pena de prisión de veinte a treinta años.

Ahora, hay que establecer un análisis comparado respecto al artículo 139 del CP para entender dónde está el aspecto que genera problemas, tal y como establece BORJA JIMÉNEZ al decir que *“Aunque ciertamente los crímenes sancionados con la prisión permanente revisable son, en grado sumo, graves y execrables, la asignación de una pena de prisión de veinte a treinta años al cómplice podría calificarse como muy severa. Pues, por su propia definición, esta clase de participación es accesoria y no necesaria, de tal forma que su protagonismo en el hecho es muy inferior al que corresponde al autor. Esta desproporción punitiva se observa en la siguiente comparación: el autor de un delito de asesinato común del art. 139 es castigado con la pena de prisión de quince a veinte años,*

⁴³ ZULGADÍA ESPINAR, J.M.: "Autoría y participación" en Zulgadía Espinar, J.M. (Dir.) y Moreno-Torres Herrera, M.R. (Coord.), Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Valencia, 2015, p. 28.

⁴⁴ Son delitos de omisión aquellos delitos en los que se ordena actuar en un determinado sentido castigando el no hacerlo. (Por ejemplo: el delito de omisión del deber de socorro del art. 195 CP, referente *al que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, que será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*)

⁴⁵ Artículos 451 y siguientes del Código Penal.

*mientras que al cómplice de un asesinato agravado se le impone la privación de libertad de veinte a treinta años*⁴⁶.

Para entender mejor la reflexión de este autor, vamos a basarnos en la línea de atenuación que siguen el delito de homicidio y sus formas (tipo básico, tipo agravado y tipo hiperagravado) de los artículos 138, 139 y 140 del Código Penal.

- La pena prevista para el autor de un delito de homicidio de tipo básico (art. 138 CP) es de pena de prisión de 10 a 15 años y, de forma coetánea, la que corresponde al cómplice de este mismo delito (la pena rebajada en un grado) sería la pena de prisión de 5 a 10 años menos 1 día.
- Por su parte, la pena prevista para el autor de un delito de asesinato (que tiene un mayor desvalor que el delito de homicidio) es de 15 a 25 años de prisión (art. 139 CP) y, para el cómplice del mismo sería de 7 años y 6 meses a 15 años menos 1 día.

Aquí observamos cómo, a pesar de que al delito de asesinato se le reconoce un mayor reproche jurídico-penal, la pena establecida para el cómplice del mismo nunca será superior a la del autor del tipo básico del delito de homicidio (delito de menor entidad). Esto guardaría relación con la característica accesoria que tiene la figura del cómplice, nunca equiparable al mayor protagonismo del autor, aun cuando hablemos del tipo cualificado del delito.

- No obstante, la pena prevista para el autor de un delito de asesinato hipercualificado (art. 140 CP) es la de prisión permanente revisable y, como hemos visto, para el cómplice del mismo, sería la pena de prisión de 20 a 30 años.

Aquí es cuando surge el debate, porque la pena establecida para el cómplice llegaría a rebasar la prevista para el autor del tipo cualificado, otorgando así más protagonismo a la figura del cómplice, a pesar de ser su participación meramente accesoria.

Entonces, si el legislador estaba siguiendo una línea tendente al menor reproche del cómplice en el delito del tipo básico y del tipo agravado, ¿por qué deja esto de lado y otorga un reproche mucho mayor al del tipo hiperagravado? ¿Se debe a la gravedad que caracteriza a este tipo de delitos o se debe a la no reflexión por parte del legislador sobre la figura del cómplice?

2. La tentativa y su compleja determinación

Llamamos "*iter criminis*" al camino que sigue el delito. En ocasiones, un delito puede constituirse como un acto simple que tiene lugar en un momento concreto (por ejemplo, A le hace algo a B y B lo mata) pero, en la generalidad de los casos, esto no es tan fácil. Así, en el camino que va desde que un sujeto se plantea la acción criminal a

⁴⁶BORJA JIMÉNEZ, E.: "Reglas generales de aplicación de las penas (arts. 66, 66 bis, 70 y 71" en González Cussac, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. 2ª Edición. 2015*, Valencia, 2015, p. 262.

realizar hasta que la ejecuta, se pueden distinguir dos fases: la fase interna (no punible) y la fase externa (punible).

- La fase interna pertenece al fuero intrínseco de la persona y se caracteriza por estar constituida por actos preparatorios no punibles. En esta fase, encontramos la ideación o deliberación del delito.
- La fase externa es la manifestación de la resolución criminal. Esta fase está constituida por los actos preparatorios punibles (conspiración, proposición, apología), la tentativa y la consumación del delito.

Por tanto, ubicamos la tentativa en la fase externa y punible del *iter criminis*.

El Código Penal, recoge la tentativa en su artículo 16.1. Así, establece que “*hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*”⁴⁷.

La tentativa se ha venido aplicando a diferentes tipologías delictivas comprendidas en el Código Penal, entre los cuales, se encuentran los delitos del Título I (Del homicidio y sus formas). Entonces, si la tentativa se ha ido aplicando a los delitos de homicidio y asesinato, en principio, no parecería imposible preverla también para el tipo hiperagravado del asesinato (art. 140 CP).

El problema surge cuando nos vamos a la consecuencia jurídica que tiene la determinación de tentativa, es decir, cuál va a ser su pena individualizada. Esta aplicación de la pena, se concreta en el artículo 62 del Código. Dicho precepto establece que la pena que debe imponerse para los autores de tentativa de delito es la inferior en uno o en dos grados a la señalada por Ley para el delito consumado.

Por tanto, volvemos a establecer cuál es la pena inferior en grado para prisión permanente revisable, establecida por el ya mencionado artículo 70.4, por el cual se establece que se trataría de una pena de prisión que oscila entre los veinte y treinta años.

Todo esto, nos permite concluir que se podría apreciar la tentativa en la prisión permanente revisable, puesto que tiene su pena inferior en grado prevista.

De hecho, en el artículo 485 del CP, que regula el delito de regicidio, en su apartado tercero establece que si tales delitos se cometiesen en grado de tentativa, supondría la aplicación de la pena inferior en un grado⁴⁸. El delito de regicidio, es otro de los delitos castigados con penas de prisión permanente revisable por lo que, si se puede aplicar en este caso la tentativa, también se puede aplicar para otros delitos castigados con este tipo de pena privativa de libertad, como es el caso del asesinato hipercualificado del 140 CP, el delito de genocidio del 607 CP y el delito de lesa humanidad del 607 bis CP.

⁴⁷ Artículo 16.1 del Código Penal.

⁴⁸ Artículo 485 del CP: “1.) *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. 2.) El que matare a cualquiera de los ascendientes o descendientes del Rey o de la Reina, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años, salvo que los hechos estuvieran castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código. Si concurrieran en el delito dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años. 3.) En el caso de tentativa de estos delitos podrá imponerse la pena inferior en un grado*”.

Cabe señalar que la apreciación que hace el artículo 485.3 CP es que la tentativa supondría la rebaja de la pena en un único grado, a pesar de que el artículo 62 CP que regula la tentativa, establece que la aplicación es de la pena inferior en uno o dos grados atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. Por tanto, el legislador ya no da la posibilidad de que se pueda apreciar esta rebaja de la pena en un segundo grado.

En este sentido hacía la crítica DEL CARPIO DELGADO, estableciendo que tal precepto estaba redactado de forma imperativa <<se castigará>>, no dando la posibilidad al órgano sentenciador de rebajar la pena en dos grados, en el caso de ser coherente tal rebaja con el grado de peligro del intento y el grado de ejecución que hubiese alcanzado el sujeto con su conducta. Así, propone que el legislador se ajuste a lo establecido en el artículo 62 del CP y el artículo 16 del Anteproyecto⁴⁹, en relación a la tentativa. Ofreciendo como solución la reelaboración del artículo 485.3 CP para que incluya en su redacción las palabras <<se podrá imponer>>, para que quede en manos del órgano decisor la rebaja de la pena en uno o en dos grados según ese grado de peligro y ejecución ya mencionado⁵⁰.

Para finalizar este epígrafe, hago una reflexión sobre el grado de dificultad que supone la aplicación de la tentativa en algunos tipos penales penalizados con prisión permanente revisable.

En el delito de regicidio (art. 485 CP) ya narrado, sería más fácil su aplicación, porque cuando un sujeto intenta acabar con la vida del monarca o cualquier otra persona recogida en ese precepto, en su intención se subsume acabar también con lo que esa figura representa. Así pues, si inicia los actos de la ejecución del delito (por ejemplo, dispararle) pero por actos externos al reo, no consigue causarle la muerte (ya sea porque le de en una parte del cuerpo no vital o ya sea por alguna otra causa), es perfectamente aplicable la tentativa.

Sin embargo, esta tentativa sería muy discutible en otros delitos castigados con la pena de prisión permanente revisable, como es el caso de los asesinatos hipercualificados en el artículo 140 CP. Este precepto exige que el reo asuma ciertas circunstancias a la hora de cometer el asesinato.

- Primero, que haya tenido la intención de cometer un asesinato (para ello, tiene que haber intentado acabar con la vida de otra persona concurriendo alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139 CP).
- Segundo, tiene que haber intentado cometer tal asesinato asumiendo otra serie de requisitos especiales que prevé el artículo 140 CP.

Así, serían muchas las circunstancias que deberían quedar probadas para condenar a alguien por delito de asesinato hipercualificado en grado de tentativa. Pero, si este delito exige haber acabado con la vida de una persona dándose tales características y en una tentativa ni se ha llegado a acabar con la vida de esa persona, ¿la pena de prisión de 20 a

⁴⁹ Artículo 16 del Anteproyecto de 2012 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁰ DEL CARPIO DELGADO, J.: “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”, en *Diario la ley*, Nº 8004, Sección Doctrina, Enero, 2013.

30 años no sería desproporcionada en relación a la verdadera gravedad que ha supuesto el hecho?

IV. LA PRISIÓN PROVISIONAL COMO ELEMENTO PROCESAL QUE PRESENTA DISCREPANCIA CON LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Otra dificultad que tiene el no haber definido el límite máximo en la prisión permanente revisable, es la determinación del tiempo que el supuesto acusado por este tipo de pena privativa puede pasar en prisión provisional.

La prisión provisional, regulada en el Capítulo III del Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim.), es una medida consistente en la privación de libertad del investigado o encausado, que puede ser adoptada durante la tramitación de un proceso penal⁵¹.

De acuerdo con lo expresado en el artículo 504 de la LeCrim., la duración de la prisión provisional no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad fuera superior a tres años. El presupuesto para que esto ocurra es que la prisión provisional se hubiera decretado con alguno de estos tres fines: asegurar la presencia del investigado en el proceso cuando exista riesgo de fuga, evitar que el investigado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima o evitar que el investigado cometa otros hechos delictivos. Siguiendo con el artículo 504, observamos que la prisión permanente revisable encaja en el límite de dos años establecido para los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a tres años.

Cobra especial interés la última mención que hace este artículo 504 en su apartado segundo, diciendo que la prisión provisional se podrá alargar hasta el límite de la mitad de la pena efectiva impuesta por la sentencia, cuando el investigado hubiese recurrido. Pero, en la prisión permanente revisable, es muy difícil calcular cuál es la mitad de la pena, al no estar definida.

Es una problemática que ya se ha dado en la práctica, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 89/2017, de 21 de marzo⁵², que aborda el caso de Sergio Díaz, ya que en el Fallo de la Sentencia, se hace referencia a la prisión provisional. Concretamente, dice lo siguiente: *<<Para el cumplimiento de la pena principal, procede abonarle el tiempo en que por esta causa haya estado privado de libertad, siempre que no haya sido hecho efectivo en otro proceso, acordándose mantener la situación de prisión provisional para el acusado al amparo del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que faculta para prorrogar la situación de prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta, caso de ser recurrida la sentencia>>*.

No consta en ninguna de las sentencias (ni en la de la Audiencia Provincial, ni en la del Tribunal Supremo) el tiempo exacto en el que estuvo el condenado en prisión

⁵¹ Guía Jurídica Wolters Kluwer (https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjcxNDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAuCEHdTUAAAA=WKE).

⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 89/2017, de 21 de marzo [Roj: 61/2018].

provisional debido a los recursos interpuestos, pero, sí que se observa como la Audiencia Provincial aludió en su fallo al artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que puede deducirse con certeza de que hubo discrepancia a la hora de establecer ese límite de mitad de la condena efectiva, por tratarse de una condena a prisión permanente revisable y, que como mencionamos anteriormente, tal límite máximo no esté estipulado.

Para terminar este epígrafe, decir que la prisión provisional no es el único aspecto alejado del Derecho Penal que ha encontrado conflicto con la pena de prisión permanente revisable. También existen otros aspectos penitenciarios y procesales que presentan dificultad a la hora de ser aplicados en sujetos condenados a penas de prisión permanente revisable, como es el caso del acceso a tercer grado⁵³, los permisos de salida⁵⁴, la suspensión de la pena⁵⁵ y la libertad condicional⁵⁶. Pero, al no haber encontrado respuesta a estos en las catorce sentencias analizadas, se escapa del objeto de mi trabajo y, por tanto, no voy a tratarlo.

V. ¿NECESIDAD DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE O ALARMA SOCIAL EN LA GÉNESIS DE SU ELABORACIÓN?

Muchos detractores de la aprobación de la prisión permanente revisable, como FRANCISCO BLANCO y CABRERA GALEANO, creen que constituye una opción de política legislativa asentada en el Derecho Comparado, y que ha sido tomada por el legislador debido al contexto de alarma social ante crímenes mediáticos de extrema gravedad, a pesar de la existencia de otras opciones político-criminales eficaces⁵⁷.

Entre otros argumentos en contra de este tipo de pena privativa de libertad, menciona la innecesidad de la misma debido al bajo porcentaje de comisión de este tipo de delitos. Parecería razonable que el Gobierno hubiera querido introducir este tipo de pena privativa más estricta, debido a un aumento notable de los delitos de esta naturaleza y la insuficiencia de las penas que había hasta el momento. Sin embargo, tal y como se establece en el Informe del CGPJ, *“España, no destaca precisamente por la incidencia de los delitos contra la vida humana independiente y, de ahí que la instauración de la PPR no parece que obedezca a la necesidad de poner freno, mediante un mayor grado de disuasión penológica, a una escalada desmesurada de esta clase de delitos”*⁵⁸.

Para ello, hay que observar las estadísticas recogidas acerca de estos datos. En primer lugar, vamos a coger la información estadística que plasma la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en sus estadísticas sobre la población reclusa. Para poder analizar el delito que nos ocupa y acorde con la referencia que nos da dicho órgano, estudiamos los datos acerca de los delitos de homicidio y sus formas penadas por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ya que es la ley que estaba en vigor en

⁵³ CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Prisión permanente revisable II” en González Cussac, J.L., *“Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015), 2ª Edición”*, p. 72.

⁵⁴ GÁLVEZ JIMÉNEZ, A.: “La aplicación de la prisión permanente revisable. Ex LO 1/2015, de 1 de julio” en *“Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia”* Volumen 18, Mayo 2018, p.14-15.

⁵⁵ TRAPERO BARREALES, M.A.: *“El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de la libertad”* Madrid, 2017, pp. 470-472.

⁵⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Prisión permanente...”, cit., p. 73 ”.

⁵⁷ FRANCISCO, D. Y CABRERA, M., “La prisión permanente revisable: algunas notas.” *Revista de la Universidad Complutense de Madrid*, diciembre, 2015, p. 10.

⁵⁸ Informe al Anteproyecto de 2012 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 44.

las fechas que nos vamos a fijar. Cabe resaltar, que estas estadísticas no nos dan un reflejo real de los delitos de asesinatos y, concretamente, de los especialmente graves, pero nos sirve como primer marco de orientación.

Nos fijamos en el escalón temporal que va del año 2012 hasta el año 2015, para tener un antecedente estadístico de estos delitos a la reforma de 2015 del Código Penal.

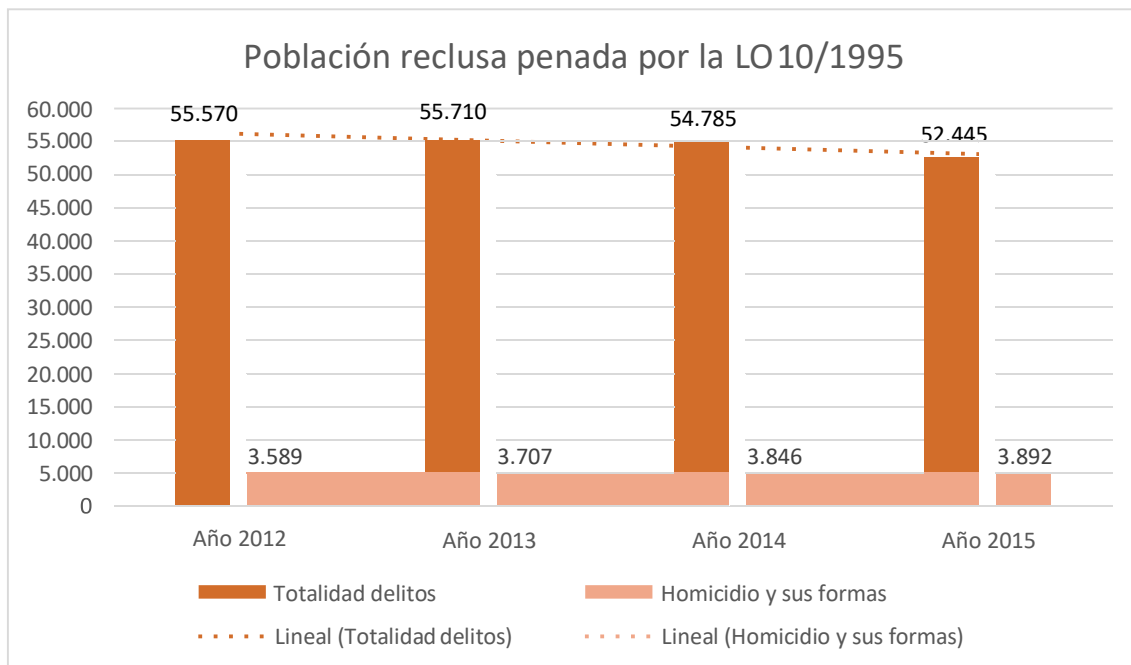


Ilustración 1. Datos obtenidos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

Como podemos comprobar, el porcentaje de ocurrencia de estos delitos en los años que nos ocupan, se mantiene ligeramente constante. Observándose únicamente un ligero crecimiento de los mismos del año 2012 al año 2014. Sin embargo, si tenemos como referencia de comparación la totalidad de los delitos cometidos en todas sus categorías delictivas, los condenados por delito de homicidio y sus formas, son una ínfima parte de la misma.

Si hasta ahora, todas las condenas por delitos a los que se le ha aplicado la pena de prisión permanente revisable, están relacionados con asesinatos (asesinato de un menor, persona discapacitada, asesinato subsiguiente a delitos contra la libertad sexual y pluriasesinatos) y atendiendo a estos datos, no son delitos que tengan mucha prevalencia en España, parece que la incorporación de la prisión permanente revisable al Código Penal en su reforma de 2015, ha sido motivada por la alarma social que genera estos crímenes tan mediáticos y sensacionalistas.

VI. CONCLUSIONES

En base a lo analizado, observamos que la prisión permanente revisable encuentra numerosos problemas de aplicación práctica por la insuficiencia de aclaración por parte del legislador:

- 1) En los supuestos en los que la víctima es un niño de corta edad, anciano debilitado, enfermo grave o persona inválida, puede producirse un solapamiento de los

preceptos 140.1.1º y 22.1 del Código Penal al ser las características de los sujetos pasivos coincidentes con ambos artículos y no estar claramente diferenciadas.

- 2) En la elaboración del artículo 140.2 del Código Penal, el legislador comete el fallo de no precisar el término muerte al que se refiere. Lo que lleva a sancionar por la pena más grave de todo el ordenamiento español, no solo delitos de asesinato, sino también supuestos de homicidios (dolosos e imprudentes), por ser el único presupuesto claramente definido que el sujeto activo sea un reo de asesinato (asesinato que ha sido cometido con anterioridad a este nuevo homicidio).
- 3) Las tres objeciones a las que se enfrenta el artículo 140.1.2º del Código Penal. La primera objeción, no existir una aclaración por parte del legislador que permita discriminar sin término de duda qué supuestos entran en la regulación del artículo 140.1.2º CP (*“que el asesinato fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”*) y qué supuestos en el artículo 139.1.4 CP (*“el asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”*). La segunda objeción, que castigue con la misma pena toda clase de delitos contra la libertad sexual, cuando el Código Penal ya venía haciendo distinción entre ellos (agresión sexual y abuso sexual), atribuyéndole una pena diferente a cada uno. Y, la tercera objeción, la no alusión a los delitos cometidos contra la indemnidad sexual, que deriva de la no adaptación de la norma a la sociedad actual.
- 4) La no importancia a las circunstancias que rodean al hecho a la hora de determinar la culpabilidad del acusado, puesto que el legislador únicamente se ha planteado la rebaja en un grado de la prisión permanente revisable. Por tanto, en el resto de casos en los que se realiza el hecho típico que tiene como consecuencia la prisión permanente revisable, la pena será la misma, independientemente del mayor o menor reproche jurídico penal que tenga. Una vez que se determina este tipo de pena privativa de libertad, no hay ninguna variable que nos permita modificarla hacia arriba y, hacia abajo, solo procedería si es para atenuarla en un grado (fuera quedan los casos en los que proceda la rebaja de la pena en dos grados o en su mitad inferior).
- 5) La desproporcionalidad de la pena que le atribuye al cómplice de un delito castigado con pena de prisión permanente revisable, por seguir el legislador una línea tendente a pensar que el cómplice debía recibir un menor reproche penal (plasmándolo así en el delito de homicidio de tipo básico y de tipo agravado) y apartándose de esa línea de pensamiento cuando entra a regular el tipo hiperagravado que aborda la pena de prisión permanente revisable sin incluir ninguna explicación racional que lo justifique.
- 6) La dificultad que supone la apreciación de la tentativa en los delitos castigados con la pena de prisión permanente revisable, siendo esta dificultad mayor en el caso de los asesinatos hipercualificados del artículo 140 del Código Penal.
- 7) La complejidad de determinar el tiempo que un acusado por prisión permanente revisable puede pasar en prisión provisional, por ser una pena que no tiene definido su límite máximo. Y otros aspectos penitenciarios y procesales, no

tratados en este trabajo, que generan debate a la hora de aplicarlos a este tipo de pena privativa de libertad.

Todas estas claves que el parlamentario ha dejado sin resolver en manos de la jurisprudencia, unidas a la poca prevalencia de este tipo de delitos en España, me lleva a concluir lo siguiente:

De un lado, que es más que cuestionable la necesidad de haber introducido la pena de prisión permanente revisable, pues se ajusta más a una alarma social⁵⁹ (la tendencia social es pensar que si se agravan las penas, disminuyen los delitos, cuando no es así). El legislador ya tenía a su disposición los recursos penales suficientes como para condenar por una pena grave sin necesidad de acudir a la pena de prisión permanente revisable, que por propia definición, es incongruente (si algo es permanente significa que es definitivo y, por tanto, no puede ser revisado). Entonces, si no es permanente, a lo mejor ya se tenían todos los recursos que se necesitaban.

Y, de otro lado, que es una pena que realmente no ha sido meditada de forma suficiente por el legislador (dándole a esta pena un tratamiento sesgado), teniendo como consecuencia el perjuicio constante del reo. Esto se observa claramente, por la cantidad de aspectos relevantes que obvia el legislador (vistos a lo largo del trabajo), teniendo que ser la jurisprudencia quien intente poner solución a los mismos.

⁵⁹ Anteproyecto de 2012 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entre los motivos que generaron la creación de la pena de prisión permanente revisable, menciona: *“La necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia hace necesario poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”*.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÉ SÁNCHEZ, M^a.: *La prisión permanente revisable: ¿Pena o cadalso?*, Iustel, 2016.

ARRIBAS LÓPEZ, E.: “Prisión permanente revisable y reinserción social”, en *Diario La Ley*, N° 9144, 2018.

BERNAL DEL CASTILLO, J.: La prisión permanente revisable: una aproximación, en Roca de Agapito, L. (Dir.) *Un sistema de sanciones penales para el Siglo XXI*, 2019.

BORJA JIMÉNEZ, E.: "Reglas generales de aplicación de las penas (arts. 66, 66 bis, 70 y 71" en González Cussac, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. 2ª Edición. 2015*, Valencia, 2015.

CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La Prisión Permanente Revisable: el Ocaso del Humanitarismo Penal y Penitenciario*, Pamplona, 2016.

CARPIO DELGADO, J.: La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal, *Diario La Ley*, N°8004, Sección Doctrina, 18 de Enero, 2013.

CASALS FERNÁNDEZ, A.: *La prisión permanente revisable*, Tesis doctoral dirigida por Alonso de Escamilla, A., Universidad CEU San Pablo, 2018.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Prisión permanente revisable II”, en González Cussac, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015)*, 2ª Edición, Valencia, 2015.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, 2015.

CRUZ BLANCA, M.J.: “Modificaciones en las reglas generales para la aplicación de las penas operadas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal” en Morillas Cuevas L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015.

DEL CARPIO DELGADO, J.: “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”, *Diario la ley*, N° 8004, Sección Doctrina, Enero, 2013.

ESCUADERO MUÑOZ, M.: “La cualificación del asesinato por la circunstancia del art. 139.1.4 CP. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito”, *Foro FICP*, N° 2018-2, Septiembre 2018.

FERRER GARCÍA, A.M.: "La prisión permanente revisable a revisión", en Echano Basaldua, J.I. (Dir.), *La reforma al Código Penal a debate*, Bilbao, 2015.

FRANCISCO, D. Y CABRERA, M.: "La prisión permanente revisable: algunas notas", *Revista de la Universidad Complutense de Madrid*, Diciembre 2015.

GALLEGO DÍAZ, M.: "La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Criterios de determinación legal y factores de individualización judicial.", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, Nº 87-88, mayo-diciembre, 2010.

GÁLVEZ JIMÉNEZ, A.: "La aplicación de la prisión permanente revisable. Ex LO 1/2015, de 1 de julio", *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Volumen 18, Mayo, 2018.

GARCÍA RIVAS, N.: "Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable", *Revista General de Derecho Penal*, Nº28, 2017.

GONZÁLEZ COLLANTES, T.: "¿Sería inconstitucional la prisión permanente revisable?", *ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, nº 9, 2012.

JUANATEY DORADO, C.: "Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable", *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A, PÉREZ MANZANO, M. y AA.VV.: "Dictamen sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable", en Rodríguez Yagüe, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, 2016.

LÓPEZ PEREGRÍN, C.: "Más motivos para derogar la prisión permanente revisable", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* Nº 20-30, 2018.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Valencia, 2015.

MUÑOZ CUESTA, J.: "La prisión permanente revisable: una pena objeto de polémica social", *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 938, 2018.

PRESNO LINERA, M. Á.: "¿Es constitucionalidad pena de prisión permanente revisable?", en Roca de Agapito, L. (Dir.) *Un sistema de sanciones penales para el Siglo XXI*, 2019.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de la pena de prisión permanente revisable y de larga duración*, Valencia, 2018.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, M^a. I.: *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Madrid, 2016.

SERRANO GÓMEZ, A.: “La constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, 2012.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: "Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)", en González Cussac, J.L (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* 2ª Edición 2015, Valencia, 2015.

TRAPERO BARREALES, M.A.: “*El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de la libertad*” Madrid, 2017.

ZULGADÍA ESPINAR, J.M.: "Autoría y participación" en Zulgadía Espinar, J.M. (Dir.) y Moreno-Torres Herrera, M.R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015.