

# **LA EVOLUCIÓN DEL ASESINATO**

**Ivette Gili Cortillas**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**dirigido per el Dr. GONZALO QUINTERO OLIVARES**

**Grado de Derecho**



**UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI**

**Tarragona  
2014**



## Índice

I. Introducción .....	Pág. 1
II. Evolución histórica del delito de asesinato en su tipificación .....	Pág. 3
a) Los 10 mandamientos (1250 AC).....	Pág. 3
b) Las doce tablas (450 AC).....	Pág. 4
c) Lex Cornelia de Sicaris et Veneficis (81 AC) .....	Pág. 5
d) Las Partidas de Alfonso X El Sabio (1265).....	Pág. 6
e) Novísima Recopilación (1805) Libro XII .....	Pág. 7
III. Evolución de los distintos códigos penales	
a) El actual Código Penal de 1995. Que queda en relación a los anteriores códigos .....	Pág. 8
b) Código Penal 1822 .....	Pág. 10
c) Código Penal 1848 .....	Pág. 14
d) Código Penal 1870 .....	Pág. 15
e) Código Penal 1973 .....	Pág. 16
IV. Análisis del delito de asesinato del Código Penal de 1995.....	Pág. 17
a) La supresión del parricidio e infanticidio del Art. 139 y su actual tipificación .....	Pág. 17

b) La supresión de las circunstancias de premeditación, inundación, incendio, veneno o explosivo del art. 139 y su actual tipificación .....	Pág. 23
c) Análisis de las actuales circunstancias	
i. Alevosía .....	Pág. 27
ii. Precio, recompensa o promesa .....	Pág. 35
iii. Ensañamiento .....	Pág. 37
V. Crítica al Proyecto de la Ley orgánica de 20 de setiembre de 2013 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.....	Pág. 49
a) Lo que se mantiene del Código Penal de 1995.....	Pág. 50
b) Lo que entra .....	Pág. 51
i. Objetivo .....	Pág. 53
ii. Subjetivo	
1. Por la persona .....	Pág. 57
2. Por el motivo .....	Pág. 59
c) Las reglas especiales concursales.....	Pág. 61
i. Las penas imponibles en los delitos de asesinato .....	Pág. 63
VI. Conclusiones.....	Pág. 67
VII. Jurisprudencia relevante.....	Pág. 70
VIII. Bibliografía.....	Pág. 72
IX. Web grafía .....	Pág. 74

## RELACION DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

- a.C.: antes de cristo
- P.: Página
- Ex: Éxodo
- DRAE: Diccionario de la Real Academia Española.
- Art.: artículo
- CP: Código Penal
- STS: Sentencia Tribunal Supremo
- RJ: referencia jurídica
- Tít.: Título
- Ref.: referencia
- Ed.: editorial
- Op. Cit.,: *opere citato* (en la obra citada)
- Def.: definición
- TS: Tribunal Supremo
- TC: Tribunal Constitucional

## **I.- INTRODUCCIÓN.**

En estas páginas voy a desarrollar un estudio de la evolución del delito de asesinato que he analizado a lo largo de la historia, ante todo en la historia de la codificación española.

### **Una cuestión previa: Las dos modalidades de muerte dolosa**

Estoy de acuerdo en que tienen que haber dos modalidades de muerte intencional, pero no estoy de acuerdo en que esas sean las que tienen que determinar un cambio de calificación.

En el fondo, y desde un punto de vista más sarcástico, a la víctima le da igual la valoración del delito, por lo que si se hace esto no es tanto pensando en la víctima sino en la sociedad.

Lo primero que aparece al estudiar el delito de asesinato es la existencia de dos delitos que en esencia consisten en lo mismo: acción dolosa con la que se quita la vida a una persona. La existencia de dos tipicidades es aceptada como algo tradicional, pero no por eso hay que tomarlo como algo que no precisa explicación. Lo cierto es que en la mayoría de los sistemas penales hay dos formas de muerte dolosa, con nombres variables, lo cual quiere decir que existe concordia en admitir que dentro de una acción homicida hay grados o niveles de injusto o de culpabilidad que permiten establecer a su vez clases de diferentes de homicidio.

Por lo tanto, el hecho de tener en presencia dos tipicidades no tiene que ser motivo de extrañeza. El problema no es ese, sino determinar cuáles son las razones que deciden que una muerte dolosa haya de ser más grave y más castigada que otra. En esa elección del criterio sí que puede haber disparidad de opiniones, y, por ejemplo, unos pensarán que es

muy grave matar por dinero mientras que otros estimarán que es mucho peor matar por capricho o para demostrar un absurdo nivel de fiereza o arrojo. Se entra así en el terreno de lo opinable, y por eso mismo, cuando se hace la crítica del asesinato ésta no se centra en su tipicidad básica, que es la misma del homicidio, sino, precisamente, en lo diferencial entre uno y otro, que, por esa razón, debe ser plenamente comprendido y compartido, sin que valgan justificaciones en nombre de una especie de inercia legislativa o “tradicción punitiva”.

La idea que dentro de la misma naturaleza de lo injusto, puede haber mas injusto o mas culpabilidad, no tiene que sorprendernos. Lo que si puede ser peligroso, es que nuestra configuración del asesinato, la que será objeto de análisis en este trabajo, opere con un sistema de salto de naturaleza por razones objetivas. Quiero con ello decir, que el que la carga de culpabilidad o antijuricidad de un crimen sea variable, que puede ser progresiva o reducida, es admisible. Que esto sea establecido objetivamente por voluntad de la ley, es discutible. El legislador decide por sí, que es lo mas grave y menos grave. Todos los sistemas apriorísticos pecan del mismo defecto. Se puede decir que no hay inconveniente en admitir que bajo un mismo título de categoría de infracción puede haber más o menos, lo preocupante es que el criterio de saltar de categoría pueda ser arbitrario.

El aumento de lo antijurídico tiene que vincularse a la naturaleza del bien jurídico, por supuesto, y desde esa naturaleza valorar la *entidad del ataque*. Si la explicación se quiere buscar en el incremento de la reprochabilidad (como elemento tradicional de la culpabilidad) habrá que entrar en delicados en razonamientos sociales o culturales siempre discutibles, y si, en fin, se quiere buscar la explicación en un aumento de la *peligrosidad del sujeto* también será necesario introducir en el razonamiento elementos de juicio de “pronóstico” de repetición, pues eso es en esencia la peligrosidad. En todo caso, la pena imponible habrá de ser coherente con estas ideas, que a su vez habrán de ser tenidas en cuenta al analizar tanto la regulación vigente del asesinato como la que se quiera proponer.

## **II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE ASESINATO EN SU TIPIFICACIÓN.**

Para realizar un análisis de la evolución del delito de asesinato a lo largo de la historia, y poder llegar a sus orígenes, es preciso retroceder en el tiempo hasta el punto en que las primeras leyes quedaron plasmadas y escritas.

En primer lugar, saber que el vocablo asesino, es de origen francés (*Assasin*) e italiano (*assassino*), y estas provienen del árabe “*haxxaxin*”, que en singular significa bebedor de hachís, en referencia a los individuos que componían una secta musulmana en la época de las Cruzadas y que obedecían las ordenes del jefe, organizador de la resistencia contra los cristianos. De ahí podemos fechar el origen de la palabra asesinato en el siglo XIII, ya que inicialmente equivalía a la muerte por mandato de otro, pero poco después también se aplicaba a las muertes por emboscada o traición<sup>1</sup>.

Una vez determinado el origen del vocablo, comenzaré con un breve resumen retrocediendo en el tiempo hasta aproximadamente en el año 1250 a.C.

### **a) Los Diez Mandamientos:**

Tal y como nos narra la historia, en este caso, la Biblia<sup>2</sup>, *Yahvé*<sup>3</sup> entregó en el monte Sinaí, directamente y escritas con sus dedos en dos tablas de piedra, una lista de órdenes que los israelitas debían respetar y no tolerar la desobediencia, al profeta Moisés.

---

<sup>1</sup>QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1973) Tratado de parte especial de derecho penal. Revista de derecho Privado, Tomo I, P. 191 .

<sup>2</sup>Escritura sagrada de judíos y cristianos aproximadamente de 1250 a.C

<sup>3</sup>Denominación en hebreo antiguo de Dios del antiguo testamento

Esta lista de órdenes recibieron el nombre de los Diez Mandamientos, y concretamente la orden número 5º establecía: No matarás.

Posteriormente encontramos Las *Mitzvot*<sup>4</sup>, con numerosos mandamientos. Concretamente el contenido de esos mandatos se encuentran en varios pasajes del Pentateuco<sup>5</sup>, del cual las principales fuentes son el libro del Éxodo y Deuteronomio y también establecen la orden de No matarás<sup>6</sup>.

#### **b) Las Doce Tablas:**

Entre los años 451 y 450 a.C, fue redactada la *Lex Duodecim Tabularum*, conocida como la Ley de las Doce Tablas. Es el Código de Derecho Romano más antiguo que se conoce.

Respecto a la fuente, puedo decir que fue el derecho oral que existía en ese momento, y se inscribió sobre tablas de madera que fueron colocadas en el principal foro romano.

Según nos transmite la historia, durante el año 451 a.C. se escogió el primer colegio de decenviros, que eran Magistrados de la antigua Roma que formaban parte de una comisión de diez miembros, con funciones judiciales y religiosas. Este primer colegio estaba formado mayoritariamente por patricios y durante su primer año elaboraron las diez tablas de leyes, a propuesta del cónsul Terentilo Arsa.

En una primera versión original, se inscribieron 10 tablas, a las que durante el año siguiente se añadieron dos más.

---

<sup>4</sup>Mandamientos divinos contenidos en la Torá.

<sup>5</sup>Los 5 primeros libros de la Biblia que forman el Torá.

<sup>6</sup>(Ex 20, 13)

Los delitos se encontraban en la Tabla VIII los privados, y en la IX los públicos, atendiendo con ello leyes, entre otros, hacia los crímenes, parricidios, delitos de lesiones, daños, etc... Para los romanos se distinguían los delitos públicos de los privados en tanto que los públicos comprendían el parricidio y sedición<sup>7</sup>, y los privados todo lo demás.

Como ya es sabido, en la época romana, el único titular de derecho era el *pater*, y en relación al delito que analizo, la potestad del padre sobre sus hijos incluía la libre disposición de los recién nacidos, pudiendo eliminar a los nacidos con deformidades o simplemente no reconocerlos como hijos. El delito más grave era el parricidio, y, el asesinato del padre o de un familiar próximo era castigado con la muerte.

La XII tablas reservaban la pena de muerte al envenenamiento y a los homicidios causados por artes mágicas.<sup>8</sup>

Cabe decir que esta Ley sufrió numerosas reformas, pero llegó a tener una vigencia de cerca de 1.000 años.

### c) **Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis**

*La Ley Cornelia de Sicariis et Veneficis*, conocida como Ley Cornelia sobre apuñaladores y envenenadores, surgió sobre el año 81 a.C, legislando la figura del asesino a sueldo o por encargo, para castigar aquellos que por encargo mataban o

---

<sup>7</sup>Alzamiento colectivo y violento contra la autoridad, el orden público o la disciplina militar, sin llegar a la rebelión. Definición del DRAE.

<sup>8</sup>Tabla VIII, 2, 24

herían a otras personas con la pena de muerte. En tiempos del Imperio Romano, se popularizó el uso del “sica” un pequeño puñal que fácilmente pasaba desapercibido, pudiendo así acercarse al objetivo y apuñalarlo. La razón histórica de esta ley por la cual en Roma decidieron promulgarla fue porque realmente se formó un problema grave debido a la “epidemia” de asesinatos por encargo. Era un problema puntual de orden público pero se plasmó en la historia como un problema gravísimo.

No obstante esta ley, no hacía referencias ampliamente al asesinato, sino que sólo tenía en cuenta determinadas formas de envenenamiento y traición, esta última en el sentido de atacar por sorpresa, sin que la víctima se lo esperara.

#### **d) Las 7 partidas de Alfonso X El Sabio.**

Las 7 partidas constituyeron el texto legal del Derecho común en Castilla. Esta obra es atribuida históricamente a Alfonso X El Sabio en el año 1256, no obstante, hay quien afirma, que no es obra directa de Alfonso X, sino de juristas anónimos que a lo largo de todo el SXIII y hasta primera mitad de XIV, sometieron a un proceso de reelaboración al Espéculo<sup>9</sup>.

Encontramos el asesinato en la séptima partida: “de todas las acusaciones y males y las enemigas que los hombres hacen de muchas maneras y de las penas y los escarmientos que merecen por razón de ellos”, concretamente en el Título 8 de los Homicidios. En su ley primera establece una definición del *Homicidium*, y establece que hay tres maneras de él: la primera es cuando mata un hombre a otro torticeramente; la segunda es cuando lo hace con derecho en defensa propia y la tercera cuando acaece por ocasión.

---

<sup>9</sup>Fuente: Manual básico de Historia del Derecho – Enrique Gacto Fernández, Juan Antonio Alejandro García, Jose María Garcia Marín.

En la segunda ley, se establece que el hombre o mujer que mata a otro a sabiendas debe recibir pena de homicida.

Este título empieza con la introducción de que *el homicidio es cosa que hacen los hombres a veces de manera injusta y a veces con derecho*. Entendemos pues, que lo que se establece como homicidio hecho de manera injusta y de forma torticera, es la forma más similar de entender el asesinato hoy en día, dependiendo las circunstancias de las cuales, en esa época no se hacían diferencias.

**e) Novísima Recopilación.**

La Novísima recopilación es una obra del año 1805, dividida en 12 libros y contiene unas 4.000 leyes. Esta obra fue encargada por Carlos IV debido a la necesidad de disponer una legislación actualizada, en la cual se reforma la Recopilación de Felipe II del año 1567, y se incorporan nuevos decretos y ordenes reales no recopiladas. Entre otras, encontramos la forma del asesinato más parecida a la actual. Concretamente en Tomo V, Libro XII, título XXI De los homicidios y heridas, en su Ley II establece la pena del que mate a otro a traición o alevoso, y del que hiciere muerte segura.

*“Todo hombre que matare a otro a traición o alevoso, arrástrenlo por ello, y enforquenlo; y todo lo del traidor háyalo el Rey; y del alevoso haya la mitad el Rey, y la otra mitad sus herederos; y si de otra guisa matare sin derecho, enforquenlo...”*

Es decir, hablamos de la configuración del delito dónde el sujeto actúa de forma alevoso o a traición para asegurar el resultado. En la historia del derecho, es la figura más parecida a la actual, exceptuando, evidentemente, la pena.

En definitiva, por lo que hace referencia a la historia del delito de asesinato, y por lo que a España respecta, las formas mas graves del homicidio eran las formadas por la cobardía, asechanza y traición, a parte del asesinato por mandato y premio, que casualmente son las circunstancias que evidentemente con modificaciones, perduran en el tiempo y las encontramos reguladas como elementos configuradotes del delito de asesinato en el vigente Código penal.

### **III.- EVOLUCIÓN DE LOS DISTINTOS CÓDIGOS PENALES**

#### **a. El actual Código Penal de 1995. Que queda en relación a los anteriores Códigos.**

Para analizar el delito de asesinato, en primer lugar me voy a centrar en el Código Penal de 1995 que es del que disponemos actualmente, o al menos de momento. Su regulación se encuentra en el libro II, título primero “Del homicidio y sus formas”, art. 139, el cual queda redactado de la siguiente forma:

*“Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

*1.ª Con alevosía.*

*2.ª Por precio, recompensa o promesa.*

*3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.<sup>10</sup>”*

---

<sup>10</sup>Art. 139 del Código Penal de 1995

La actual redacción del artículo del delito de asesinato, en relación a los anteriores Códigos penales, es más breve, y como puede verse se han suprimido algunas de las circunstancias que configuraban el delito, como la circunstancia de premeditación, envenenamiento, incendio, etc.

Se sigue manteniendo la circunstancia de alevosía como modo, forma o medio en la ejecución que tienda directamente a asegurarla, sin posibilidad de defensa de la víctima<sup>11</sup>.

La segunda circunstancia, la de precio, recompensa o promesa, parte del hecho probado de que el delito se ha cometido a cambio de una remuneración económica recibida o prometida. Los anteriores Códigos penales especifican en la circunstancia que la remuneración debe ser económica, no obstante en la actual regulación establece a cambio de promesa, pero no precisa claramente que deba ser pecuniaria. Es cierto que hay jurisprudencia minoritaria y bastante antigua que había apreciado esta circunstancia en base a la promesa sexual, que se daría cuando por ejemplo, una mujer que induce a que otro sujeto dé muerte al marido con la promesa de una ulterior relación sexual. Pero hace ya mucho tiempo que esa clase de situaciones, sin perjuicio de que puedan generar una acusación de inducción contra la mujer – si se cumplen los demás requisitos de la inducción – no se califican como asesinato conforme a la 2ª causa de apreciación, la cual se restringe a la retribución o promesa que pueda valorarse directamente en dinero (lo que excluiría, por ejemplo, la promesa de proporcionar un puesto de trabajo remunerado, pues la remuneración procedería del trabajo, salvo que el trabajo en cuestión fuera inexistente y se tratara solo de una manera de encubrir la retribución por haber matado).

La tercera causa de apreciación del asesinato es el envenenamiento, cuya definición la ofrece tanto el art.139-3º CP como, con una cierta mayor amplitud, el art.22-5º del CP, que describe las llamadas agravantes genéricas. De acuerdo con el envenenamiento

---

<sup>11</sup>Art. 22.1 del Código Penal 1995

consiste en el aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. Entendemos entonces, que la víctima tiene que sufrir *más de lo necesario* para causarle la muerte. El problema interpretativo será, entonces, determinar cuál es el mal necesario y fijar dónde comienza lo innecesario.

Para finalizar cabe añadir que el artículo 140 CP configura un tipo cualificado de asesinato, que se dará cuando concurren más de una de las circunstancias del artículo 139, en cuyo caso se impondrá una pena mayor, aumentando ésta en su mitad superior, es decir a 25 años. Como veremos luego, una de las más visibles reformas que ahora se proponen se destinan a aumentar el número de causas determinantes de asesinato y de cualificación del asesinato.

Una vez examinada rápidamente la actual regulación, procederé brevemente con el delito de asesinato en los Códigos penales que anteceden al actual.

#### **b. Código Penal 1822**

Recurriendo a las bases de datos históricas encontramos el primer Código Penal de España, el Código de 1822. Su principal autor fue José María Calatrava. Se trata de un Código nuevo, no era ninguna recopilación de leyes existentes de la época. Según Pacheco<sup>12</sup> en este Código « *Hay en él algo del Fuero Juzgado y de las Partidas envuelto con el carácter del Código de Napoleón* ».

Con los liberales en el poder y al amparo de la Constitución de 1812, este Código fue Decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822, y sancionado por el Rey el 9 de julio. Dada la vigencia oficial sólo por unos meses, se puede pensar que la

---

<sup>12</sup>Pacheco. (1848). El Código Penal concordado y comentado, I, Madrid; pág. LVII

aplicación debió ser breve e imperfecta, no obstante, según la opinión de algunos autores se deduce que éste Código no llegó a ser puesto en práctica por los Tribunales<sup>13</sup>.

En el Código se haya el delito de asesinato tipificado en su artículo 609, ubicado en el título primero de los delitos contra las personas, concretamente en la segunda parte de los delitos contra los particulares.

Este precepto quedaba redactado a tenor literal de la siguiente forma:

*“Son asesinos los que maten a otra persona no sólo voluntariamente con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes:*

*Primera: en virtud de dones ó promesas que se les hayan hecho previamente para que maten ó hieran a aquella persona, ó a otra en cuyo lugar, se haya tenido a la asesinada.*

*Segunda: con previa asechanza, ya aguardando a la persona asesinada, ó a la tenida en lugar suyo, en uno ó más sitios para darle la muerte; ya observando la ocasión oportuna para embestirle; ya poniéndole espías o algún tropiezo ó embarazo para facilitar la ejecución; ya buscando auxiliadores para el mismo fin, ó ya empleando de antemano cualquier otro medio insidioso para sorprender dicha persona y consumir el delito.*

*Tercera: con alevosía ó a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa ó desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño ó perfidia, ó privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas ó de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña ó pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este, ó ya usando cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad ó sin riesgo del agresor, ó para quitar la defensa del acometido.*

---

<sup>13</sup>ALONSO Y ALONSO. (1946). De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822. Revista de la Escuela de Estudios penitenciarios, febrero de 1946.

*Cuarta: con sustancia ó bebidas venenosas ó nocivas que a sabiendas se hayan aplicado a la persona asesinada, ó se le hayan hecho tomar, de cualquier modo que sea.*

*Quinta: con la explosión ó ruina de materiales preparados para el asesinato; ó con fuego que para matar á la persona se ponga en la casa ó sitio en que se halle.*

*Sexta: con tormentos ó con algún acto de ferocidad ó crueldad, bien se cause la muerte por alguno de estos actos, bien se cometa alguno de ellos con el cadáver después de darle muerte.*

*Sétima: con el fin de cometer cualquier otro delito, ó con el de castigar la resistencia que en la ejecución de este oponga la persona asesinada, ó con el de impedir que estorbe ó embarace la misma ejecución, ó que lo descubra ó detenga al delincuente después de cometido.*

*Los asesinos serán infames por el mismo hecho, y sufrirán además la pena de muerte.”<sup>14</sup>*

Analizando dicho precepto de larga redacción, podemos ver que la primera circunstancia, es igual a la que tenemos actualmente de precio o recompensa. Así mismo la segunda circunstancia hace referencia a la previa “asechanza”, es decir al engaño o artificio para hacer daño a alguien, o bien aguardando para actuar inesperadamente por sorpresa. En este último caso hablaríamos de traición y en cierto modo de alevosía, porque no es más que actuar con cautela para asegurar el resultado del delito, en el mismo sentido que la circunstancia tercera, en la cual añade al concepto el hecho de asegurar la muerte, concepto que perdura en la actualidad en la jurisprudencia española.

Es curioso que excepto las circunstancias que han sido suprimidas en la actualidad, las restantes son las mismas pero mucho mas detalladas. En nuestro Código

---

<sup>14</sup>Art. 609 del Código Penal de 1822

penal actual, el legislador se limita a dar unos conceptos que pueden o no abarcar otros actos, y eso lo deja a juicio de los tribunales considerarlos o no, como tal.

Las circunstancias cuarta y quinta, que son las de envenenamiento, explosión e incendio, han sido suprimidas en Código penal de 1995, circunstancias que se analizarán más adelante.

La sexta circunstancia es la que actualmente tenemos como ensañamiento, es decir, el aumento deliberado del dolor a la víctima, pero se añade el elemento de que se considera como tal los hechos hacia al cadáver después de darle muerte, circunstancia no regulada actualmente, puesto que la jurisprudencia actual no considera ensañamiento cuando el autor pretende aumentar el dolor innecesariamente a la víctima para darle muerte, pero esta muere antes de que esto suceda o pierde el conocimiento, como ejemplo me refiero a que puede haberle propiciado a la víctima 65 puñaladas, pero esta haber fallecido en la primera puñalada, con lo cual, dicha circunstancia no se daría puesto que se le han propiciado las 64 puñaladas restantes a un cadáver y no se ha aumentado el sufrimiento de la víctima innecesariamente.

Cabe decir, que la séptima circunstancia que regula dicho precepto, establece el medio para cometer cualquier otro delito, circunstancia que no se encuentra actualmente regulada en el Código penal de 1995, pero si en el Proyecto de Ley de reforma del Código Penal de setiembre de 2013.

La pena que se establecía para el delito de asesinato era la pena de muerte, a la que se añadía la de *infamia*<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup>Las penas “infamantes” comportaban la pérdida del honor de la persona condenada, incluía la exposición a la vergüenza pública, los azotes, y la retirada de cualquier clase de distinción o título de nobleza que el reo tuviera. Ya en el CP de 1848 fueron suprimidas, aunque se tardó todavía mucho tiempo en prohibir las ejecuciones públicas, que también tenían un componente de exposición a la vergüenza.

### c. Código Penal 1848

El Real Decreto de 19 de marzo de 1848, promulgaba el primer Código penal duradero de España. En este Código el delito de asesinato se encontraba regulado en su artículo 324, ubicado sistemáticamente en el Capítulo I de homicidio, en su título IX de delitos contra las personas. Dicho precepto establecía literalmente:

*“El que mate á otro, y no este comprendido en el artículo anterior, será castigado:*

*1.- Con la pena de cadena perpetua á la de muerte, si lo ejecutará con alguna de las circunstancias siguientes:*

*1ª.- Con alevosía.*

*2ª.- Por precio ó promesa remuneratoria*

*3ª.- Por medio de inundación, incendio ó veneno.*

*4ª.- Con premeditación conocida.*

*5ª.- Con ensañamiento, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido.*

*2º.- Con la pena de reclusión temporal en cualquier otro caso”.*<sup>16</sup>

Este precepto es muy similar al anterior<sup>17</sup> en su contenido, pero mucho más breve, y con la permanencia de las circunstancias de premeditación, envenenamiento, inundación o incendio que actualmente han sido suprimidas. La formulación del asesinato en el CP de 1848 estaba destinada a durar muchos años en la legislación española, prácticamente hasta el CP de 1973.

El precepto comienza haciendo referencia a *“el que maté a otro y no este comprendido en el artículo anterior”*, pues bien, el artículo anterior establece que será

---

<sup>16</sup>Art. 324 del Código Penal de 1848

<sup>17</sup>Art. 609 del Código Penal de 1822

castigado por parricidio el que mató a su padre, madre o hijos (legítimos, ilegítimos o adoptivos) o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos o cónyuges. Comprobamos que no tiene la misma valoración jurídica cuando la víctima es ajena al autor del delito, que cuando sí lo es.

Este Código tipifica el asesinato como homicidio acompañado de ciertas circunstancias, y no hace de él un delito sui generis. Así mismo limita la circunstancia de alevosía que establece el Código de 1822 y la convierte en una circunstancia genérica de agravación.

Se sigue castigando el delito, con pena de muerte, y con la pena de reclusión temporal en cualquier “otro caso”, entendiendo así, cuando no se den las circunstancias del asesinato, ni las de parricidio ni infanticidio, por lo tanto básicamente cuando se trate de un homicidio.

#### **d. Código Penal 1870**

La Constitución de 1869 obligó a reformar el Código penal con gran rapidez. Aprobada en las Cortes, se publicó la Ley de 17 de junio de 1870, la cual fue publicada en fecha 30 de agosto del mismo año.

En el Código Penal de 1870, se alteró el título de los delitos contra las personas, dividiendo lo que antes era un solo capítulo dedicado al homicidio, en tres capítulos: el primero para el parricidio, el segundo para el asesinato y el tercero para el homicidio.

Centrándonos en el capítulo II, en su artículo 418, la redacción del precepto es prácticamente idéntica al del Código Penal anterior, simplemente se añade la expresión “es reo de asesinato”.

*“Es reo de asesinato el que, sin estar comprendido en el artículo anterior, matará á alguna persona, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

*1ª.- Con alevosía*

*2ª.- Por precio ó promesa remuneratoria*

*3ª.- Por medio de inundación, incendio ó veneno.*

*4ª.- Con premeditación conocida.*

*5ª.- Con ensañamiento, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido.*

*El reo de asesinato será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte”<sup>18</sup>.*

En este Código se introduce para la figura de homicidio calificado la palabra asesinato.

#### **e. Código Penal 1973**

En el Código Penal de 1973, que es el anterior al actual Código, quedaba regulado el delito de asesinato en su artículo 406, ubicado sistemáticamente en el título VIII, Capítulo I, con idéntica forma a su antecedente, el Código de 1870.

Más de un centenario después, el delito de asesinato y sus circunstancias no habían sufrido ni una sola modificación. Únicamente se había suprimido la expresión “sin estar comprendido en el artículo anterior”, haciendo referencia así al delito de parricidio. La expresión ha quedado suprimida, no obstante el artículo anterior sigue regulando el parricidio.

*“Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

---

<sup>18</sup>Art. 418 del Código Penal de 1870

1.<sup>a</sup> *Con alevosía.*

2.<sup>a</sup> *Por precio, recompensa o promesa.*

3.<sup>a</sup> *Por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo.*

4.<sup>a</sup> *Con premeditación conocida.*

5.<sup>a</sup> *Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.*

*El reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo*”<sup>19</sup>.

#### **IV.- ANÁLISIS DEL DELITO DE ASESINATO EN EL ACTUAL CÓDIGO PENAL DE 1995**

Ya examinada toda la trayectoria de la tipificación en España del delito de asesinato, procederé al análisis de la actual redacción de dicho delito.

El delito de asesinato es un delito agravado del homicidio, es decir, nuestro ordenamiento jurídico configura el homicidio como un tipo básico y a partir de este se establece un tipo cualificado, el asesinato, en el cual deben darse una o más circunstancias y estas deben estar en relación típica con la muerte.

##### **a. La supresión del parricidio e infanticidio del Art. 139 y su actual tipificación**

Haciendo una breve introducción historia del parricidio, puedo decir que lo encontramos regulado desde las XII tablas, con la cláusula de «*padre que matare a fijo non peche nada*», de modo que esta figura queda estrictamente reservada a la línea ascendiente.

---

<sup>19</sup>Art. 406 del Código Penal de 1973

El parricidio reaparece en las partidas, que subsiste con ligeras modificaciones a través de la Nueva y Novísima Recopilación, hasta el Código penal de 1822.

El Código Penal de 1822, complicaba el tipo puesto que en el artículo 612 requería la intención de matar, el conocimiento de la persona y la premeditación. En este artículo sólo se hacía referencia a la muerte de padre, madre y ascendientes en línea recta, sin mencionar al cónyuge ni descendientes. Así mismo, en el artículo 613 encontrábamos el infanticidio donde aún no se desvinculaba del parricidio.

No fue hasta el Código de 1848, que la regulación del parricidio se amplió significativamente, y se introdujo la modalidad de parricidio civil para los vínculos de adopción. Se excluyó del tipo los ascendientes y descendientes colaterales y el “parentesco servil”. Como novedad se pueden distinguir dos subtipos de parricidio el premeditado o con ensañamiento<sup>20</sup>.

El Código de 1870 asignó al parricidio un capítulo propio, el primero del título VIII del libro II.

En el actual Código no se contempla en el asesinato el parricidio e infanticidio, puesto que estas circunstancias han sido suprimidas del propio artículo, no obstante siguen indirectamente reguladas en el Código. Así mismo el motivo por el que se han suprimido estas circunstancias es porque su presencia coincide con actos que por si mismos son calificables.

---

<sup>20</sup>QUINTANO RIPOLLÉS, A. Tratado de parte especial de derecho penal. (1973). Revista de Derecho Privado Tomo I P. 135 (El parricidio en la Historia).

El delito de parricidio se encontraba tipificado en el art. 405 del Código Penal de 1973, en el título VIII “Contra las personas” en su Capítulo I “del homicidio”. Desde el Código penal de 1870 el parricidio fue tipificado en un capítulo independiente.

El elemento constitutivo del parricidio es el parentesco y al respecto abundaban los argumentos de que un acto parricida pretendía una mayor gravedad.

La circunstancia parental de este delito de parricidio, era constitutiva de un tipo penal autónomo, puesto que su contenido no coincidía con la circunstancia genérica de parentesco del art. 11 del C.P. 1973, considerándose así la accesoriadad del parricidio como subtipo del homicidio, o bien en calidad de homicidio cualificado.

El artículo quedaba redactado en la forma siguiente: “El que matare a su padre, madre o hijo o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de reclusión mayor a muerte”.

La fundamentación material del delito de parricidio indicaba que matar a otro, mediando el vínculo de parentesco del art. 405 CP era más reprochable que matar a un extraño. Según Morales<sup>21</sup>, la mayor culpabilidad encontraría su concreción en la infracción de específicos deberes familiares, por menoscabar la vida del pariente y suponer un plus de afección al bien jurídico de la familia o el orden familiar, y no en el vínculo de parentesco como mayor reproche. El autor considera inaceptable la fundamentación material del parricidio.

---

<sup>21</sup>Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. Comentarios al Nuevo Código Penal. (2004), Thomson Aranzadi, pág. 51.

Según TORIO<sup>22</sup> el acto parricida es producto de un largo y previo proceso de degradación familiar en el que suele estar presente una alteración psíquica o emocional.

***a. El parentesco en los delitos contra la vida y la integridad física***

Actualmente, y según mi parecer, la ideología jurídica del parricidio pervive en parte en los delitos de violencia de género y de violencia en el ámbito familiar. Por supuesto, se debe recordar también la existencia de la circunstancia mixta de parentesco, descrita en el artículo 23 CP, y que en relación con los delitos contra la vida y la integridad física opera como agravante.

El Art. 173.2 del actual Código hace referencia a la violencia habitual sobre los cónyuges o personas ligadas por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad de cualquiera de los cónyuges, o sobre los menores o incapaces que convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela o curáteda, acogimiento o guarda del cónyuge o conviviente, en definitiva a cualquier persona que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar.

Aunque este precepto regula la violencia de género en el ámbito familiar, en el caso de que se produjera la muerte de alguno de los sujetos contemplados en este, actuaría la circunstancia genérica de parentesco regulada en el art. 23 del CP.

Es decir, la muerte causada a cualquier sujeto del ámbito familiar, si no concurre una de las circunstancias de asesinato, se considerará un homicidio con agravante mixta de parentesco.

---

<sup>22</sup>Ángel Torio López. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid.

En relación al infanticidio, en Roma y en la edad media, este delito quedaba impune, e incluso era lícito que el marido matara a la esposa infiel. Así mismo, en el antiguo derecho, era constante la confusión entre los preceptos de infanticidio y de aborto. Como curiosidad decir que el hecho de no haber procedido al bautismo agravaba el crimen, según la Iglesia, por privarle de la salvación eterna.

Según nos dice el profesor QUINTANO RIPOLLÉS, en las antiguas fuentes históricas españolas no existen casi datos que nos den un claro antecedente del infanticidio. José Marcos Gutiérrez<sup>23</sup>, en el antiguo régimen penal se consideraba el infanticidio como *“la muerte de un niño de poca edad causada, no por cualquier persona, sino por sus mismos padres”*. Dicho esto, y visto anteriormente que en el Código de 1822 el infanticidio quedaba vinculado al parricidio, y se contemplaba como una excepción del parricidio en su mismo artículo<sup>24</sup> *“Exceptuase (de la pena de parricida) a las mujeres solteras i viudas que, teniendo un hijo ilegítimo y o habiendo podido darle a luz en una casa de refugio y pudiendo exponerle con reserva, se precipitasen a matarle dentro de las 24 horas primeras del nacimiento para encubrir su fragilidad, siempre qe éste sea, a juicio de los jueces de hecho y según lo que resulte, el único y principal móvil de la acción, y mujer no corrompida y de buena fama anterior a la delincuente”*. No es hasta el Código Penal de 1848, cuando se desligó del mismo, con riguroso tratamiento a parte. El infanticidio deja de ser un homicidio, asesinato o parricidio, en su caso, para constituir una figura criminal propia<sup>25</sup>, donde la pena de prisión es para la madre y extiende la figura a los abuelos maternos. Esta redacción también amplía la edad de la criatura de 1 día hasta 3, quedando de la siguiente forma: *“La madre que por ocultar su deshonra mataré al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de prisión menor. Los abuelos materos que para ocultar la deshonra*

---

<sup>23</sup>José Marcos Gutiérrez: Práctica criminal de España Tomo III, pág. 49, Madrid 1826

<sup>24</sup>Art. 612 CP 1822

<sup>25</sup>QUINTANO RIPOLLÉS, A. Tratado de parte especial de derecho penal. (1973). Revista de Derecho Privado Tomo I . P. 463

*de la madre cometieran este delito, con la pena de prisión mayor. Fuera de estos casos, el que mataré a un recién nacido incurrirá en las penas del homicidio*". En España, se fundamentaba el delito por el ideal de la motivación de la honra, no explícita en el tipo, pero si mencionada en él.

La figura del infanticidio, regulada en el art. 410 del Código Penal de 1973 que dice: *"La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito"*, se trataba pues, de una figura delictiva para los supuestos en que la madre o los abuelos maternos daban muerte a un recién nacido. El fundamento del delito de infanticidio originariamente se encontraba en el honor de la madre, es decir, se daba muerte al recién nacido para ocultar la deshonra de la madre. Como se puede observar en dicho precepto, solo hace referencia al recién nacido, suprimiéndose el plazo de hasta 3 días que establecía la redacción anterior, por lo que esto presenta una dificultad interpretativa para delimitar la extensión mínima y máxima temporal.

Para definir la extensión mínima, Groizard<sup>26</sup>, ha sostenido en España el punto de vista restrictivo, dónde se exige la vida autónoma y desprendimiento total del vientre materno, por lo que entendemos que deja de ser infanticidio y pasa a ser aborto, la muerte del feto aún no emancipado de vientre materno. Así mismo, según los artículos 29 y 30 del Código Civil, adquieren la condición de persona *"el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno"*. Según esta redacción del Código Civil, entendemos que limita la extensión mínima a 24 horas.

---

<sup>26</sup>cita en el capítulo del "El objeto material de los delitos contra la vida", pág. 530, de José María Stampa Braun

En conclusión, los elementos para que se diera este tipo no bastaba en que los sujetos activos fueran la madre o los abuelos paternos, sino que tenía que estar motivado por la finalidad de ocultar la deshonra de la madre.

Actualmente esta circunstancia no la encontramos como tal, pero si un poco desvirtuada en la regulación de las lesiones al feto (art. 157 CP) o bien en el aborto regulado en el Título II, concretamente en los artículos 144 al 147.

La actual regulación del aborto o de las lesiones al feto no hace referencia únicamente a que quien debe producirlo es la madre o los abuelos maternos, sino a cualquier sujeto. Por lo cual es una figura distorsionada, puesto que cualquier sujeto que matare a un recién nacido, se le imputaría un homicidio, con agravante de superioridad.

**b. La supresión de las circunstancias de premeditación, inundación, incendio, veneno o explosivo del art. 139 y su actual tipificación**

En el Código Penal de 1973 así como en los anteriores, el delito de asesinato contemplaba como tal el que matare a otro con premeditación conocida o por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo.

La premeditación como circunstancia del delito de asesinato, no pretendía más que castigar con una pena mayor que la del homicidio, el haber maquinado el hecho de dar muerte a otro.

La premeditación no figuraba en Roma ni en el derecho canónico como agravante, sino como un elemento del dolo.

Entiendo que a lo largo de la historia se había pretendido establecer una diferencia entre premeditación y dolo, como si la premeditación fuera un dolo “más largo o más intenso”, cuando no es verdad: premeditación y dolo son una misma cosa, pero pasó mucho tiempo antes de que la premeditación fuera excluida de las causas determinantes de asesinato, y, desgraciadamente, motivó condenas por ese delito desde 1848 hasta el CP de 1973, conviviendo con interpretaciones cada vez más censurables, que sustentaban la apreciación de la circunstancia en la prueba de una reflexión previa que podía reducirse a horas o minutos. Algo tan evidente como la identidad entre dolo y premeditación tardó demasiado tiempo en aceptarse<sup>27</sup>.

Yendo a otra de las circunstancias que en la actualidad no existen, aparece el asesinato por envenenamiento, que en el derecho español se encontraba ya en el Código de 1822, teniendo como gran antecedente la *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis*, donde el fabricante, vendedor o adquiriente incurrían en la pena asignada al envenenador, así mismo también se encontraba en las Partidas<sup>28</sup>. El uso de veneno perduró también hasta el CP de 1973.

Tradicionalmente, aunque eso sea un tema diferente, el uso de veneno ha sido considerado como el arma predilecta de la mujer, a causa de su supuesta debilidad o reducida fuerza física, y, además, por la razón de que es la mujer quien habitualmente manipula los menesteres domésticos y culinarios.

El veneno ha venido siendo considerado como “método humano” por el mínimo dolor que causa a la víctima (idea que admite muchas excepciones). Pero simultáneamente hay que convenir en que la potencialidad del veneno reside en su carácter insidioso, lo que quiere decir que por su propia naturaleza es un ataque invisible y contra el que no cabe defensa posible, razones por las que, lógicamente,

---

<sup>27</sup>Ampliamente sobre este problema: A. del Toro Marzal, *Sobre la formación del concepto de premeditación*, Ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 1970.

<sup>28</sup>Partida VII, Tít. VII, Ley 7

se consideró, después de mucho tiempo, que coincidía con la descripción y función de la circunstancia agravante de alevosía, que por si solo ya puede determinar asesinato.

Cabe advertir que si el veneno fuera solicitado por la víctima, esta circunstancia desaparecería, como sucede en los casos de auxilio al suicidio o sucedía antiguamente en los duelos con espada envenenada.

En su tiempo se produjo una discusión *que hoy carece de interés*: la diferenciación entre las calificaciones de uso de veneno y la premeditación, puesto que lo normal es que el uso del veneno se premedite, ya que este se tiene que adquirir o elaborar, y si sucede esto, es que ya existe una finalidad, la de envenenamiento. Para distinguir el envenenamiento del asesinato premeditado, había que distinguir entre las condiciones ordinarias y extraordinarias. Las primeras hacían referencia a los medios, como la búsqueda o suministro y las segundas es cuando se desarrolla una verdadera premeditación como por ejemplo suministrar el veneno en repetidas ocasiones para una mayor eficacia<sup>29</sup>. No habría premeditación cuando el sujeto actuara por impulso o por despecho, pues se trataría de un acto impulsado por la ira. Diferente sería si el mismo hecho se diera con repetidas dosis para lograr el resultado perseguido<sup>30</sup>.

Otro problema que plantea el uso de veneno – y ese problema sí tiene una relativa vigencia en la actualidad – es que el término “veneno” no estaba definido legalmente, lo que eso dejaba una ventana abierta de gran envergadura. Según Quintano Ripollés, existen dos soluciones posibles, la extensiva y la restrictiva. La extensiva abarcaría a todo producto acreditado como dañoso o mortal, y la restrictiva reduciría ese amplio abanico a únicamente los venenos descritos como

---

<sup>29</sup>QUINTANO RIPOLLÉS, A. Tratado de parte especial de derecho penal. (1973). Revista de Derecho Privado Tomo I. P. 287

<sup>30</sup>Hipótesis confirmada en Sentencias del siglo XIX, como son las de 04-05-1883 y las de 10-01-1888, 13-02-1889, 11-08-1925 y 16-03-1944.

tales en las farmacopeas. El jurista ha de optar por una de los dos, pero la más acorde con la técnica penal y según el autor, es la interpretación restrictiva. Ahora bien, aun tratándose de una restricción a venenos que lo son por condición química, es preciso dejar un espacio abierto a la posibilidad de que haya “venenos funcionales”, que son aquellas sustancias que son mortales solamente para un número determinado de personas, normalmente a causa de una alergia grave o contraindicación severa. En esas circunstancias la sustancia se “transforma en veneno”, siempre, claro está, que se den los demás elementos subjetivos del delito.

Esta circunstancia también ha sido restringida en su alcance, limitando la apreciación a los casos en que el veneno es suministrado *animus necandi* a una o pocas personas, pero no cuando la sustancia venenosa o tóxica ha sido distribuido o expandido entre una amplia masa de personas. En estas ocasiones se tratará de delitos de peligro general, como sucede, por ejemplo, en los casos de contaminación atmosférica grave que pone en peligro la vida o salud de las personas. Puede parecer contradictorio pero no lo es: la emisión de excesos de anhídrido carbónico, por ejemplo, sería calificable como contaminación grave del aire, en cambio, lanzar anhídrido carbónico al interior de una habitación en la que duerme una persona sería sin duda asesinato por alevosía usando como medio el veneno. La diferencia de contenido del dolo y el control sobre la causalidad explican la variación de la calificación penal.

Típicamente el veneno había que ingerirlo por la vía bucal, respiratoria o bien inyectada pero se han dado casos en que el sujeto ha utilizado el veneno de distinto modo para acometer contra la víctima. A mayor abundamiento, se considera que si el veneno es utilizado junto con otro medio con el que también se pretende dar muerte, el veneno queda como un elemento secundario, lo que se entiende que con este se pretende aumentar innecesariamente el dolor de la víctima, considerándose así ensañamiento.

Centrándome en los medios comisivos de inundación, incendio y explosivo que contenía la circunstancia 3ª del artículo 406 del CP de 1973, cabe decir que la circunstancia de explosivo fue una novedad en aquel Código de 1973, porque las de inundación, incendio y veneno ya figuraban desde el de 1848.

Al respecto de la inundación, el incendio y sobre todo los explosivos, encontramos muy poca jurisprudencia puesto constituyen delitos sustantivos de estragos o terrorismo, que muy rara vez podían dar ocasión a la circunstancia para tipificar el delito como asesinato<sup>31</sup>. Para el empleo de estos medios, es necesario que la causa material tenga la finalidad de producir la muerte, es decir para que se aplique el efecto calificativo, este debe ir dirigido a producir la muerte.

En relación a la circunstancia de incendio, si se aplica a la combustión de una persona, existe jurisprudencia<sup>32</sup>, que lo considera ensañamiento.

**c. Análisis de las actuales circunstancias:**

**i. Alevosía**

A lo largo de la historia de la codificación española, encontramos diferentes definiciones de alevosía en los distintos Códigos penales.

En El Código de 1848, en su art. 10 relativo a las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, en su segundo apartado nos dice que se entiende que hay alevosía cuando se obra “á traición y sobre seguro”. Así mismo en el Código de 1870, en su artículo 10 apartado segundo, y en el art. 10 apartado primero del Código de 1973 aparece el concepto de

---

<sup>31</sup>A. QUINTANO RIPOLLES. Tratado de parte especial de derecho penal. P. 294

<sup>32</sup>Sentencia 24-12-1896, referencia obtenida de la obra citada de Quintano Ripollés.

alevosía con una nueva definición. Estos nos dicen literalmente que *“hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos ó formas en la ejecución que tienda directa y especialmente á asegurarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”*<sup>33</sup>. Encontramos la misma definición en el actual Código Penal en su art. 22.1. En esta última definición se limita la alevosía únicamente al delito contra las personas.

De la actual definición, discrepa Bacigalupo<sup>34</sup>, quien ha propuesto que para el delito de asesinato la gravedad de la alevosía “deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es producto de la confianza que depositó en el autor”, idea que carece totalmente de apoyatura legal.

A la vista de estas definiciones legales, interpretamos que el fundamento de la alevosía recae en el empleo de los medios, formas o modos que tiendan al aseguramiento de la ejecución del delito con evitación de los riesgos que pudieran derivarse de la defensa de la víctima<sup>35</sup>. Por lo que se puede decir que el desvalor de la alevosía no reside sólo en una mayor peligrosidad de la acción para la víctima, sino también en la existencia de la preparación o planificación específica del hecho.

En definitiva esto no es nada más que hacer las cosas bien, es decir, el aseguramiento del delito es lo que todo sujeto antes de cometerlo pretende, de modo que toma las medidas para realizarlo con éxito, evitando los riesgos que cree que pueden surgir y asegurando el resultado.

---

<sup>33</sup>Art. 10.2 el Código Penal de 1870, y art. 10.1 del Código de 1973.

<sup>34</sup>Molina Fernández, F (coordinador). Memento Penal. 2011. Francis Lefebvre. Ref. 7054

<sup>35</sup>Def. Fermín Morales Prats y Gonzalo Quintero Olivares, entre otros, del artículo “Delitos contra la vida”. 2011. (PID\_00181637) para la UOC.

Es doctrina y jurisprudencia reiterada<sup>36</sup>, que en relación al delito de homicidio agravado del Art. 139 CP, la alevosía encuentra un fundamento material en el incremento del contenido del injusto. En este mismo sentido, encontramos diferentes opiniones de autores que se inclinan en que el fundamento del incremento de la sanción radica: en la mayor perversidad del sujeto activo (Jiménez Asenjo y Del Rosal); en una mayor insidia (clandestinidad) en la ejecución (Alonso Álamo); en la idea de aseguramiento de la ejecución sin riesgo que proceda de las víctimas (Cerezo Mir, Romeo Casabona y Gracia Martín/Vizueta Fernández); en la mayor debilidad del bien jurídico atacado en atención a los medios comisivos, lo que implica un mayor desvalor de la acción (Álvarez García)<sup>37</sup>.

Como es sabido, se ha relacionado constantemente la alevosía con lo que entendemos como abuso de superioridad en los supuestos en que se da muerte a seres indefensos o en situación de inferioridad. En el mismo sentido el Código actual cede el ámbito de interpretación de la calificación de dichos supuestos en los que la víctima son niños ancianos, personas impedidas, etc. Actualmente el Tribunal Supremo<sup>38</sup> se inclina por calificar estos casos como asesinato por la concurrencia de alevosía, no obstante, es contradictorio con el fundamento de la circunstancia, que como ya se ha dicho antes, se encuentra en los medios o formas de ejecución del delito que el sujeto ha buscado, y siguiendo esta línea, el fundamento de la circunstancia se encontraría en el aprovechamiento de la indefensión de la víctima, por lo que en estos supuestos, y según Antón Oneca entre otros, la calificación más adecuada sería la de homicidio con la concurrencia de la agravante genérica de abuso de superioridad.

---

<sup>36</sup>Alonso Álamo, Antón Oneca, Cerezo, García Mir, entre otros; Jurisprudencia SSTS 16-10-85 (RJ 1985, 4996), 27-10-89 (RJ 1989, 7768), 24-09-97 (RJ 1997, 7166) entre otras.,

<sup>37</sup>Esquemas de la parte especial del derecho penal (I). Tomo XXXII. 2011. Valencia: Ed. TirantloBlanc. Tema III. Pág. 31.

<sup>38</sup>Entre otras SSTS 15 -02-88 [RJ 1988, 1060], 21-03-88[RJ 1988,2046]

En la alevosía se distinguen dos aspectos, uno externo u objetivo, y otro interno o subjetivo. Del primero podemos decir que es el empleo de medios, modos o formas de ejecución, que tienden a asegurar la ejecución sin riesgo para el autor de que la víctima pudiera defenderse. Si estos son idóneos, la circunstancia está consumada, independientemente de que pueda sobrevenir una inesperada actuación o defensa de la víctima.

La doctrina dominante hoy en día establece que para que se aprecie la circunstancia de alevosía, ésta debe estar presente desde el momento inicial de la ejecución. No obstante existe la “alevosía sobrevenida” y el Tribunal Supremo, mayoritariamente la acepta cuando existen dos diferentes aunque inmediatas acciones delictivas, si esta concurre desde el comienzo de la segunda acción<sup>39</sup>. Así mismo, cabe decir que la doctrina española considera inconcebible una alevosía por omisión.

Del elemento interno o subjetivo, es necesario el conocimiento por el sujeto de la idoneidad de los medios o modos empleados para asegurar la ejecución del hecho sin que la víctima pueda defenderse, es decir, la voluntad de aseguramiento<sup>40</sup>.

Actualmente, la jurisprudencia distingue 3 tipos de asesinatos alevosos. Encontramos en primer lugar el asesinato alevoso proditorio, que es el de emboscada, trampa o acecho. Este tipo es el que llamaríamos más comúnmente a traición, y es el que en sus orígenes daba nombre al asesinato, como ya he contado en el apartado de historia. En segundo lugar encontramos el asesinato alevoso por sorpresa, en el cual el actor actúa de forma súbita e inesperada, y por último encontramos el asesinato alevoso

---

<sup>39</sup>STS nº 1083/2005 de 28 de setiembre [RJ 2005\7201] y SSTS de 08-10-2008 entre otras.

<sup>40</sup>Molina Fernández, F (coordinador). Memento Penal. 2011. Francis Lefebvre. 7064

derivado de situaciones de objetiva indefensión o desvalimiento. Este último caso es el que entendemos como abuso de superioridad y confianza ya que se refiere a los cometidos en víctimas de corta o avanzada edad, o bien enfermas, dormidas o privadas de consciencia<sup>41</sup>.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio del 2011<sup>42</sup>, establece una definición de alevosía en su fundamento de derecho tercero, que literalmente dice lo siguiente: *«1.- La alevosía, que cualifica el asesinato respecto al tipo genérico del homicidio, existe cuando el sujeto emplea en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, (art. 22-1º del CP ). La doctrina de esta Sala viene caracterizándola:*

*A) Por su carácter mixto, y en tal sentido la Sentencia 155/2005 de 15 de febrero ( RJ 2005, 3168) subraya que aunque tiene una dimensión predominantemente objetiva, incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta. Y en análogo sentido la Sentencia 464/2005 de 13 de abril ( RJ 2005, 4976), entre otras muchas.*

*B) Con esa doble dimensión que la convierte en mixta el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos está en la idea de falta de defensa, esto es de la anulación deliberada de la defensa de la víctima*

---

<sup>41</sup>SAP Toledo nº 30/2010 de 21 de junio [JR\2010\266394 FJ 1º; STS nº 1370/2011 de 16 de diciembre [RJ\2012\86]; STS 22-01-2010 STS 02-03-10

<sup>42</sup>STS nº 895/2011 de 16 de julio [RJ\2011\6154]

(SS 864/97, 13 de junio ( RJ 1997, 4716); 821/98, 9 de junio ; 472/2002, 14 de febrero ; y 730/2002, de 2 de noviembre ( RJ 2002, 7122)). Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes (SS 1031/03, 8 de septiembre ( RJ 2003, 6352) ; 1214/03, 26 de septiembre ; 1265/04, 29 de noviembre ( RJ 2004, 7831)), lo que significa que no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SS 1464/03, 4 de noviembre ( RJ 2003, 7652); 1567/03, 25 de noviembre; 58/04, 26 de enero ( RJ 2004, 2108); 1338/04, 22 de noviembre; 1378/04, 29 de noviembre ( RJ 2005, 461) ).

C) Las tres formas que puede adoptar esa idea esencial de la indefensión son: 1) la alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. En ella se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada (S 82/05, 28 de enero; 133/05, 7 de febrero ( RJ 2005, 4793) ); 2) La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante, que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en los ataques rápidos y sin previo aviso (S 1031/03, 8 de septiembre ( RJ 2003, 6352); 1265/04, 2 de noviembre); 3) La alevosía por desvalimiento, en la que el sujeto busca o se aprovecha de las personales características o de la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc.).

D) Acerca de la indefensión que en cualquiera de la tres formas está presente en la alevosía, se ha de destacar que su apreciación no requiere

*que su eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados, y la tendencia a conseguir su eliminación (S 505/04, 21 de abril ( RJ 2004, 2337) ), lo que supone que la alevosía no se excluye en casos de intento de defensa, cuando es funcionalmente imposible, y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.»*

Según jurisprudencia reiterada, se han llegado a determinar muertes alevosas simplemente porque la víctima es una persona indefensa<sup>43</sup>, pues en este caso no se tienen en cuenta los medios o formas empleados para la ejecución sino que se aprovecha de la situación de las víctimas, pero también ha sido aceptado.

Así mismo, encontramos jurisprudencia que establece la diferencia entre alevosía y abuso de superioridad, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2002<sup>44</sup>, entre otras, en su fundamento de derecho tercero, que a tenor literal nos dice:

*«Si la diferencia entre el abuso de superioridad y la alevosía se encuentra en que, para que ésta concorra, no basta debilitar la defensa del ofendido, sino que ha de existir una conducta tendente a su eliminación, pero por muy intensa que sea tal debilitación si, queda alguna posibilidad de defenderse, pese a la singular vileza del hecho (comunes a la alevosía y al abuso de superioridad) que le dota de una especial reprochabilidad, alevosía no hubo, por lo que el hecho debió sancionarse como homicidio,*

---

<sup>43</sup>STS 20-12-93 nº 2615/1993 de 20 de diciembre [RJ 1993\9578]; STS 25-06-09 nº 690/2009 de 25 de junio [RJ 2009\4714]; STS 06-02-09 nº 85/2009 de 6 de febrero [RJ 2009\1669] y STS nº 1083/2005 de 28 de septiembre [RJ\2005\7201]

<sup>44</sup>STS nº 357/2002 de 4 de marzo [RJ\2002\3727]

*con la mencionada circunstancia agravante 2ª del artículo 22 del Código Penal de 1995, abuso de superioridad.*

*Aplicar tal agravante, cuando no ha sido pedida por las acusaciones que sí solicitaron la apreciación de la alevosía, no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos, como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino tiende a eliminarla – Sentencia de esta Sala de 18 marzo de 1994 ( RJ 1994, 2337) –.*

*La circunstancia agravante de abuso de superioridad requiere para su aplicación con arreglo a constante doctrina jurisprudencial de esta Sala ( SSTS de 2 de febrero de 1988 [ RJ 1988, 842] ; 26 de octubre de 1989 [ RJ 1989, 7761] ; 5 de diciembre de 1991 [ RJ 1991, 8988] ; 728/1994, de 5 de abril [ RJ 1994, 2876] ; 2111/1994, de 30 de noviembre [ RJ 1994, 9352] ; 730/1995, de 5 de junio [ RJ 1995, 4510] y 354/1996, de 27 de abril [ RJ 1996, 3000] y 12 marzo 1998 [ RJ 1998, 4009] ), la concurrencia de estos requisitos: 1) Que haya situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concorra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal); 2) Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando esta agravante como una “alevosía menor” o de “segundo grado”; 3) A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad,*

*eso es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito; y 4) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así».*

## **ii. Precio, recompensa o promesa**

Ni en los anteriores Códigos ni en el actual Código Penal nos define la circunstancia de precio, promesa o recompensa, en el artículo de agravantes, tan solo se limita a mencionarla.

Como se ha señalado en los antecedentes históricos, esta circunstancia del asesinato se regula por primera vez como tal, en la *Lex Cornelia Sicariis et Veneficis*.

Podemos decir que el fundamento radica en el incremento del injusto, incremento del desvalor de la acción y una mayor reprochabilidad de la conducta antijurídica. Un sujeto que mata a otro por un “precio” aluden una maldad y brutalidad del mismo. De tal acción deriva una profesionalidad y esto comporta un mayor peligro objetivo para el bien jurídico.

En abundantes ocasiones, se ha discutido en la doctrina el carácter económico o no del precio, promesa o recompensa. Una interpretación restrictiva en la jurisprudencia mantiene que este debe ser económico. No obstante, en ocasiones se ha apreciado esta circunstancia cuando las

retribuciones han sido de carácter diferente al económico, pero para un mejor fundamento material es preferible la interpretación restrictiva.

Analizando los elementos que componen esta circunstancia del delito de asesinato, según Córdoba<sup>45</sup>, nos hace una definición de los conceptos. Según el autor debe entenderse por precio el valor pecuniario en que se estima el servicio; la recompensa debe entenderse por la remuneración que por el servicio se satisface; y por promesa, debe entenderse la manifestación futura de voluntad que otro hace de satisfacer una por el hecho cometido, una retribución.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de Mayo de 2011<sup>46</sup> en su fundamento de derecho tercero establece literalmente que «... *Por precio, recompensa o promesa, lo que equivale a que han de mediar tales prestaciones, bien dinerarias o de otra índole, generalmente crematística y ser a su vez causa del delito. Esto es, que si el sicario comete el hecho, el bien por haber recibido de antemano la recompensa, bien porque se le promete que la va a recibir.*»<sup>47</sup>

El precio, recompensa o promesa, ha de constituir el móvil del autor como elemento principal e identificador de esta circunstancia. Con lo cual el sujeto debe actuar a cambio del precio o recompensa que se le ofrece. Con esto se puede decir que no será apreciada esta circunstancia si el sujeto ya iba a realizar el hecho sin recibir precio, recompensa o promesa. Así mismo para que se aprecie no es necesario que el autor haya recibido íntegramente la prestación, y el hecho de que el inductor no tenga intención

---

<sup>45</sup>Molina Fernández, F (coordinador). Memento Penal. 2011. Francis Lefebvre.. Ref. 7074

<sup>46</sup>SAP Madrid nº 200/2011 de 18 de mayor [JUR\2011\225135]

<sup>47</sup>Sentencia confirmada por STS 14/20011 de 8 de noviembre i STS 681/2013 de 23 de septiembre [RJ 2013\7410]

de cumplir lo pactado, carece de importancia, puesto que el sujeto actuaba con ese móvil.

Esta circunstancia también puede ser apreciada cuando el autor comete un error en el sujeto que se había determinado, y se produce una desviación hacia la víctima, matando por error a otra distinta que la que había sido determinada<sup>48</sup>.

En conclusión y visto lo anterior para que se aprecie la circunstancia de precio, recompensa o promesa en el delito de asesinato, deben derivarse unas consecuencias: en primer lugar la causalidad entre la conducta del autor material y lo ofrecido, es decir, la motivación del actor debe ser el precio, recompensa o promesa, debe actuar por ese móvil; en segundo lugar el carácter expreso de la oferta y de la aceptación, es decir, debe haber un acuerdo expreso entre ambas partes, y por último, la irrelevancia del *error in persona*, cuando esta es determinada<sup>49</sup>.

### iii. Ensañamiento.

La circunstancia de ensañamiento, viene definida de forma parcial en el propio artículo del actual Código donde nos dice que se da cuando se aumenta deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. En los anteriores Códigos, el de 1848 i 1870, encontramos la circunstancia definida en el art. 10.5 como: aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución.

---

<sup>48</sup>TS 13-11-98 nº 91/1998 de 13 de noviembre [RJ 1998\8962]

<sup>49</sup>Esquemas de la parte especial del derecho penal (I). 2011. Tomo XXXII. Valencia. Ed. TirantloBlanc. Tema III. Pág. 33

Como se puede observar la modificación de la definición al cabo de los años es mínima, no obstante, sigue subsistiendo el mismo problema, el límite de lo que se entiende aumentar el mal deliberada e inhumanamente, y para ello se debe acudir a los límites establecidos por la jurisprudencia.

En la doctrina actual predomina el fundamento de la agravación de esta circunstancia calificadora del asesinato en la gravedad de lo injusto y un mayor reproche o incremento de culpabilidad por la causación de males innecesarios y adicionales.

Históricamente el ensañamiento tenía su fundamento en el “tormento, acto de ferocidad o crueldad sobre la víctima”, pero actualmente este concepto ha variado ya que el ensañamiento no depende únicamente de las heridas físicas o los hechos físicos que se causen sobre la víctima sino que además de los hechos físicos también se tiene en cuenta los hechos psíquicos<sup>50</sup>.

El ensañamiento lo componen dos aspectos, el objetivo y el subjetivo. El primero está compuesto por el incremento inhumano del dolor del ofendido, se requiere para esta circunstancia un comportamiento de crueldad innecesaria. De este concepto se desprende que sólo pueden constituir ensañamiento las conductas previas a la producción de la muerte, quedando así excluidas las conductas sádicas o realizadas al cadáver. Así mismo la víctima debe encontrarse consciente, y percibir el incremento del sufrimiento<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup>Bajo Fernández. Memento Penal Ed. 2011. Ref. 7090

<sup>51</sup>En el mismo sentido establecen los elementos las STS 25-06-2009 nº 690/2009 de 25 de junio [RJ 2009\4714]; STS 739/2012 de 3 de octubre [RJ 2012\10549] FJ 5º, i la STS 1554/2003 de 19 de noviembre [RJ\20029247] FJ 1º.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009 define el ensañamiento desde una perspectiva objetiva y abstracta: *“ensañarse consiste objetivamente en infligir a la víctima un dolo extraordinario, que de una parte, entrañe un trato inhumano y degradante para la víctima, atentando contra su dignidad, y, de otra, supere de un modo notable el que es ya inherente al correspondiente delito”*.

Dopico, entiende que debe mediar una relación objetiva entre el ensañamiento y la ejecución de la muerte, y sobre todo el incremento del sufrimiento debe ir orientado a la producción de la muerte.

Retomando los aspectos que componen el ensañamiento, encontramos la vertiente subjetiva, que es el deliberado incremento del dolor. El término deliberadamente hace referencia a una consideración atenta y detenida de la acción que el sujeto se propone realizar antes de ejecutarla, e implica una intencionada o necesaria consecuencia de sufrimiento de la víctima<sup>52</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012<sup>53</sup>, en su fundamento de derecho segundo, nos define el ensañamiento y establece literalmente que: *«...La circunstancia de ensañamiento, que cualifica el tipo de asesinato, exige un elemento objetivo consistente en el mayor desvalor que resulta de la causación de padecimientos innecesarios para la ejecución del delito; y un elemento subjetivo integrado por el plus de culpabilidad que existe en el querer de forma consciente el incremento innecesario del dolor o sufrimiento de la víctima.*

---

<sup>52</sup>STS 25-06-2009 nº 690/2009 de 25 de junio [RJ 2009\4714]

<sup>53</sup>STS nº 583/2012 de 10 de julio [RJ\2012\8037]

*Como señala la sentencia de esta Sala 895/de 15 de julio, el ensañamiento apreciable: 1º) por la causación del dolor mediante actos complementarios ejecutados a tal fin sin ser precisos para la consecución mortal; 2º) por la prolongación intencionada de la agonía retrasando la llegada de la muerte precisamente para aumentar el sufrimiento; o 3º) por la elección de una acción mortífera especialmente cruel y dolorosa dejando de utilizar otro método mortal posible y menos cruento»*

Como premisa final, cabe añadir que no se apreciara la circunstancia de ensañamiento cuando el aumento de heridas o de dolor sea consecuencia de una inesperada defensa o resistencia de la víctima y como consecuencia se produzcan un mayor número de heridas, golpes y malos tratos.

Como breve conclusión de las características de dicha circunstancia, decir que para que se aprecie el ensañamiento, el sujeto debe aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima ante todo con la finalidad de producirle la muerte, y la víctima debe de estar consciente de ello, no contemplándose como tal las heridas defensivas.

### **La posibilidad de admitir el dolo eventual en el asesinato**

Una vez analizadas las circunstancias del delito de asesinato, entraremos a analizar la posibilidad de admitir el dolo eventual en el delito de asesinato, no obstante la tendencia de muchos comentaristas a orillar el tema diciendo, sin más explicación, que el delito de asesinato requiere dolo directo, lo que parecería cerrar esta posibilidad, pues si el delito de homicidio admite el dolo eventual, ¿porqué no puede admitirlo el delito de asesinato?

Como apunte previo, sólo decir que el anterior Código penal<sup>54</sup> planteaba la preterintencionalidad<sup>55</sup>, y legalmente se había situado en una atenuante “de no haber tenido intención de causar un mal tan grave”. Con el paso del tiempo, la doctrina estimó que el delito preterintencional no se podía zanjar atenuando la pena imponible a un delito enteramente doloso, sino que se trataba de un caso de combinación de dolo e imprudencia, lo que lo hacía una especie de “*tertiumgenus*” entre lo doloso y lo imprudente, a modo de frontera, y que jurídicamente debía tratarse como un hecho doloso en concurso<sup>56</sup> con una imprudencia en referencia al plus de daño que se hubiera causado. A su vez, la combinación de dolo e imprudencia tiene como frontera el dolo eventual<sup>57</sup>: lo cual quiere decir que a la categoría de preterintencionalidad solo pueden ir los hechos que no puedan ser imputados a título de dolo eventual.

Las distintas posiciones doctrinales varían dependiendo del criterio seguido en relación con la naturaleza jurídica de los elementos calificables y la autonomía del delito de asesinato. Se entiende que el dolo eventual se da cuando el autor se representa como probable la producción del resultado, conforme a la teoría de la probabilidad postulada por un sector de la doctrina<sup>58</sup>, y pese a ello continua. La llamada teoría del “consentimiento” exige que además de representarse el resultado, el autor lo haga “suyo”, sentimiento adicional que en la actualidad pocos penalistas entienden necesario. En este sentido encontramos doctrina mixta que contemplan la combinación de ambos criterios<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup>El Código Penal de 1870 calificaba la preterintencionalidad como lo que iba más allá del plan delictivo que el autor se había propuesto.

<sup>55</sup>La preterintencionalidad se entendía por la doctrina y jurisprudencia como el aumento no previsto del daño al mismo bien jurídico.

<sup>56</sup>La solución era la apreciación de un concurso de delitos.

<sup>57</sup>“Constitución elementos fundamentales y sistema penal”. Libro Homenaje a T. Vives. Valencia, Ed. Tirant lo Blanc. 2009. (Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad. Gonzalo Quintero Olivares, Catedrático de Derecho Penal).

<sup>58</sup>Sector de la doctrina que postula la teoría de la probabilidad en el dolo eventual. Gimbernat y Mir.

<sup>59</sup>Entre otras: SSTS 21-01-97 [RJ 1997, 193], SSTS 15-04-97 [1997, 1931], 27-01-91 [1997,505]

Analizando la estructura de la tipicidad, podría decirse que si el legislador hubiera introducido un elemento equivalente a la finalidad, el dolo eventual quedaría excluido<sup>60</sup>, para ello hubiera debido exigir que tanto el fin (la muerte) como el motivo o el medio, fueran abierta y directamente deseados. No obstante, a poco que se examine con detenimiento la figura, se aprecia que es preciso dolo directo *respecto de los elementos de la circunstancia* – alevosía, precio o ensañamiento - pero *no respecto de la producción de la muerte*, que puede ser contemplada como algo probable, en lenguaje de dolo eventual. Veamos el tema por separado:

#### **a) la alevosía**

Si nos centramos en la circunstancia de alevosía, la jurisprudencia, que era firme en su criterio de exigir un dolo directo en el asesinato, admite cada vez más la compatibilidad entre la alevosía y el dolo eventual de matar<sup>61</sup>. Entramos aquí a analizar la conducta homicida, cuando el sujeto la realiza con dolo eventual de producir la muerte, esta conducta y ejecución también puede ser asegurada sin dar posibilidad de defensa a la víctima. Con lo cual, si el sujeto que realiza una conducta, contemplando una alta probabilidad de que se produzca la muerte de otra persona, y que la víctima sea de forma sobrevenida y esto implique que no tenga forma ni medios de defensa, encontraríamos la concurrencia del dolo eventual con la circunstancia de alevosía<sup>62</sup>. Como he comentado antes, la alevosía (los medios, modos o formas que tienden a asegurar el delito) sí debe ser con dolo directo, y se admitiría la apreciación de un dolo eventual en producir la muerte.

---

<sup>60</sup>Jescheck, Tratado de derecho Penal. T. I. Mir- Muñoz Conde (p. 410)

<sup>61</sup>Memento Penal Ed. 2011. Ref. 7065

<sup>62</sup>De esta opinión encontramos a MAPELI y jurisprudencia TS 24-05-07 n° 466/2007 de 24 de mayo [RJ 2007\3277]; 06-02-09 n°85/2009 de 6 de febrero [RJ 2009\1669]; 12-05-09 n° 543/2009 de 12 de mayo [RJ 2009\4161], entre otras.

En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio del 2009<sup>63</sup>, en su Fundamento Jurídico cuarto establece que:

*“La tesis del recurrente consiste en afirmar la incompatibilidad de dicha agravante con la modalidad del tipo subjetivo del asesinato por dolo eventual que la sentencia, dice el recurrente, no descarta, al afirmar que el acusado actuó "buscando su (la de la víctima) muerte o aceptando en todo caso la misma..."*

*Pero esa compatibilidad ha sido reiteradamente proclamada por este Tribunal. Así lo hemos recordado en nuestra Sentencia 819/2007 de 4 de octubre ( RJ 2007, 6818) en la que dijimos:*

*No es cierto, como se alega en el recurso, que la alevosía sea incompatible con el dolo eventual, no siendo ese el criterio que viene manteniendo reiteradamente la más reciente jurisprudencia de esta Sala.*

*Así, en la Sentencia 119/2004 de 2 de febrero ( RJ 2004, 2059), se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima -aseguramiento de la ejecución- y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.*

*En esa misma línea se pronuncian las Sentencias núms. 415/2004 de 25 de marzo ( RJ 2004, 2302), y 653/2004 de 24 de mayo ( RJ 2004, 7810), esta última referida a un supuesto muy parecido el que ahora examinamos y en la que se declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución*

---

<sup>63</sup>Consulta de la sentencia en Westlaw.

*peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1ª del artículo 139 del Código Penal ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la propia Sala. Han afirmado la compatibilidad, entre otras, las Sentencias 2615/93 de 20 de diciembre ( RJ 1993, 9578), 975/96 de 21 de enero de 1997 ( RJ 1997, 461) ,1006/99 de 21 de junio ( RJ 1999, 5975, 1011/2001 de 4 de junio ( RJ 2001, 9960) , 1804/2002 de 31 de octubre ( RJ 2002, 10239) y 71/2003 de 20 de enero ( RJ 2003, 891) , citando las dos últimas a las cuatro primeras. En la misma línea la Sentencia 1010/2002 de 3 de junio ( RJ 2002, 5677) , estableció que "en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo" (F. 2º). La definición legal de la alevosía, tanto en el Código actual ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) como en el derogado ( RCL 1973, 2255), hace referencia a asegurar la indefensión, como recordaba la sentencia citada de 21 de junio de 1999 ( RJ 1999, 5975) que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción.*

*Y reciente Sentencia 1007/2006 de 10 de octubre ( RJ 2006, 8361) , también dijimos igualmente se pronuncia por la compatibilidad si bien, dadas las especiales circunstancias del caso enjuiciado, rechaza la existencia de la alevosía, circunstancias que no concurren en el supuesto que ahora examinamos.*

*El mismo criterio lo hemos ratificado en la reciente Sentencia 543/2009 de 12 de mayo ”<sup>64</sup>.*

Así nos hallaríamos ante un asesinato cualificado por alevosía, por ejemplo si un sujeto va conduciendo un vehículo y adelanta a una gran velocidad por una

---

<sup>64</sup>Sentencia núm. 622/2009 de 10 junio. RJ 2009\4902

carretera de doble carril, uno de cada sentido, a otro vehículo que va en el mismo sentido y se encuentran en una rasante sin visibilidad, y se da el caso que cuando está adelantando viene otro vehículo por el carril de sentido contrario y colisionan, los ocupantes del vehículo contrario fallecen. Aplicando la teoría de la probabilidad este sujeto sabía que había una alta probabilidad de que viniera otro vehículo en el mismo sentido y de colisionar y provocarles la muerte. En este caso sería un homicidio con dolo eventual, pero si le aplicamos la circunstancia de alevosía, ya que este por adelantar en un sitio sin visibilidad aparece por sorpresa al otro vehículo sin posibilidad de que este pueda reaccionar ni “defenderse”, podemos apreciar un asesinato alevoso con dolo eventual de matar.

En el mismo sentido se apreciaría la misma circunstancia si alguien coloca una bomba en un centro comercial, para provocar daños materiales y patrimoniales, siendo una bomba de gran envergadura que sabe que afectará a la totalidad del centro, y éste avisa a la policía conscientemente con un tiempo insuficiente para que puedan desalojar el centro, o bien sabiendo que la autoridad puede no dar crédito al aviso de bomba no procediendo al desalojo, y, a consecuencia de ello se produce la muerte de muchas personas. Si la bomba explota, como ha de suceder, será un acto sorpresivo para los que estén en el centro comercial, sin posibilidad de poder actuar o defenderse (caso Hipercor)<sup>65</sup>, por lo cual concurriría la circunstancia de alevosía y se podría apreciar el asesinato con dolo eventual de matar. La sentencia que enjuicia este caso, decide abandonar la teoría del consentimiento por

---

<sup>65</sup>Caso juzgado en la Sentencia núm. 49/89 de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 1989, Sección 1ª. Esta sentencia no fue publicada, pero la información ha sido obtenida de la obra de Giberant, *Acerca del dolo eventual*. Estudios de derecho penal, 3ª ed (1990). P.240-265. La Audiencia Nacional enmascara la teoría de la probabilidad, con la teoría del consentimiento y nos dice que: *según ésta, la existencia de dolo eventual en el caso Hipercor está fuera de discusión: pues la colocación de un artefacto explosivo en un aparcamiento de un concurrido supermercado supone un gravísima riesgo para la vida y integridad física de los seres humanos que en esos momentos se encuentran allí*. En este sentido la previsión de las muertes de las personas que se encontraban en el centro comercial era clara, y con criterios lógicos si no se hubiera querido un resultado letal, no se hubiera utilizado un explosivo. Esto causo la muerte de 21 personas y numerosas lesiones graves en otras víctimas.

la teoría de la probabilidad<sup>66</sup>. Otro ejemplo en el que se contemplaría un asesinato con dolo eventual de matar, sería el caso de que un sujeto tiene una disputa con otro sujeto en un local, y éste se va del local aguardando fuera para atacarlo por sorpresa y darle un escarmiento, no obstante pretende hacerlo dándole un golpe en la cabeza con un objeto contundente, existiendo la probabilidad de que eso pueda producirle la muerte, y efectivamente lo hace. El sujeto está actuando alevosamente, porque aguarda para atacarlo por sorpresa, aunque no tenga la certeza de que le provocará la muerte. En este sentido Groizard señalaba que no era el resultado de la acción lo dominante para apreciar la alevosía.

### ***b) el precio***

En el caso de la segunda de las circunstancias del delito de asesinato, la de precio, recompensa o promesa, es muy discutido si es compatible con el dolo eventual, aunque es dominante en la doctrina española la tesis que requiere el dolo directo, pero en el bien entendido de que ese dolo directo se refiere únicamente a que el dinero o precio se entrega para el expreso fin de cometer un delito.

Otra cosa diferente se produce a partir de la falta de control del que paga sobre el modo concreto de ejecutarse el hecho. Sobre eso puede haber un propósito no cumplido ( p.e., el que cobra desaparece sin hacer nada o bien comete un delito distinto del contratado). El dinero o cosa similar es el que motiva al autor a cometer el delito, pero ese dato antecedente no determina una calificación necesaria de la muerte de una persona si ese suceso es ajeno al pacto previo. Ello no obstante, *y considerando que el que paga es en principio inductor*, puede suceder que el pago que decide al autor a obrar haya dado lugar a un exceso de violencia que el pagador no había encargado expresamente. En tal caso puede suceder que ese exceso estuviera totalmente fuera del encargo o bien que ese plus

---

<sup>66</sup> Que como opción preferente a la teoría del consentimiento ya había sido defendida en doctrina (concretamente, por Quintero Olivares, en "Derecho Penal, Parte General", 1ª ed. Barcelona, Editorial Gráficas Signo, 1986)

de agresión hubiera sido contemplado como probable – por la razón que fuera, lo que incluye la personalidad violenta del contratado o la dificultad de precisar el resultado, como pueda ser la clase de herida que puede causar un arma de fuego - y eso no fue motivo para que el pagador/ inductor desistiera de su proyecto.

En esos casos existe un dolo eventual con relación al resultado de muerte, aunque ésta no estuviera expresamente incluida en el objeto del pacto. Cuestión del todo diferente será que el contratado desviara abiertamente el curso del encargo y eso fuera totalmente imprevisible para el pagador, si bien en algún caso el TS ha estimado que el *error in persona* por parte del contratado que mata a persona diferente por equivocación no excluye la responsabilidad de quien le contrató, por tratarse de un error *accidental*.

### ***c) el ensañamiento***

Para finalizar con el dolo eventual en el asesinato, hay que contemplar su viabilidad respecto de la tercera de sus circunstancias, el ensañamiento. Esta es de las tres circunstancias, la que con más facilidad se dice que acoge la posibilidad del dolo eventual, en el supuesto que mediando dolo directo de producir sufrimiento aumentado deliberadamente el dolor de la víctima y dolo eventual respecto de producir la muerte.

Para que pueda construirse el dolo eventual en el asesinato por ensañamiento es imprescindible poder afirmar que el *modo de causar el dolor* entraña la posibilidad de que esa acción derive en muerte, aunque ese no sea el objetivo principal y directo del autor. Es preciso pues que, en términos de *imputación objetiva*, el modo de ensañarse entrañe por sí misma la posible derivación en muerte.

Como ejemplos se han sugerido, el de una tortura ritual aplicada a una persona representándose el autor seriamente la posibilidad de que la víctima, por su

debilidad o agotamiento, no lo pueda resistir y ello desemboque en su muerte<sup>67</sup>. Otro ejemplo sería el del un sujeto que pelea con otro, al final le propina un fuerte golpe en la cabeza y este cae tendido al suelo. El sujeto recoge a la víctima y con una cuerda atada al cuello lo baja a un pozo lleno de agua, contemplando la posibilidad de que la víctima aun este viva, y sufra una gran tortura ahogándose en el agua y al mismo tiempo con la cuerda, y provocándole esto la muerte. En este caso habría un claro dolo directo en las lesiones y un dolo eventual en la muerte, pero si se pudiera sostener que el autor creyó firmemente que la víctima ya estaba muerta y la tiró al pozo para ocultar el delito la solución tendría que ser otra: lesiones dolosas en concurso con un homicidio imprudente.

Otro posible ejemplo sería el del sujeto que impregna a otro de gasolina e inmediatamente le prende fuego, queriendo que sufra deliberada e inhumanamente el dolor de las quemaduras, y contemplando la probabilidad de que estas acaben con su vida aunque su finalidad fuera “solo” causarle quemaduras graves. La probabilidad de la muerte está racionalmente unida a la acción, y por lo tanto, se puede establecer la base de imputación de dolo eventual.

En resumen: las diferentes circunstancias del asesinato son compatibles con el dolo eventual. Es posible objetar que esa comprobación no tiene especial importancia porque a la postre los delitos dolosos reciben la misma pena tanto si se cometen con dolo directo como si es con dolo eventual, como es lógico, y solo alguna opinión aislada y carente de fundamentación jurídico-penal ha sugerido que el dolo eventual debería propiciar una atenuación de la pena<sup>68</sup>, tesis inadmisibles, que además olvida que los Tribunales ya disponen de un margen de decisión para valorar las concretas circunstancias del hecho y del autor. La importancia de que se pueda acoger el dolo eventual viene determinada por otro razonamiento: *si se afirmara que el asesinato solamente es posible cuando concurre dolo directo respecto tanto de los componentes de la circunstancias como del resultado de*

---

<sup>67</sup>Un caso de estas características fue enjuiciado en la sentencia TS 10-02-95

<sup>68</sup>Según Mapelli, Op. Cit., p. 464

*muerte, habría que aceptar que en todos los ejemplos que se proponen de dolo eventual la calificación obligada sería la de homicidio, y esa sería una consecuencia indeseable, y que además es evitable.*

## **V.- CRÍTICA AL PROYECTO DE LA LEY ORGÁNICA DE 20 DE SETIEMBRE DE 2013 POR LA QUE SE MODIFICA EL CODIGO PENAL.**

El viernes día 20 de setiembre de 2013, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del proyecto de Ley de reforma del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre.

Este Proyecto de reforma del Código Penal, empieza su exposición de motivos invocando *“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”*. Todo esto está muy bien, pero la pregunta que me hago, es ¿por qué? ¿A caso la sociedad ha hecho una petición al actual gobierno para que se cambiara el Código Penal? ¿Es necesaria esta reforma en los momentos económicos por los que está pasando el país, teniendo en cuenta que los índices de criminalidad en España no han aumentado, sino que se estiman reducidos y con una progresión decreciente?

A mi parecer, el actual gobierno ha querido sacarse un “as” de la manga presentando un proyecto de reforma del Código Penal, para distraer la atención de la sociedad en relación a la realidad de “crisis económica”, brindando a la sociedad una nueva reforma del Código penal más severa y dura, para que “supuestamente” se perciban sentencias más justas, algo justo que no han demandado.

En estos momentos, la sociedad actual no protesta por una reforma Penal, ni endurecimiento de las penas. Sinceramente y está es la realidad, sólo claman más justicia cuando es un tema escabroso o bien en el que están involucradas personas con gran poder adquisitivo o mediático. En estos casos, la sociedad no visualiza el derecho desde su vertiente objetiva, puesto que sólo quieren la pena máxima para una persona que ha cometido un delito y esto ha sido de repercusión mediática, no obstante siendo un mismo caso que ha ocurrido en otras ocasiones, pasando desapercibido por los medios de comunicación y no haciendo de ello una gran repercusión social, pues para esos casos si está bien la pena que impone nuestro Código Penal.

Así mismo, con este Proyecto de Reforma hablamos de la modificación de unos 200 artículos, una de las reformas mas profunda de las realizadas, de entre los cuales se encuentra la modificación del asesinato y de los concursos relacionados con este. En este aspecto no se valora lo que jurídicamente esto comportará, en el “supuesto” caso de que se apruebe definitivamente, y lo que esto supondrá para los Jueces y Magistrados españoles, puesto que las combinaciones de delitos que se proponen, en la modificación de concurso, serán fuente segura de problemas.

Centrándome en el tema que nos ocupa, este Proyecto actualiza el delito de asesinato manteniéndose las circunstancias ya previstas y añadiendo de nuevas.

**a. Lo que se mantiene del Código Penal de 1995**

En este proyecto se mantienen las 3 circunstancias que existen actualmente. Hasta la tercera de las circunstancias el artículo es el mismo, únicamente cambiando la pena, que se ha aumentado de 15 a 25 años.

En principio, no hay nada más que decir de estas tres circunstancias, puesto que anteriormente se ha procedido al análisis y definición de las mismas, y se seguirá los mismos criterios de interpretación.

Se observa que el redactado del apartado segundo del artículo 139 del proyecto, es lo que actualmente encontramos en el artículo 140, estableciendo la pena en su mitad superior si concurre más de una de las circunstancias previstas en el mismo.

A continuación se analizará, la 4ª circunstancia del 139 y el artículo siguiente, el 140, que son de nueva incorporación.

#### **b. Lo que se incorpora**

En el Proyecto de reforma los artículos en relación al asesinato, quedan redactados literalmente de la siguiente manera:

*“Art. 139*

*1.- Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

*1ª. Alevosía*

*2ª. Por precio, recompensa o promesa.*

*3ª. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.*

*4ª. Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.*

*2.- Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior”.*

*“Art. 140*

*1.- El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

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

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

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

*2.- 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 los artículos 78bis.1.b y 78bis.2.b.”*

Como ya he introducido en el apartado anterior, el Proyecto de Reforma del Código Penal, actualiza el delito de asesinato añadiendo una cuarta circunstancia en el artículo 139 y redacta un nuevo artículo 140 estableciendo un asesinato agravado e introduciendo la prisión permanente revisable para el asesinato cuando concurren las circunstancias del art. 140 del Proyecto, así como matar al Príncipe Heredero, al Rey, a un Jefe de Estado extranjero o a otra persona internacionalmente protegida.

Cabe decir que en la Exposición de motivos no da explicaciones ni justifica la nueva circunstancia añadida en el artículo 139.

Es evidente que la nueva regulación del delito de asesinato así como la redacción del nuevo artículo 140 viene determinada para establecer una prisión permanente revisable.

### **i. Objetivo**

A) En primer lugar observamos la 4ª y nueva de las circunstancias de asesinato, añadida en el artículo 139 de nueva regulación que establece: *“Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”*.

Esta es una de las circunstancias que se encontraba en el artículo 609 del Código Penal de 1822, concretamente la circunstancia séptima que ya ha sido analizada anteriormente.

Se considera un delito de asesinato agravado si este se comete con la finalidad de cometer otro delito o bien para evitar que se descubra. Ante esta circunstancia debemos plantearnos si realmente merece la consideración de asesinato o bien de homicidio. Desde mi punto de vista, que un sujeto mate a otro con la finalidad de cometer otro delito, no hace de este un delito más grave, por lo que carece de sentido que tenga la consideración de asesinato un homicidio cometido con un propósito.

Si la justificación fuera un mayor contenido de injusto derivado del homicidio y del otro delito, esta conexión debería ser debidamente considerada así como la proximidad de la lesión del segundo bien jurídico y la idoneidad de la preparación para conseguir los propósitos<sup>69</sup>, o para su ocultación. Con esto lo que se pretende es justificar el mayor contenido de lo injusto, es decir, no por el simple hecho de cometer un homicidio con el propósito de que este facilite la comisión de otro delito o intente ocultarse, tiene que considerarse un tipo agravado directamente si antes no se han tenido en cuenta y considerado otras circunstancias.

---

<sup>69</sup>Estudio Crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Director: Francisco Javier Álvarez García; Coordinador: Jacobo Dopico Gómez-Aller. Tirant lo Blanc.

En este mismo sentido, cabe decir que si se apreciara esta circunstancia en un homicidio antes de que se hubiera cometido el otro delito que se pretendía encubrir, no podría apreciarse como tal, puesto que esto supondría el castigo de un hecho futuro, lo que vulnera el principio del hecho, y estaríamos hablando de un Derecho Penal de Autor<sup>70</sup>.

No obstante Álvarez y Dopico, contemplan otro fundamento para justificar el homicidio agravado de esta circunstancia, consistente en una mayor “reprochabilidad” del acto del sujeto o en la peligrosa infravaloración de la vida humana del sujeto que comete el delito.

B) Pasando a las cualificaciones del nuevo artículo 140 que se propone, destaca la que agrava el asesinato. Cuando *el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*.

La circunstancia establece claramente que el delito que atenta contra la libertad sexual debe ser anterior al delito de homicidio. Eso es lógico, pues si cupiera la posibilidad de que el homicidio fuera “antecedente” alcanzaría a actos atípicos (los que se hicieran sobre el cadáver<sup>71</sup>).

En cierto modo, y según mi parecer, esta circunstancia podría ir muy relacionada con la anteriormente citada<sup>72</sup>, puesto que el que comete un homicidio como hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, puede entenderse que este puede producirse para ocultar el primer delito que atenta contra la libertad sexual, produciéndose así una concurrencia de circunstancias. Básicamente la

---

<sup>70</sup> Así lo ha señalado Peralta, *Motivos Reprochables*. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, Madrid 2012, p. 301. (Extraído del Estudio Crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012).

<sup>71</sup> No entraré en la posibilidad de que entre en juego lo dispuesto en el artículo 526 CP, lo cual, además de ser improbable, nos alejaría excesivamente del tema.

<sup>72</sup> Circunstancia cuarta del art. 139 “Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”

diferencia que hay entre la apreciación de una u otra circunstancia es la pena, ya que en la anterior, la pena es de 15 a 25 años, y en la actual circunstancia es “prisión permanente revisable”, siempre que el hecho pueda en todo caso calificarse de asesinato con arreglo a lo dispuesto en el art. 139, pues las agravaciones del artículo 140 se plantean tanto respecto del homicidio (art.138) como del asesinato.

Así mismo este artículo se puede entender de dos maneras, por un lado cuando habla de que sea subsiguiente, puede referirse al inicio de ejecución, incluso que empiece a ejercer violencia sobre la víctima y si ésta se resiste, la acaba matando, por lo tanto eso podría ser porque el haber ejercido violencia sobre la víctima aunque, no haya llegado al fin que se proponía, ya constituye una agresión sexual consumada, y si hubiera habido penetración aún sería más grave. Por lo tanto bastaría con decir que la muerte sobrevenga después de haberse iniciado la agresión sexual, y no tras la consumación plena, hecho que según mi parecer debería especificarse en la redacción del artículo, salvo que se estimara, lo cual sería correcto, que la agresión sexual no requiere más que el inicio de violencia con fines sexuales, pues no sería razonable, sino absurdo que sólo se apreciara en caso de penetración, con lo cual la agravación pesaría únicamente sobre los sujetos que hubieran consumado la modalidad más grave del delito contra la libertad sexual.

A propósito del concepto de “razonabilidad”, hay que destacar que es un concepto empleado con frecuencia por el TC que ha servido para resolver cuestiones que en la ley no estaban claras, pero que de interpretarlos con una lógica meramente lingüística conducirían a lo absurdo, tal y como pasa en esta circunstancia si se da cabida a ciertas interpretaciones: eso sucedería si dentro de la idea de hecho *subsiguiente a un delito contra la libertad sexual*, se admitiera la interpretación más extensa, que incluiría desde el acoso, hasta el abuso y la

violación, abriéndose así un amplio abanico de posibilidades algunas de las cuales resultarían incomprensibles.

Aún así apurando la interpretación, y deteniéndonos en cómo está rubricado el Título en el Código penal (delitos contra la libertad y integridad sexuales), hay que recordar que también contempla la prostitución, (por ejemplo, la obliga a prostituirse y como se resiste la mata, supuesto que *formalmente* entraría en esta circunstancia), y lo mismo puede decirse de todos los casos en los que en el horror de la explotación sexual violenta se produzca la muerte dolosa de la persona explotada. En la misma línea interpretativa habría que incluir la corrupción de menores y la pornografía infantil, si por cualquier motivo se diera muerte a la víctima.

Estas interpretaciones (posibles) solo se podrían discutir formalmente desde un argumento muy débil: que la calificación de “delito contra la libertad sexual” solamente correspondería a las agresiones, abusos y acoso (lo cual ya deja consecuencias absurdas), y no alcanzaría al resto del Título, lo cual es discutible. El otro argumento derivaría de la Exposición de Motivos, en la que se aprecia claramente que el pre-legislador tiene en mente los casos “tristemente famosos” de agresión sexual seguida de muerte. Pero un problema de este alcance no se podría resolver invocando la Exposición de Motivos.

Otro problema susceptible es el de la participación de más de un sujeto. En principio esto no plantea ningún problema si el homicidio lo comete solamente uno de ellos y los demás están fuera del hecho. No obstante, existirá la posibilidad de que pueda plantearse un tema de desistimiento, desde el momento en que el propósito de dar muerte a la víctima argumentando que ésta puede delatarles sea conocido por los demás. Si eso sucediera, y dadas las condiciones legales para la eficacia del desistimiento en caso de participación de varios en el hecho, habría que

tratar a todos los intervinientes como coautores excluyendo solamente a quien hubiera hecho lo posible por impedir el homicidio<sup>73</sup>.

La única explicación que encontraríamos para la agravación del artículo 140-2ª sería la mayor antijuricidad del hecho al acumular el ataque sexual y el ataque a la vida, a lo que puede sumarse, claro está, la influencia de una imagen social de “hecho especialmente repugnante”, pues se ha producido por desgracia más de una vez el hallazgo de víctimas mortales con signos de haber sufrido agresión sexual. Se acumularían así una argumentación netamente jurídica y otra basada en la “personalidad” del criminal.

Para finalizar, cabe decir que ambas circunstancias, tanto la del art.139 como esta del art.140, son superfluas, es decir completamente innecesarias. Los hechos que contemplan son ya supuestos de concursos reales de delitos que a su vez tienen señaladas penas muy severas. Por lo tanto, todo apunta a que el pre-legislador ha necesitado configurar hechos que permitan llegar a la imposición de la pena de prisión permanente, pues es imposible encontrar otra explicación con sentido.

## **ii. Subjetivo**

### **1. Por la persona**

Desde la vertiente subjetiva, tenemos la tercera de las circunstancias del artículo 140 que establece que el asesinato será castigado con la pena de prisión

---

<sup>73</sup>El art. 16.3 del Código Penal, regula el desistimiento, y a tenor literal nos dice: “*Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta*”.

permanente revisable cuando el delito *se hubiera cometido por quien perteneciera a un grupo u organización criminal*.

Lo primero que sugiere esa regla es su relación con el régimen del terrorismo, que se ha caracterizado por utilizar los tipos comunes y cuando el hecho se realizaba por un terrorista aumentar la pena del tipo común. El asesinato terrorista, no es un tipo específico de asesinato, pero en cambio ahora se quiere que quien asesine y pertenezca a una organización terrorista o criminal, incurra en una tipicidad específica de asesinato.

Quiero hacer referencia a dos aspectos relevantes. En primer lugar, según mi parecer, sería algo ilógico que se castigue un delito como asesinato agravado cuando el sujeto pertenece a un grupo u organización criminal, *si éste no comete el delito ejecutando un plan de la organización o bien actuando para ésta*. Es decir, si un sujeto comete un homicidio, no tiene sentido aplicar este artículo si no se ha dado muerte actuando en el seno de este grupo u organización criminal. Pero parece ser, que ahora esta característica es indiferente, puesto que la formulación literal del artículo no requiere que deba actuar para la organización, ni tan solo requiere que esta organización tenga como finalidad la comisión de delitos graves y violentos, ni que el asesinato se haya cometido con estrecha conexión con ese objeto<sup>74</sup>, quedando así, en el caso de que se aprobara, en mano de los jueces si se debe o no diferenciar.

Para diferenciar los dos supuestos voy a poner dos ejemplos: Si el criminal mata a su novia, no está ejecutando un plan de la organización criminal, pues bien, aquí estaríamos delante de un homicidio o bien asesinato depende de las circunstancias en que se cometiera el hecho y que se apreciaran. No obstante con la nueva regulación, simplemente por el hecho de que el sujeto

---

<sup>74</sup>Estudio Crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Director: Francisco Javier Álvarez García; Coordinador: Jacobo Dopico Gómez-Aller. Tirant lo Blanc.

pertenece a un grupo criminal directamente se tipificaría como un asesinato agravado, con la pena de prisión permanente revisable, y la misma pena se impondría si el sujeto cometiera el homicidio ejecutando un plan de la organización, lo cual daría lugar a castigar de la misma manera dos hechos distintos.

En segundo lugar, el régimen regulador del terrorismo y organizaciones criminales en España<sup>75</sup> se caracteriza por dos aspectos: de una parte incriminación por la mera pertenencia y, por otra, concursos con los delitos cometidos por el perteneciente. En el proyecto actual se complica mucho más, porque a la calificación por pertenencia a una organización terrorista o criminal se superpone el asesinato cometido por miembros de organizaciones terroristas, regulado en el artículo 570 bis del Código penal, por lo tanto esta nueva regulación infringe el principio *non bis in idem*.

## 2. Por el motivo

La primera de las circunstancias del art. 140 establece que el delito de asesinato será agravado cuando la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Es curioso, pero con esta circunstancia regresa el

---

<sup>75</sup>Las especialidades para terrorismo y organizaciones criminales que aporta el Proyecto no acaban ahí. En este mismo sentido cabe decir que se produce una ampliación comiso centrado en el terrorismo y organizaciones criminales, entre otros. El actual Código Penal, tiene una regulación del comiso vinculado a la existencia de una condena penal por el delito cometido, no obstante en el Proyecto de Reforma, este apartado se revisa y se introducen importantes novedades. Entre estas modificaciones, encontramos el comiso ampliado, que afecta a los delitos de terrorismo y cometidos por organizaciones criminales, en el que los bienes decomisados provienen de otras actividades ilícitas del condenado, distintas de aquellas por las que ha sido condenado (art.127 bis del Proyecto) Cuando no resulte posible el enjuiciamiento del acusado, por las circunstancias que se prevén, se establece un comiso sin sentencia para el patrimonio ilícito( artículo 127 ter).

infanticidio indirectamente, poniendo un límite de edad a los menores considerados más “débiles” a dieciséis años. Cabe decir que no se entiende porque en la última regulación del infanticidio, este se castigaba con una pena de prisión de 6 años como máximo, y ahora con la nueva calificación de esta circunstancia se castiga con una pena de prisión permanente revisable.

La vulnerabilidad de la víctima ha sido considerada por nuestra jurisprudencia un tipo agravado del homicidio, que ha estipulado una alevosía por indefensión o desvalimiento de la víctima. Ahora con la nueva regulación, la indefensión o desvalimiento se separa de la alevosía y abarcará lo que anteriormente se consideraba como el abuso de superioridad. No obstante esta circunstancia puede comportar una vulneración del principio non bis in ídem, en el caso de que se aprecie la circunstancia como asesinato agravante más la circunstancia de alevosía, como viene haciendo la jurisprudencia.

Como se puede observar, la justificación de esta circunstancia es un mayor contenido de lo injusto frente a la indefensión y desvalimiento de la víctima.

Como importante novedad introducida en este Proyecto de reforma, es que se eleva el consentimiento sexual a los dieciséis años. Tal y como se expresa en la Exposición de Motivos, en su apartado XIII, las modificaciones de los delitos contra la libertad sexual, se han dado para llevar a cabo la transposición de la Directiva Europea 2011/93/UE<sup>76</sup>. Esta directiva define la edad de consentimiento sexual como la *“edad por debajo de la cual de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”*<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup>Directiva relativa a la lucha contra los abusos sexuales y a la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

<sup>77</sup>Artículo 2.b) de la Directiva 2011/93/UE

Como es sabido, actualmente la edad esta estipulada en nuestro Código es de 13 años, por lo que el Comité de la Organización de Naciones Unidas del Niño, al ser la edad bastante más inferior que en el resto de países europeos, ya había sugerido una reforma del Código Penal para aumentar esta edad.

En este mismo sentido, en el Proyecto de reforma se modifican las edades en los delitos de materia sexual. Concretamente las edades del Capítulo II “De los abusos sexuales” que en su artículo 182.1 donde se establece el límite para los mayores de trece años y los menores de dieciséis años, queda modificado entre los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho. En el Capítulo II BIS, se modificada el propio título estableciendo en el “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, y sustituyendo en todo el capítulo el concepto de trece años por dieciséis años.

### **c. Las reglas especiales concursales**

Los concursos de delitos también han sufrido modificaciones. El artículo 140.2 del Proyecto de Reforma describe las penas imponibles a lo que según parece derivarse de la Exposición de Motivos, es el “asesinato en serie” y para ello dispone: *“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...”*. Son graves los problemas interpretativos que esta regla produce:

- a) No nos dice si las muertes de las otras personas también deben estar calificadas como asesinato o si pueden ser delitos de homicidio. Cabe decir que el Informe del Poder Judicial nos dice que bastaría que una de las muertes sea asesinato. No obstante esto resultaría muy desproporcionado.

- b) Indica que el reo “ya ha sido condenado” por otros homicidios o asesinatos, lo que supone que *ya se le habrá impuesto una pena o más penas* pues no dice “el reo de asesinato que fuera juzgado por la muerte de más de dos personas”, sino que señala al que hubiera sido juzgado, y si así se querían referir al asesino en serie ciertamente que no lo han conseguido pese a lo que se decía en la Exposición de Motivos.
- c) Interpretando literalmente como lo dice, si ha sido ya condenado no tiene sentido, y lo lleva al régimen del 78 bis 1.b) y 78 bis 2.b) que nos dice: *Art. 78 bis 1.b): “En los casos previstos en el apartado e) del artículo 76 la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento: b. De un mínimo de 20 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 15 años”*. Y el *Art. 78 bis 2.b): “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 letra c) del apartado anterior*.
- d) Nada dice de la relación de esta regla con la circunstancia agravante de reincidencia, cuando se trata de una clara superposición de normas que indudablemente no pueden ser aplicadas simultáneamente, porque sería una grave infracción del principio de legalidad. Por lo tanto a la conclusión que llego, es que todo esto es absolutamente inútil, puesto que no se aplicarán los art. 78 bis 1.b) y 2.b) dispuestos para aumentar la pena, ya que el propio precepto ya establece la pena más grave que es la prisión permanente revisable.

Si admitimos hipotéticamente que el asesino en serie tiene que tener una tipicidad especial, lo cual sería muy discutible, hablaríamos de una tipicidad especial diferente a la del régimen de reincidencia o habitualidad, diferente también del delito continuado, porque además no puede haber una continuidad delictiva en los delitos estrictamente personales como es la vida, pues bien, si es así, se hubiera tenido que tipificar, pero no lo han hecho. Pues bien, de lo que nos dicen que quieren hacer a lo que realmente llevan a cabo, no tiene nada que ver.

El Conejo Fiscal en su informe al Proyecto de Reforma, aconseja de la supresión de la cuarta circunstancia del artículo 139, pues presentara dificultades frente a los problemas concursales y la posibilidad de que se pueda lesionar el principio non bis in idem. En esta circunstancia establece como ya se ha analizado en el apartado anterior, cuando se matare a otro para facilitar la comisión de otro delito, es decir, establece como circunstancia cuando el delito sea un medio, olvidándose de que ya existe un concurso de delitos medial, cuando una infracción es medio necesario para cometer la otra. El concurso medial como regla general ya establece que se castigará aplicando la pena en su mitad superior, por lo que no se entiende la introducción de esta nueva circunstancia.

#### **i. Las penas imponibles en los delitos de asesinato**

En relación a las penas imponibles, se han de distinguir dos casos: en primer lugar los delitos que concurran en concurso con el tipo del artículo 139 y en segundo lugar, los delitos que concurran en concurso con el artículo 140.

Pues bien, el delito de asesinato en el que concurran algunas de las circunstancias del artículo 139.1, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años. Así mismo si con este concurre otro delito, habrá que atenerse a las normas de los concursos, según sea real, medial o ideal. Teniendo en cuenta, a la hora de calcular la pena, que ésta se impondrá en su mitad superior cuando se dé concurrencia de dos o más circunstancias previstas en el propio artículo, tal y como establece el apartado segundo de dicho precepto.

En el concurso real<sup>78</sup>, el artículo 73 nos dice que se impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones cometidas. El mismo artículo nos dice que si es posible<sup>79</sup> el cumplimiento ha de ser simultáneo, y en caso de que esto no pueda ser se hará conforme al artículo 75 del Código, siguiendo el orden de su respectiva gravedad.

En la segunda opción, la del cumplimiento sucesivo, se establecen unos límites regulados en el artículo 76 del CP, que a tenor literal establece el límite excepcional de la siguiente forma:

*“a) De 25 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 de hasta 20 años.*

*b) 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.*

*c) 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.*

*d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este*

---

<sup>78</sup>Pluralidad de hechos que merecen calificación separada.

<sup>79</sup>Entendemos por posible cuando su naturaleza y efectos lo permitan, y cuando no vacíen de contenido alguna de las penas.

*Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años”.*

Este artículo también ha sido afectado por la reforma, añadiendo un nuevo apartado, que literalmente dice lo siguiente:

*“e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la Ley con penda de prisión permanente revisable, se estará a los dispuesto en los artículos 92 y 78 bis”.*

Este apartado es el que entraría en juego cuando se diera un concurso de delitos, y uno de ellos fuera el asesinato agravado tipificado en el artículo 140 CP, operando los límites establecidos en la nueva regulación del artículo 78 bis, que la reforma a modificado por completo y queda redactado a tenor literal:

*“«1. En los casos previstos en el apartado e) del artículo 76 la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento:*

*a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años,*

*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,*

*c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.*

*2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido:*

*a) Un mínimo de veinticinco años de prisión, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior.*

*b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior.*

*3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero”.*

*En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.»”*

El artículo 92 al que hace mención el apartado e) del artículo 76, también ha sido afectado por la modificación, no obstante no voy a entrar a analizarlo puesto que se trata de los requisitos para que el Tribunal pueda acordar la suspensión de la ejecución de la pena de la prisión permanente.

En conclusión, cualquier delito que concurra en concurso real con el delito agravado de asesinato, quedará materialmente sin respuesta penal puesto que este tipo de delitos se castigan con la pena de prisión permanente revisable, que es la pena más grave que se puede imponer, y, por lo tanto, las penas que se añadan a la de prisión permanente revisable no tendrían en apariencia transcendencia punitiva en orden a “prolongar” el tiempo de prisión, pero sí la tendrían, y muy significativa, en la ejecución de la pena de prisión, pues retrasarían en bastantes años la posibilidad de alcanzar el tercer grado (art.78 bis) y con ello, el hipotético acceso a la libertad condicional (art.92).

En relación al concurso ideal<sup>80</sup> y al concurso medial<sup>81</sup>, con carácter general se castigará aplicando la mitad superior de la pena más grave de la

---

<sup>80</sup>Un solo hecho constituye dos o más infracciones.

<sup>81</sup>Una infracción es medio necesario para cometer la otra.

infracción cometida. Así mismo, en el caso de concurso medial, hay que tener en cuenta que hay dos aspectos: en primer lugar, que la circunstancia 2º del artículo 140.1, establece como asesinato agravado que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual sobre la víctima, por lo cual en este caso no se aplicaría la regla general, puesto que el propio tipo ya establece la pena máxima, que como bien sabemos es la prisión permanente revisable, y en segundo lugar y con la misma argumentación tampoco podría aplicarse el concurso real.

El otro aspecto a comentar es que una de las circunstancias del tipo del asesinato regulada en el artículo 139.1.4ª que establece que cuando se matare a otro para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, el propio hecho ya hace que sea un homicidio agravado tipificado como asesinato. Así mismo la pena de la concurrencia con el otro delito se computará según sea concurso real o bien medial o ideal.

## **VI. CONCLUSIONES**

- I. Para concluir estas páginas dedicadas al estudio de la evolución del asesinato a lo largo de la historia hasta llegar a la actualidad dónde nos encontramos con un Proyecto de Reforma del actual Código Penal, en concreto en el delito que nos ocupa y ante esta necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia, según nos expresa el pre-legislador en la Exposición de Motivos del mencionado Proyecto, comenzaré por recordar que el Derecho, se halla intrínsecamente vinculado a la sociedad y al paso del tiempo, y es por ello que se va modificando y evolucionando al igual que las relaciones sociales que regula, y en el momento actual que vivimos, los índices de criminalidad no han aumentado,

sino que según estudios, se estima una progresión decreciente, y, en todo caso, ningún aumento del índice de asesinatos.

- II. A buen seguro, la configuración del delito de asesinato en el derecho penal español está anticuada, según extendida opinión. Por lo tanto hubiera habido consenso en acometer una reforma actualizadora. Pero el pre-legislador gubernamental no tiene ningún interés en revisar lo anticuado, sino solamente en aumentar a toda costa la dureza del Código penal en general, y concretamente en la regulación del asesinato.
- III. Una vez más, las reformas de las leyes penales no obedecen a vicios de constitucionalidad profunda, ni a razones de necesidad sentidas en la práctica o a defectos técnicos, o, simplemente, a envejecimiento de la norma que deviene lejana al tiempo en que se ha de aplicar. Por el contrario: solo el populismo punitivo, cuando no la demagogia, han guiado al legislador, inspirado siempre por criterios regresivos.
- IV. Esta reforma tenía la prioritaria intención de introducir la prisión permanente revisable, al igual que se encuentra en diferentes países, pero no ajustándose a nuestros valores constitucionales internos ni a la normativa internacional de los Derechos Humanos, ni explicable por razones de necesidad. Además de ello, el pre-legislador parece olvidar plenamente las ya durísimas normas de determinación de la pena que contiene el derecho penal español, pues hay que recordar la vigente posibilidad de cumplimiento continuo de penas de hasta 40 años de prisión.
- V. En la misma línea de ignorar las disposiciones del derecho vigente, el pre-legislador parece empeñado en separar al delito de asesinato de toda las reglas que el CP contiene para regular los concursos de delitos mediales o reales.

- VI. No mejor suerte corre el principio *non bis in idem*, pues la reforma propuesta ofrece claros casos de superposición de dos respuestas punitivas para un mismo hecho o circunstancia.
- VII. Con todo, y en orden al aumento de la ya notable saturación de nuestras prisiones, que como ya es sabido por todos nosotros, actualmente ya es grave, será mucho más trascendente la modificación de las penas que se introducen en hurto y robo. Ahí el legislador desprecia, ante todo la proporcionalidad, pero además el elevado coste que esto supondrá para el Estado y que repercutirá indirectamente en los ciudadanos, como todas las decisiones que toma el Gobierno, justamente en este momento económico tan difícil que estamos viviendo, y que vivimos con ansias de superar y continuar.
- VIII. La interpretación de las circunstancias que agravan el homicidio y lo convierten en asesinato está en manos de nuestra jurisprudencia que en ocasiones ha sido más rigurosa y en otras más flexible. No obstante las nuevas circunstancias que se introducen en esta modificación, van a ser una segura fuente de problemas, a la hora de su interpretación y de las dificultades concúrsales que esto conllevará.
- IX. Lo mejor que podría suceder con el presente Proyecto de Ley de Reforma del Código penal es que, por la razón que sea, no llegue a transformarse en Ley, aunque por desgracia ese sea un deseo ingenuo.

Para finalizar, quiero cerrar este trabajo con una cita de Montesquieu<sup>82</sup> que dice: **“Las Leyes inútiles debilitan las necesarias”**. Con estas palabras sólo quería expresar, que considero totalmente innecesaria esta reforma, sobretodo en el tema que nos ocupa, el asesinato.

---

<sup>82</sup>Louis de Secondat, Barón de Montesquieu (escritor y político francés 1689-1755)

## **VII. JURISPRUDENCIA RELEVANTE**

Concepto Alevosía. Sentencias del Tribunal Supremo:

- Sentencia núm. 895/2011 de 15 de julio [RJ\2011\6154]
- Sentencia núm. 1370/2011 de 16 de diciembre [RJ\2012\86]
- Sentencia núm. 357/2002 de 4 de marzo [RJ\2002\3727]
- Sentencia núm. 1083/2005 de 28 de setiembre [RJ\2005\7201]

Sentencias Audiencia Provincial:

- Audiencia Provincial de Toledo Sentencia núm. 30/2010 de 21 de junio [JUR\2010\266394]
- Audiencia Provincial de Madrid Sentencia núm. 200/2011 de 18 de mayo [JUR\2011\225135]

Concepto precio, recompensa o promesa:

- Audiencia Provincial de Madrid Sentencia núm. 200/2011 de 18 de mayo [JUR\2011\225135]

Concepto Ensañamiento. Sentencias del Tribunal Supremo:

- Sentencia núm. 690/2009 de 25 de junio [RJ 2009\4714]
- Sentencia núm. 895/2011 de 15 de julio [RJ\2011\6154]
- Sentencia núm. 583/2012 de 10 de julio [RJ\2012\8037]
- Sentencia núm. 1554/2003 de 19 noviembre [RJ\2003\9247]

Dolo eventual en asesinato: Sentencias del Tribunal Supremo:

- Sentencia núm. 622/2009 de 10 de junio [RJ\2009\4902]
- Sentencia núm. 119/2004 de 2 de febrero [RJ 2004\2059]
- Sentencia núm. 415/2004 de 25 de marzo [RJ 2004\2302]
- Sentencia núm. 514/2004 de 19 de abril [RJ 2004\2819]
- Sentencia núm. 653/2004 de 24 de mayo [RJ 2004\7810]
- Sentencia núm. 2615/93 de 20 de diciembre [RJ 1993\9578]
- Sentencia núm. 975/96 de 21 de enero de 1997 [RJ 1997\461]
- Sentencia núm. 1006/99 de 21 de junio [RJ 1999\5975]
- Sentencia núm. 1011/2001 de 4 de junio [RJ 2001\9960]
- Sentencia núm. 1804/2002 de 31 de octubre [RJ 2002\10239]
- Sentencia núm. 71/2003 de 20 de enero [RJ 2003\891]
- Sentencia núm. 1010/2002 de 3 de junio [RJ 2002\5677]
- Sentencia núm. 1007/2006 de 10 de octubre [RJ 2006\8361]

## **VIII. BIBLIOGRAFIA**

- Tratado de la parte especial del derecho Penal. A. Quintano Ripollés. Ed. Revista de derecho privado. Tomo I.
- Parte General del derecho Penal. Thomson Reuters. Gonzalo Quintero Olivares. 4ª edición.
- Comentarios al nuevo Código Penal. 3ª Edición, Gonzalo Quintero Olivares (Director), Fermín Morales Prats (Coordinador). Ed. Thomson Aranzadi
- Memento Penal. Francis Lefebvre. Edición 2011. Coordinador: Fernando Molina Fernández
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (Código Penal de 1995).
- Decreto 3096/1973, de 14 de setiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (Código Penal de 1973)
- Ley de 17 de Junio de 1870, Código Penal de 1870
- Real Decreto de 19 de marzo de 1848, (Código Penal de 1848)
- Real Decreto de 8 de julio de 1822 (Código Penal de 1822)
- Novísima Recopilación de las Leyes de España. En que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II, en el año 1567, reimpressa últimamente en el de 1775: Y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, ordenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804. Madrid 1805. Tomo V (libros X, XI y XII).
- Proyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, de 20 de setiembre de 2013.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal.
- Informe del Consejo Fiscal del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal.

- Dictamen del Consejo del Estado del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal.
- Tesis doctoral de la Universidad de Alicante del año 2000 del Sr. Alfonso Mesa Valiente.
- “La actual reforma del Código Penal: ¿acierto o confusión? Artículo del Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca Julio Fernández García
- Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio.
- El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de la religión católica. Ricardo García García, Universidad Autónoma de Madrid.
- La Pena de muerte en los Códigos penales españoles. Colaboración. José Martí Soro, Fiscal Municipal en Valencia de 1971.
- El Código Penal de 1870. Sección Doctrinal. José Antón Oneca, Catedrático jubilado de Derecho penal.
- El Código Penal de 1822. Sección Doctrinal. José Antón Oneca, Catedrático jubilado de Derecho penal.
- “La próxima reforma del Código penal español, una modificación innecesaria”. Concepción Sáez Rodríguez, Secretaria Judicial. Madrid diciembre de 2012.
- Circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencia. Manuel José Arias Eibe. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- Notas al anteproyecto de reforma del Código Penal Español de octubre de 2012. Alfonso Serrano Gómez. Profesor Emérito del Derecho Penal UNED. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- Esquemas de la parte especial del derecho penal (I). Tomo XXXII. Tirant lo Blanc.
- El dolo eventual en el asesinato. BORJA MAPELLI CAFFARENA. Profesor Titular de Derecho Penal. Sevilla.
- Acerca del dolo eventual. Estudios de derecho Penal, 3ª Ed (1990). Enrique Gimbernat Ordeig.

- Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato). Artículo de Enrique Gimbernat Ordeig.

- “Constitución elementos fundamentales y sistema penal”. Libro Homenaje a T. Vives. Valencia, Ed. Tirant lo Blanc de 2009. (Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad. Gonzalo Quintero Olivares, Catedrático de Derecho Penal).

## **IX. WEBGRAFIA**

- [http://www.usc.es/histoder/historia\\_del\\_derecho/textos.htm](http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm)(fecha de consulta 03-03-14)

- [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html)(fecha de consulta 20-03-14)

- <http://www.abogacia.es/2013/09/23/el-gobierno-aprueba-una-reforma-completa-del-codigo-penal/>(fecha de consulta 03-03-14)

- [http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder\\_Judicial/En\\_Portada/Informe\\_de\\_l\\_Consejo\\_General\\_del\\_Poder\\_Judicial\\_al\\_Anteproyecto\\_de\\_Reforma\\_del\\_Codigo\\_Penal](http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_Judicial/En_Portada/Informe_de_l_Consejo_General_del_Poder_Judicial_al_Anteproyecto_de_Reforma_del_Codigo_Penal)(fecha de consulta 03-03 -14)

- <http://www.legaltoday.com/leyes-en-tramite/reforma-del-codigo-penal/la-reforma-del-codigo-penal-revisa-todo-el-sistema> (fecha de consulta 03-03 -14)

- [http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/200913Enlace\\_ReformaCodigoPenal.htm](http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/200913Enlace_ReformaCodigoPenal.htm)(fecha de consulta 20-02 -14)

- [http://www.foromanchego.es/index.php?option=com\\_content&view=article&id=129%3Ael-derecho-penal-en-la-historia-recorrido-historico-del-ius-puniendi-4o-parte&catid=12%3Aarticulos-doctrinales&Itemid=19&limitstart=4](http://www.foromanchego.es/index.php?option=com_content&view=article&id=129%3Ael-derecho-penal-en-la-historia-recorrido-historico-del-ius-puniendi-4o-parte&catid=12%3Aarticulos-doctrinales&Itemid=19&limitstart=4)(fecha de consulta 20-02-14)

- <http://www.20minutos.es/noticia/1925027/0/codigo-penal/reforma/gobierno-consejo-de-ministros/#xtor=AD-15&xts=467263>(fecha de consulta 20-02 -14)
- [http://www.huffingtonpost.es/2013/09/20/cambios-codigo-penal\\_n\\_3960517.html](http://www.huffingtonpost.es/2013/09/20/cambios-codigo-penal_n_3960517.html)(fecha de consulta 26-02 -14)
- [http://www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/reforma-Codigo-Penal-castigar-reinsertar\\_0\\_183732313.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/reforma-Codigo-Penal-castigar-reinsertar_0_183732313.html)(fecha de consulta 26-02-14)
- <http://blogs.20minutos.es/yaestaellistoquetodolosabe/tag/ley-cornelia-sobre-apunaladores-y-envenenadores/>(fecha de consulta 20-02-14)
- <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>(fecha de consulta 03-03-14)
- <https://archive.org/details/novsimarecopila00spaigoog>(fecha de consulta 03-03-14)
- [http://www.corazones.org/moral/10\\_mandamientos/a\\_10mandamientos.htm](http://www.corazones.org/moral/10_mandamientos/a_10mandamientos.htm)(fecha de consulta 20-02 -14)
- [http://www.elderecho.com/penal/reforma\\_del\\_codigo\\_penal-Ley\\_Organica\\_10-1995-supresion\\_de\\_las\\_faltas\\_11\\_620680002.html](http://www.elderecho.com/penal/reforma_del_codigo_penal-Ley_Organica_10-1995-supresion_de_las_faltas_11_620680002.html)(fecha de consulta 20-02-14)
- <http://www.monografias.com/trabajos97/ley-xii-tablas-derecho-romano/ley-xii-tablas-derecho-romano.shtml#ixzz2svLdJoOF>(fecha de consulta 10-02-14)
- <http://www.slideshare.net/Saagradaid/las-12-tablas-de-justiniano#>(fecha de consulta 10-02-14)
- <http://derechosderoma.blogspot.com.es/p/la-ley-de-las-doce-tablas.html>(fecha de consulta 10-02-14)
- <http://www.apunteshistoria.com/historico/ley-de-las-doce-tablas/275/26.html> (fecha de consulta 10-02-14)
- [http://exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho\\_penal\\_parte\\_especial/Derecho\\_penal\\_parte\\_especial\\_\(Modulo\\_1\).pdf](http://exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_parte_especial/Derecho_penal_parte_especial_(Modulo_1).pdf)(fecha de consulta 27-03-14)



LA EVOLUCIÓN DEL ASESINATO by [GILI CORTILLAS, IVETTE](#) is licensed under a [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional License](#).

Puede hallar permisos más allá de los concedidos con esta licencia en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca>