

DELITOS DE HOMICIDIO Y ASESINATO EN LA REFORMA OPERADA EN EL
CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 1/2015

Fidel Ángel Cadena Serrano
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

RESUMEN. *La reforma operada por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, modifica el Código Penal (CP) en materia de homicidios y asesinatos. En el asesinato se establecen tres clases: el asesinato simple, el agravado y el hiperagravado, que pasa a castigarse con la pena de prisión permanente revisable.*

En cuanto al asesinato simple, regulado en el artículo 139 del CP, pasa a incluir como tal a los supuestos en los que se causa la muerte de otro para facilitar la comisión de un delito o para evitar su descubrimiento. También se amplía en dicho asesinato simple el marco penal, que pasa a ser de 15 a 25 años. En el asesinato agravado, regulado en el artículo 139.2 CP, se establece que cuando concorra más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena del asesinato simple en su mitad superior.

En lo que se refiere al asesinato hiperagravado, se prevé la imposición de la pena de prisión permanente revisable, en los tres supuestos recogidos en el artículo 140.1 del CP: asesinato de menores de 16 años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal y asesinatos reiterados y cometidos en serie. Estas tres circunstancias del artículo 140.1, por coherencia, pasan a ser también circunstancias que cualifican el delito de homicidio. Al tiempo se ha previsto también la agravación del homicidio que fuera al mismo tiempo constitutivo de un delito de atentado de un delito del artículo 150 CP.

Sobre la exégesis, finalidad y sentido de las descritas modificaciones desglosa el autor sus comentarios críticos.

SUMARIO. I.- Consideraciones generales sobre la reforma del Código Penal. II.- La pena de prisión permanente revisable y su relación con el delito de asesinato. III.- La regulación del homicidio. IV.- La regulación del asesinato simple. V.- El asesinato agravado. VI.- Los asesinatos hiperagravados. Víctima de 16 años o persona especialmente vulnerable por la edad, enfermedad o discapacidad. VII.- Asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. VIII.- Asesinato cometido por miembro de organización o grupo criminal. VIII.- Asesinato terrorista. IX.- Asesinato en serie. X.- Libertad vigilada. XI. Homicidio imprudente.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DEL CP

Tras la aprobación del CP de 1995, el llamado Código de la democracia, la operada por la LO 1/2015 constituye la reforma número 27 de su contenido y regulación. Es discutible que tantas modificaciones del Texto legal sean necesarias. El Consejo Fiscal (CF), en su informe al Anteproyecto de Ley, critica las continuas modificaciones que se realizan sobre el CP 95, destacando la necesidad de estabilidad de la Ley penal, y alertando sobre los riesgos inherentes a un proceso continuado de modificaciones en su texto.

Frente a un sistema de cambios continuos considera el Consejo Fiscal que el CP representa la Constitución en negativo, y por ello, en cuanto tutela los bienes jurídicos más preciados e incorpora el catálogo de sanciones más graves a los ataques más intolerables a aquéllos, **debe estar siempre presidido por la certeza, la seguridad jurídica y la taxatividad.** La idea que representa al CP como Constitución en negativo es atractiva. La Constitución Española (CE) proclama los derechos fundamentales como límites a la actuación del Estado frente al individuo, pero es el CP el que eleva a la categoría de bien jurídico, no al derecho a la vida, sino al valor que orienta teleológicamente a la norma del homicidio o

asesinato. En nuestro caso, al valor “vida” que trasciende al “derecho a la vida”. Y es que el bien jurídico ha pasado a ser contemplado, no en su vertiente negativa, para negar antijuridicidad material a comportamientos típicos, sino, en sentido positivo, con la finalidad de inspirar la creación de preceptos y normas que integren un valor que trasciende al propio derecho como garantía instrumental que lo positiviza.

La consecuencia indeseable de las modificaciones continuas en los textos legislativos básicos se plasma en la puesta en riesgo o no interiorización de esos valores. Por eso, más allá de la necesidad de incorporar Decisiones Marco y Directivas, sobre cuya realidad no hay crítica, el recurso fácil a la legislación motorizada, que criticara Karl Smith, no es el camino más idóneo para conseguir que los valores que el CP proclama calen en el espíritu colectivo.

En el ámbito de los delitos contra la vida humana independiente la reforma es de gran calado y guarda relación íntima con la pena de prisión permanente revisable. No parece, sin embargo, que la modificación en este ámbito hubiera sido reclamada por el clima de inseguridad. La tasa de homicidios de España es de las más bajas de Europa. Según el propio Ministerio del Interior, la tasa de criminalidad española en 2011, (delitos por cada mil habitantes), es de 48,8, cifra que es inferior a la de Francia (56,4), Alemania (73,8), y Reino Unido (77,7), y solo ligeramente superior a las de Italia (43,8) y Portugal (40,1). Por lo que se refiere a los homicidios dolosos y asesinatos consumados la tasa por cada cien mil habitantes correspondiente al año 2011 fue de 0,82, inferior a la del año 2010 (0,85). Esta tasa es menor a la de los restantes países europeos. Desde este punto de vista la necesidad político criminal de la reforma en el marco de los delitos contra la vida humana independiente es discutible.

II.- LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE ASESINATO.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en relación con la pena de prisión permanente revisable, expone que *la reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.*

La pena de prisión permanente guarda, por tanto, relación íntima con la reforma del asesinato hiperagravado del artículo 140 CP. En efecto, se aplicará la prisión permanente revisable a los siguientes delitos:

- 1º) Asesinato de un menor de 16 años o persona especialmente vulnerable;
- 2º) Asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual;
- 3º) Asesinato en el seno de una organización criminal, incluidos los asesinatos u homicidios cometidos por miembros de organizaciones terroristas.

4º) Asesinatos reiterados o cometidos en serie.

5º) Homicidio del jefe del Estado o su heredero, de jefes de Estado extranjeros u otras personas internacionalmente protegidas por un tratado;

6º) Genocidio cuando se causare la muerte de alguna persona o se agrediere sexualmente alguno de sus miembros o se produjeran alguna de las lesiones del artículo 149 CP.

7º) Delitos de lesa humanidad cuando se hubiera causado la muerte de una persona.

Dado que la mayoría de estos delitos estaban castigados en el CP con penas de hasta 25 años de prisión determinados sectores doctrinales han criticado la oportunidad de la reforma en este punto. Curiosamente en la previsión típica de todos esos crímenes el legislador emplea la expresión “pena de prisión permanente revisable” para definir la consecuencia jurídica correspondiente a la realización de su injusto típico. Pero no ocurre así con el asesinato u homicidio terrorista, pues el artículo 573 bis del nuevo CP, en su apartado 1.1ª, expresa que el delito de terrorismo se castigará con la pena **“de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”** si se causara la muerte de una persona. La nomenclatura constituye ejemplo de puro eufemismo y elude utilizar el término “prisión permanente revisable” recurriendo a otro que se imaginaba sinónimo o equivalente. La razón de esa forma de expresión semántica o gramatical no fue otra que conseguir que la reforma antiterrorista obtuviera el apoyo de grupos políticos que ya habían anunciado su voluntad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra la pena de prisión permanente revisable. Aun siendo ese el propósito, la nueva redacción del artículo 573 bis 1,1ª servirá de argumento para sostener que por su inconcreción podría sufrir el principio de legalidad en su garantía penal tal y como se recoge en el artículo 2 CP, pues resultando evidente por el estudio histórico y sistemático del precepto que el crimen terrorista quiso castigarse con la pena de prisión permanente revisable, la fórmula utilizada se criticará como deficitaria a tal propósito, sobre el argumento artificial de que “la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el CP” no sería la de prisión permanente revisable.

Pues bien, aunque el artículo 35 CP dice que “son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa”, y por tanto la pena de prisión permanente revisable y la de prisión son distintas esa observación no nos debe llevar a la conclusión de que la mejorable fórmula excluye a la prisión permanente revisable. Habrá de recurrirse a la interpretación histórica, sistemática y teleológica para superar el desliz gramatical. Los artículos 78 bis 3 y 92 que regulan la progresión al grado tercero y la libertad condicional en los delitos de terrorismo cuando el sujeto hubiera sido condenado por varios delitos y una de las penas sea de prisión permanente permiten deducir que la pena del artículo 573 bis 1,1ª es la de prisión permanente revisable. Por ello es evidente que el delito de asesinato u homicidio terrorista, previsto y penado en el artículo 573 bis del nuevo CP, en su apartado 1. 1ª CP, debe entenderse castigado con la pena de prisión permanente revisable.

III.- LA REGULACIÓN DEL HOMICIDIO

No había merecido el homicidio la atención del Anteproyecto del Código Penal (APCP). Éste se había limitado a modificar el asesinato, pero sin reparar en que la modificación de aquél podía afectar al homicidio.

En efecto, el artículo 140.1 del APCP disponía lo siguiente:

“El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. Que la víctima sea menor de 16 años, o se trate de 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 una organización criminal.

Ante tal regulación era verdaderamente llamativo, como puso de relieve el informe del Consejo Fiscal¹, que las tres circunstancias agravatorias del artículo 140.1 APCP no figurasen como agravantes específicas en el delito de homicidio. La influencia de las mismas en el homicidio quedaría circunscrita a su eventual subsunción en alguna de las circunstancias agravantes genéricas, como el abuso de superioridad en el caso de víctimas espacialmente vulnerables, o a su valoración como elemento ponderable en la correcta individualización de la pena en los demás casos. En su crítica al APCP, la solución aportada por el Consejo Fiscal para evitar esa disfunción sistemática era que las circunstancias del artículo 140.1 APCP fuesen consideradas igualmente como agravantes específicas del delito de homicidio. Dicha solución descansaba en la consideración del homicidio como tipo básico y del asesinato como tipo cualificado de aquél, en cuanto poseería todos sus elementos estructurales más algunos que lo convierten en especial. Algunos pensaron que la reflexión tal vez debiera ser más profunda para colocarnos en la perspectiva de la auténtica relación concursal entre asesinato y homicidio, en lo que afecta a la decisiva cuestión de si, como ha sido usual hasta ahora en el Derecho continental europeo, es el homicidio el tipo básico y el asesinato un tipo cualificado o, como se propone cada vez con mayor insistencia, es el asesinato el tipo básico y el homicidio un tipo privilegiado de aquél, que no necesitaría recoger todos sus elementos estructurales.

Sea como fuere, y tras esa reflexión, el Proyecto del Código Penal (PCP), primero y la LO 1/2015, después, aceptando las críticas del Consejo Fiscal, optaron por incorporar las circunstancias del artículo 140.1 también al homicidio. Con tal decisión, calificada como consecuencia perversa de la crítica del Consejo Fiscal, parece sostenerse la relación concursal clásica entre homicidio y asesinato, considerándose éste como un tipo cualificado de aquél.

En la Exposición de Motivos del PCP, corrigiendo aquel desvío dogmático, se proclamaba que *“las circunstancias del artículo 140.1, por coherencia, pasan a ser también circunstancias que cualifican el delito de homicidio”*. Respecto de las tres circunstancias del artículo 140.1, ahora también comprendidas en el artículo 138.2.a) CP, efectuaremos su comentario en el delito cualificado de asesinato, con la finalidad de no repetir exégesis. Pero conste que si concurren nos colocan en presencia del subtipo agravado de homicidio del artículo 138.2.a) CP.

También ha sido modificado el delito de homicidio para incorporar un apartado nuevo en el artículo 138.2.b) CP. En el Preámbulo de la LO 1/2015 se proclama que *se ha previsto también la agravación del homicidio de autoridades, funcionarios y agentes de la autoridad – cuando son víctimas de este delito en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas– con*

¹ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP de 2012.

la finalidad, especialmente, de reforzar la protección de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En el nuevo CP, el artículo 138, en definitiva, queda redactado del siguiente modo:

- 1.- El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.
- 2.- Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:
 - a) cuando concurrieren en su comisión alguna de las circunstancias del artículo 140, o
 - b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 CP.

La penalidad del artículo 138.2 indicado puede resultar desproporcionada, sobre todo si se repara en que puede llegar a superar a la del asesinato básico del artículo 139.1 PCP. En efecto, su penalidad será de 15 a 22 años y seis meses de prisión, que puede llegar a superar amplios espacios dosimétricos del asesinato simple del artículo 139.1 CP e incluso del asesinato agravado del artículo 139.2 CP.

Estudiando el artículo 138.2.b) PCP se observa que rompe nuevamente la relación de concurso de normas entre el homicidio y el asesinato. En virtud de esa relación el homicidio es el tipo básico y el asesinato el tipo agravado, que contiene todos los elementos constitutivos del tipo de lo injusto del primero, más algunos que le son propios, de ahí su especialidad. A partir del precepto comentado, esa relación quiebra, pues existirá un delito de homicidio básico, el del artículo 138.1 PCP y otros cualificados, los de los artículos 138.2.a) y b). Pero además, las circunstancias de agravación específicas del artículo 138.2.b) dejan de ser circunstancias que abarque el asesinato, por lo ya no podrá hablarse, al menos en estos supuestos, de relación entre un tipo básico y otro cualificado. Es decir, se ha introducido el artículo 138.2.a) por coherencia y para preservar esa relación de especialidad y, al mismo tiempo, se ha incorporado el artículo 138.2.b) de manera incoherente, rompiendo la misma especialidad. En tales circunstancias, el homicidio con atentado se calificará de forma distinta al asesinato que al mismo tiempo constituya atentado. En el primer caso, se aplicará solo el artículo 138.2.a), pero si concurren asesinato y atentado habrán de penarse ambos delitos en concurso ideal.

Cuando se cometa el delito de homicidio sobre autoridad, funcionario o agentes de la autoridad, estando éstos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, sólo se impondrá la pena de este nuevo precepto y no además la del delito de atentado, pues tal forma de penar lesionaría el principio *ne bis in idem*. Se trata, en definitiva, de un subtipo agravado que abarca en su totalidad ambos injustos: el ataque contra la vida y el desprecio a la legitimidad del orden democrático. Por ello su penalidad se desborda.

También podría pensarse que realmente se trata de un concurso ideal, sólo que para reforzar la protección de la autoridad, funcionarios o sus agentes, se ha superado la fórmula penológica del artículo 77.2 CP para establecerse otra penalidad superior, que excede de la pena del delito más grave en su mitad superior y de la que procedería imponer por separado.

Con todo seguirá siendo incoherente que cuando se cometa un delito de asesinato a agentes de la autoridad, funcionario o autoridad, con ocasión de sus funciones o en el ejercicio de las mismas, se deba calificar como un concurso ideal entre el delito del artículo 139 y el delito de atentado del artículo 550 CP o sus subtipos, mientras que si el atentado del artículo 550 concurre con el homicidio se haya de aplicar únicamente el artículo 138.2.b) CP.

Pero no solo eso es criticable. Resultando que la voluntad del legislador es la protección especial de los agentes de la autoridad y habiéndose incorporado solo la fórmula al homicidio nos asaltan varias reflexiones. La primera es que, generalmente, la muerte dolosa de los agentes de la autoridad es alevosa lo que nos coloca en presencia del asesinato para el que no sirve el diseño novedoso del artículo 138.2.b). En efecto, son rarísimos los atentados que al mismo tiempo solo constituyan homicidio, pues nadie se enfrenta en condiciones de igualdad a los servidores de la ley. La segunda reflexión nos pone en la perspectiva de que estos atentados son obras casi siempre de grupos terroristas y para esos casos existe un específico delito de atentado terrorista en el artículo 573 bis 2 CP.

La fórmula del artículo 138.2.b) es también discutible, en tanto en cuanto el artículo 550 PCP, posee los subtipos del artículo 551 PCP no mencionados en aquél. El subtipo del artículo 551.1 PCP, por cierto, relativo, al uso de armas u objetos peligrosos, casi siempre resultará concurrente en el atentado a la a la autoridad o sus agentes, por lo que resultaría absurda su exclusión.

No queda, por ello, aclarado, si también se integrarían en el nuevo precepto, los atentados cualificados del artículo 551 CP, o solo el tipo básico del artículo 550 PCP. Parece que es evidente que si el atentado simple del artículo 550 PCP permite la elevación de pena del artículo 138.2.b) CP, con mayor motivo el atentado cualificado del artículo 551 PCP. En cualquier caso, si el atentado lo fuese del artículo 551 CP de cometerse con el homicidio se aplicaría el artículo 138.2.b), pero sin agravación de la pena, pudiendo valorarse las circunstancias del artículo 551.1, 2, 3 y 4 CP en la individualización de la pena.

Tampoco se recogen en el artículo 138.2 PCP los atentados del artículo 554 PCP, creando incertidumbre sobre su inclusión. En principio no parece que debiera excluirse el atentado del artículo 554.1, sobre miembro de las fuerzas armadas uniformado que cumple un deber legal y reglamentario, pues la Exposición de Motivos habla de que con el precepto del artículo 138.2.b) CP se ha pretendido cualificar el homicidio **de autoridades, funcionarios o agentes de la autoridad**, cuando son víctimas de este delito en el ejercicio de su funciones o con ocasión de las mismas. Igualmente no se aclara si los atentados del artículo 554.2 CP, sobre particulares que acuden en ayuda de la autoridad o sus agentes y del artículo 554.3 CP, relativos a bomberos, personal sanitario o de socorro y seguridad privada que actúan en supuestos de incendio o pública calamidad, quedan incluidos en el artículo 138.2.a) CP. Para nosotros aunque la remisión penológica a los artículos 550 y 551 PCP parece sugerirlo, los atentados del artículo 554.2 y 3 no se integrarían el tipo del artículo 550 por la necesaria interpretación estricta del tipo penal y por que la remisión es solo penológica, no ontológica. La inclusión de los miembros de fuerzas armadas en el elenco de sujetos pasivos del artículo 550 que proponemos resultaría así coherente con el artículo 573 bis 2 CP reformado por LO 2/2015.

El artículo 550 PCP ha sido modificado incorporando al mismo no sólo el atentado del vigente artículo 550 CP, sino también el contenido del actual artículo 552, cuando el sujeto pasivo lo es alguna de las personas cualificadas mencionadas en el mismo. A ese elenco de personas especialmente protegidas, ha unido el CP, en el artículo 550.3 –que sustituye al artículo 552 CP- a los jueces, magistrados y fiscales. Desde luego, todos los atentados del artículo 550 PCP quedarían incluidos en la regulación y penalidad del artículo 138.2 CP. También los atentados contra funcionarios docentes o sanitarios, ahora incluidos en el artículo 550.2 CP.

IV.- LA REGULACIÓN DEL ASESINATO SIMPLE

1.- El artículo 139 del CP queda redactado del siguiente modo:

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

1ª. Con alevosía.

2ª. Por precio, recompensa o promesa.

3ª. Con ensañamiento, aumentando delibera 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 artículo anterior, se impondrá la pena en su mitad superior”.

Al margen de los graves atentados gramaticales la novedad del precepto reside en que incluye una nueva circunstancia que cualifica el homicidio convirtiéndolo en asesinato, cual es, la de “matar a otro para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra”. Tal circunstancia figuraba ya en el párrafo 211 del St.GB², que reza del siguiente tenor literal:

“Der Mörder wird mitlebenslanger Freiheitsstrafe bestarft.

Mörder ist, wer: Aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstrieb, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet”.

Podríamos traducirlo de esta manera:

“El asesinato se castigará con pena privativa de libertad de por vida.

Asesino es quien mata a un ser humano: por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia o de otra manera por móviles abyectos, con alevosía o cruelmente, o con medios que constituyen peligro público, o como medio para cometer otro delito o para encubrirlo”.

La introducción de la circunstancia nº 4 del artículo 139.1 CP de “matar a otro para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra” para cualificar el asesinato suscita controversia desde sus orígenes. También decíamos que la redacción gramatical es deficitaria. El legislador no puede expresarse con incorrección semántica. Su ligereza en la expresión puede afectar al principio de legalidad y a la taxatividad de los tipos. Si en la redacción del tipo se expresa que será castigado con pena determinada el que matare a otro, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes, sobran las preposiciones “con”, “por” y “con” que preceden a los sustantivos alevosía, precio, recompensa o promesa y ensañamiento. En cuanto a la novedosa introducción de la cuarta circunstancia, podría haberse introducido en un segundo párrafo con el siguiente tenor: “También será castigado con la pena de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro, como medio para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”.

Como se ha visto la circunstancia cuarta reproduce casi literalmente la fórmula del CP alemán, en su párrafo 211 *in fine*, donde se considera asesino a quien mata a un ser humano, como medio para cometer otro delito o para conseguir encubrirlo. La penalidad del asesinato básico del artículo 139 CP en el CP pasa a ser de quince a veinticinco años. Ya

²Joecks Wolfgang, *Studienkommentar St.GB*, 2 Auflag. Verlag C. H. Beck, München, 2000.

sabemos que la del artículo 139 actual es de quince a veinte años. Según la Exposición de Motivos del APCP³ la revisión de la penalidad de este tipo de asesinato, al que se llama “no agravado”, perseguiría el objetivo de “*ampliar el marco penal dentro del cual los Tribunales deben fijar la pena justa*”. En verdad, más que ampliar el marco penal, lo que se ha hecho es extenderlo por arriba, pero no reducirlo por abajo. Cuando concurren más de una de las circunstancias del asesinato, el artículo 140.2 CP se impondrá la pena del asesinato simple en su mitad superior, es decir, en la extensión dosimétrica de 20 a 25 años.

Peñaranda⁴ considera que la elevación de la penalidad es criticable. También el informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que cree que la determinación de ese marco penal tan amplio puede hacer ilusoria la función de rehabilitación de la pena.

Según la doctrina, la *ratio essendi* de la novedosa cualificación de la modalidad de “facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra” puede verse o en la mayor antijuridicidad o en la mayor culpabilidad. Desde la primera perspectiva, destaca Peñaranda⁵ que si lo decisivo fuera un mayor contenido de injusto derivado de la conexión entre el homicidio y la otra infracción, la buscada como fin o la encubierta como objetivo, la mayor o menor gravedad de esta segunda finalidad tendría que ser correspondientemente considerada, al igual que la mayor o menor proximidad de la lesión del segundo bien jurídico en los supuestos de encubrimiento y la mayor o menor idoneidad objetiva de la preparación o el intento para conseguir producir la muerte en los casos de medialidad. También se objeta por Peralta⁶ que el precepto puede significar una vuelta indeseada al Derecho penal de autor, en tanto en cuanto parece castigarse el plan subjetivo del autor con carácter anticipado. No parece, en efecto, que el legislador haya pensado en el contenido de lo injusto del delito fin o del delito encubierto, sino solamente en el plan subjetivo del autor en cuanto mata a un ser humano con el propósito de facilitar la comisión de otro delito o de evitar el descubrimiento del ya cometido. Lo determinante parece ser que el sujeto prive de la vida a un semejante como medio para cometer otro delito o como remedio para encubrirlo. Esa insoportable banalización de la vida y del propio ser humano, convertido en mero instrumento del que puede prescindirse para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el delito ya cometido, parece estar en la esencia de la innovadora cualificación.

En cuanto a la primera parte de la cualificación consistente en facilitar la comisión de otro delito el fundamento puede verse, tanto en el mayor contenido de lo injusto derivado de la conexión medial con otro injusto adicional, como en la mayor “reprochabilidad” consustancial a la peligrosa infravaloración de la vida humana que expresa quien actúa movido por tan instrumental fin. El autor banaliza la vida humana demostrando que está dispuesto a matar, no como finalidad, sino por ser el medio preciso para cumplir un objetivo delictivo distinto. Podría hablarse de la insoportable levedad del ser humano para quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor. Cuestión distinta y colateral es la

³ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 11 de octubre de 2012, 15.

⁴ Peñaranda Ramos, E. “Delito de asesinato: artículos 139, 140 Y 140 bis CP”. En: Álvarez García, F. (Dir.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 485-509.

⁵ Peñaranda Ramos, E. *op. cit.*, 497.

⁶ Peralta, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, 2012, 301. Citado por Peñaranda Ramos, E. *op. cit.*

conveniencia de reflejar en el tipo actitudes internas que nos aproximen al derecho penal de autor.

En relación con el propósito de encubrir otro delito previo, destaca Neumann⁷ que la *ratio essendi* de la cualificación descansa en la necesidad preventiva de una mayor protección de la vida cuando ésta se encuentra en una situación especialmente peligrosa, como es la que, a su juicio, tiene su origen en la tentación del autor de la infracción precedente de eludir su responsabilidad aun al precio de la muerte de otra persona. Añade el autor precedente que la *ratio* de la cualificación en el supuesto de facilitar la impunidad se encuentra también en la conexión entre el injusto del delito contra la vida y un contenido de injusto adicional, relacionado con la afectación del interés público o estatal en la persecución del delito precedente.

También se ha censurado, por arbitrariedad, que la sanción típica por la privación de la vida se circunscriba al propósito de comisión de otro delito o a la facilitación de su impunidad, cuando podría hallarse idéntica razón en la ocultación o comisión de un ilícito administrativo o de otra índole.

Es previsible que la exacerbación penológica y el seguimiento del principio de culpabilidad por el hecho lleve a los Tribunales a establecer restricciones a su aplicación, cual ya se ha hecho por la jurisprudencia alemana, como serían las derivadas de una separación temporal excesiva entre el delito de asesinato y el delito que quiera encubrirse o de un plan de autor específico que hubiera premeditado el delito contra la vida, pero no el delito fin, que pudiera surgir esporádica e incidentalmente. Desde este punto de vista no bastaría la fórmula del viejo artículo 501.1 CP de 1973 de “con motivo y ocasión”.

El Consejo Fiscal en su informe preceptivo al PCP destacaba los problemas concursales que se suscitarán con los delitos fin o encubierto. Y el CGPJ piensa en la modalidad del asesinato consistente en la privación de la vida como medio para facilitar la comisión de otro delito como forma que resucita y vuelve a la vida –wieder auf Lebem- el delito complejo de robo con homicidio. Al margen de la similitud, no es que se vuelva a un delito complejo que aglutine en su tipicidad la protección de ambos bienes jurídicos, sino que, por un lado, existirá un delito contra la vida cualificado por el propósito o finalidad de facilitar la comisión de otro delito o de evitar su descubrimiento, y por otro, la correspondiente figura del delito facilitado o encubierto que reclamará punición independiente. En el delito de asesinato, en fin, no se contempla el contenido de injusto típico del delito fin, como tampoco del delito encubierto, sino tanto solo el propósito o finalidad de su causación o evitación de descubrimiento. De ahí las críticas de quienes consideraban que el proyectado artículo 139.1.4ª PCP constituía una agravación de la responsabilidad en atención al plan delictivo del autor, que podría ser valorada como absolutamente ilegítima, al suponer la anticipación del castigo de un hecho futuro, lo que podría suponer la vulneración del principio de responsabilidad por el hecho y su aproximación a un denostado Derecho penal de autor⁸.

La expresión típica se refiere a la realización de la muerte dolosa de una persona “para” facilitar la comisión de otro delito o “para” evitar que se descubra. Es decir, la preposición finalística parece sugerir que baste con la privación dolosa de la vida realizada con esos propósitos o finalidades, aunque no se consiga o consumar el delito fin o lograr la impunidad del delito que quiera encubrirse. Ello ha servido, repetimos, para se haya puesto

⁷ NK-Neumann, 3ª ed., § 211, núm. marg. 97. Citado por Peñaranda Ramos, E. *op. cit.*

⁸Peñaranda Ramos, E. *op. cit.*, 497.

en duda que tenga un fundamento aceptable atribuir sin más la consideración de asesinato a un homicidio cometido “con tales propósitos”. Sería, al decir de ese sector doctrinal, como resucitar los móviles como contenido de superior culpabilidad, olvidando que como explicara Quintano Ripollés los móviles constituyen el reflejo de la personalidad.

La relación concursal del asesinato con el delito fin, parece que deberá ser la propia del concurso medial. En la medida en que el artículo 139.1.4ª CP, inciso primero, sólo contempla junto a la privación de la vida el propósito o finalidad de facilitar la comisión de otro delito, pero no incorpora éste a su injusto, no existirá inconveniente para configurar el delito medio y el delito fin como concurso medial. Con todo pueden surgir diferentes alternativas. Si se mata para robar, pongamos por caso, y no se consigue robar, a pesar de haberse iniciado el *iter criminis* del delito contra la propiedad, por causas independientes de la voluntad del autor, cabría el concurso entre el delito del artículo 139.1.4ª CP consumado y el delito de robo violento en grado de tentativa. Y si se consigue robar, pero no se produce la muerte deseada por el autor pese a la provocación de heridas potencialmente letales, el concurso sería entre el delito de asesinato en grado de tentativa acabada del artículo 139.4 CP y el delito consumado de robo.

Asimismo hemos de significar que el delito cuya comisión se quiera facilitar o no habrá iniciado su vía ejecutiva o podría haber iniciado ya su *iter criminis*. También que el límite que determina la aplicación del precepto es el de la consumación: si el delito propuesto estaba consumado, en principio, no cabría la aplicación del artículo 139.1.4ª CP, en cuanto medio para facilitar la comisión de un delito ya cometido, aunque pudiera integrarse como medio para evitar el descubrimiento del delito en efecto ya cometido. En los delitos permanentes, como la detención ilegal, la consumación es instantánea y se produce en el momento en que se ejecuta la acción típica, pero la lesión del bien jurídico persiste mientras dure la situación ilegal creada por la acción típica cuya liberación depende de la acción del sujeto activo. En el ejemplo propuesto de detención ilegal, se entenderá producida la consumación cuando el sujeto pasivo se vea imposibilitado de alejarse del lugar donde se encuentra, pero cabe una participación posterior a la consumación mientras subsista la lesión del bien jurídico protegido cuya restitución depende del autor –sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 2ª, de 22.1.2001-, razón por la que algunos interpretan que cabría la aplicación del artículo 139.4 CP si se matare a otro para conseguir mantener en situación de privación ilegal de la libertad al detenido, pues se trataría de muerte dolosa “para facilitar la comisión” de ese delito permanente que actualiza la lesión del bien jurídico más allá de su inicial consumación.

En cuanto al delito encubierto su relación con el asesinato sería la correspondiente al concurso real. También parece plausible, en este segundo inciso, el concurso con el asesinato intentado si la muerte no se consumara por causas independientes a la voluntad del autor que ejecutara todos los actos objetivamente necesarios para lograrla. El asesinato del artículo 138.4 CP se aplicaría aunque no se hubiera conseguido el propósito de encubrir otro delito si la muerte de otra persona se hubiera realizado con esa finalidad. Predomina el plan subjetivo, por ello, sobre el objetivo y su consumación. Se discute si el precepto se aplica cuando se pretende encubrir el delito de un tercero.

V.- EL ASESINATO AGRAVADO

Culmina su regulación el artículo 139.2 CP precisando que cuando en el asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior e impondrá la pena en su mitad superior. Mitad superior que discurrirá en la extensión de veinte a veinticinco

años. Exactamente igual que la del artículo 140 del CP vigente. Para la aplicación de este precepto basta con la apreciación de dos de las circunstancias del artículo 139.1 CP. De concurrir más de dos circunstancias del artículo 139.1 su excedente concurrencia deberá tener reflejo en la individualización de la pena dentro de esa mitad superior.

VI.- LOS ASESINATOS HIPERAGRAVADOS. VÍCTIMA DE 16 AÑOS O PERSONA ESPECIALMENTE VULNERABLE POR LA EDAD, ENFERMEDAD O DISCAPACIDAD

El artículo 140.1 del PCP dispone lo siguiente:

“El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. Que la víctima sea menor de 16 años, o se trate de 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 una organización o grupo criminal.

El precepto suscita comentarios varios. En la medida en que estas circunstancias se han incorporado al homicidio en el CP lo dicho aquí será de aplicación, *mutatis mutandi*, al delito del artículo 138.2.a) CP.

Parece en efecto que el CP establece tres categorías diferentes del delito de asesinato: el asesinato “básico” u “ordinario” (el del nuevo apartado 1º del artículo 139 CP), el asesinato “agravado” o “cualificado” (el del nuevo apartado 2º del artículo 139 CP) y el asesinato “hiperagravado” o “hipercualificado” (el del nuevo artículo 140 CP). Nos corresponde aquí estudiar éste.

En primer lugar, ha de decirse que presupuesto de su aplicación es la comisión de un delito de asesinato. Es decir, el artículo parte del asesinato, no del homicidio. Las agravaciones especiales de este artículo exigen estar en presencia de un delito de asesinato cualificado por alevosía, precio, recompensa o promesa, ensañamiento o por privación dolosa de la vida, con el propósito de cometer otro delito, o de evitar su descubrimiento. Son imaginables, por ello, supuestos de muerte a menor de quince o dieciséis años, atléticamente constituido, en las que no se aplicase el artículo 140.1. 1ª CP por no concurrir las circunstancias cualificadoras del artículo 139.1 CP, fundamentalmente la alevosía, y constituir el hecho simplemente un delito de homicidio. En tal caso, se aplicará el artículo 138.2.a) CP. Se ha dicho también que el legislador ha pretendido con dicha circunstancia –artículo 140.1.1ª-, convertir los ataques a niños, ancianos o impedidos en esta forma hiperagravada de asesinato⁹. Destaca, en este punto el informe del CGPJ que aunque tal hubiera sido su propósito, no siempre ocurrirá así, pues la prohibición del bis in ídem podría impedir apreciar el artículo 140.1 CP si en la aplicación del artículo 139.1.1ª CP- alevosía- se hubiera tenido en cuenta la vulnerabilidad típicamente reseñada del sujeto pasivo –edad, enfermedad o discapacidad física o mental- para configurar la eliminación completa de defensa por parte de la víctima o de riesgo para el agresor.

⁹ Del Carpio Delgado, J. “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”. *Diario de La Ley*, nº 8004, Sección Doctrina, 18 de enero de 2013. 4.

La pena aplicable al precepto es la de prisión permanente revisable. La Exposición de Motivos del APCP de 2012¹⁰ ha destacado, e insistía en ello la Exposición de Motivos del PCP de 2013, que la pena indicada sólo está prevista para *“los delitos de asesinato especialmente graves, como son los definidos en el artículo 140 CP: asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes aun delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie”*. No obstante también está prevista la misma pena para quien matare al Rey o Príncipe heredero (artículo 485.1 CP); para la muerte consecutiva a un delito de terrorismo (artículo 573.bis.1.1º CP), para la muerte del jefe de un Estado extranjero o de otra persona especialmente protegida por un Tratado que se encuentre en España (artículo 605.1.1 CP) y para algunos delitos de genocidio (artículo 607.1.1º y 2º APCP) y algunos crímenes de lesa humanidad, concretamente aquellos en que se provocare la muerte de una persona (artículo 607 bis, apartado 3º, 1º CP)¹¹. E incluso para los delitos de terrorismo del artículo 573 bis.1.1ª CP.

Era verdaderamente llamativo, como puso de relieve el informe del Consejo Fiscal¹², que las tres circunstancias agravatorias del artículo 140.1 APCP no figurasen como agravantes específicas en los delitos de homicidio. El PCP, recogiendo esa crítica, como consecuencia perversa según algún sector doctrinal, subsanó la incoherencia, para hacer figurar esas mismas circunstancias como calificadoras del homicidio en el artículo 138.2.a). También el CP vigente las recoge.

Pasemos ya al estudio de cada circunstancia. En relación con la primera consistente en cometer el asesinato sobre víctima menor de dieciséis años se ha criticado la selección de esa edad concreta, en clara discordancia con otros preceptos del CP que, por ejemplo, en delitos contra la libertad o indemnidad sexuales, establecen la edad de 13 años, como elemento desencadenante de una protección más eficaz¹³. La crítica olvida que en el CP se modifica de manera coherente el artículo 183 tipificando como delito la realización de actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, sustituyendo la actual edad de trece años del artículo 183 del vigente CP. También el Informe del CGPJ¹⁴ es crítico con la circunstancia del artículo 140.1.1 CP, por considerar que en muchos casos su aplicación implicaría la vulneración de la prohibición del bis in ídem. Esto ya lo hemos visto. En efecto, si en la valoración de la alevosía, se ha tenido en cuenta la edad de la víctima o su especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad física o mental para ponderar en razón de su concurrencia la eliminación completa de defensa por parte de aquélla y el aseguramiento del hecho por parte del autor, la apreciación de la circunstancia del artículo 140.1.1 CP parece que no sería posible sin vulnerar la prohibición de doble desvaloración¹⁵. Son, no obstante, imaginables, supuestos de compatibilidad entre el asesinato alevoso y esta circunstancia, en todos aquellos casos en que en la valoración de la alevosía no se haya tenido en cuenta la edad o circunstancias típicas de vulnerabilidad de la víctima. Piénsese en un disparo por la espalda a víctima de quince años. Desde luego, la circunstancia del artículo 140.1.1ª CP resultaría compatible con las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del artículo 139.1 CP. Cualifican el asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1ª CP, igualmente, la especial vulnerabilidad de la víctima por la edad –que habrá de referirse a la procreta o muy avanzada–, enfermedad o discapacidad. Habrán de ser supuestos de extrema vulnerabilidad, no se simple

¹⁰ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 11 de octubre de 2012, 15.

¹¹ Del Carpio Delgado, J. op. cit., 3

¹² Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP de 2012.

¹³ Peñaranda Ramos, E. op. cit., 504.

¹⁴ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de CP de 2012.

¹⁵ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de CP de 2012.

vulnerabilidad, y deberá valorarse con especial cuidado la concurrencia duplicada con la alevosía.

VII.- ASESINATO SUBSIGUIENTE A UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

La segunda circunstancia del artículo 140.1 PCP se refiere a que “el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido por el autor contra la víctima”. Parece pensarse en el asesinato de una persona tras su violación por parte del agresor sexual. Ese era el sentido de la enmienda del Grupo Popular al Proyecto de reforma del CP de 2010¹⁶, en la que se proponía calificar como asesinato la muerte de una persona tras su violación por el autor de dicha agresión sexual. Pero se ha ido más lejos. Debe advertirse de inicio, que puesto que el artículo 140.1 CP parte del asesinato, será preciso que éste exista para que pueda apreciarse la indicada agravación específica. No encajaría, por ello, en el supuesto, la muerte dolosa de la víctima de la violación, por parte del autor, posterior a la agresión sexual, si no concurría en ella alguna de las cuatro circunstancias del artículo 139 CP. En el caso precitado, se aplicaría, el artículo 138.2.a) CP. Es verdad, no obstante, que generalmente en estos casos, o concurrirá alevosía, como extensión cualificada de la violencia o intimidación del delito contra la libertad o indemnidad sexuales, o el asesinato surgirá para tratar de encubrir el delito precedente.

No se comprende que la circunstancia se refiera sólo a los delitos contra la libertad sexual y no a los delitos contra la indemnidad sexual¹⁷, de los que son víctimas, por ejemplo, menores de edad. Piénsese en los delitos del artículo 183 CP cometidos contra menores de dieciséis años, incluso en los supuestos en que se use violencia o intimidación contra ellos, y repárese en que resultaría absurdo que por ser delitos contra la indemnidad y no contra la libertad sexual quedasen excluidos de la cualificación del artículo 140.1.2ª CP. El PCP podría haber ampliado la expresión del APCP incluyendo los delitos contra la indemnidad sexual, pero ha desaprovechado la ocasión de subsanar un error que en cualquier caso no podría afectar al principio de legalidad. El CP mantiene la expresión “delitos contra la libertad sexual”. Pese a la omisión deberán incluirse en la expresión legal los delitos contra la indemnidad sexual, pues el sujeto pasivo carece de capacidad para consentir y se está protegiendo un bien jurídico que se sitúa en la órbita del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que de alguna manera se aproxima a la libertad sexual. Por otro lado, si la libertad sexual es el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual determinado contra la propia voluntad, debe aceptarse que el legislador lo considera tácitamente vulnerado cuando la víctima es un menor de dieciséis años o un incapaz, que carezcan de capacidad para poder expresar su libertad.

También se ha censurado la extensión a todos los delitos contra la libertad sexual, pues ello incluiría simples abusos en forma de tocamientos o acosos sexuales. Así se ha dicho que la pena sería la misma para quien mata después de violar que para quien lo hace tras unos simples tocamientos. Se sobreentiende que la pena que sería la misma es la del asesinato, no así la del delito contra la libertad sexual.

Como ya hemos dicho, la circunstancia estudiada suscita controversia acerca de la posibilidad de apreciación cumulativa con la circunstancia de actuar “para ocultar la comisión de otro delito” del artículo 139.1.4ª CP. Parece en verdad que si el delito que quiere ocultarse

¹⁶ Enmienda nº 390 presentada por el Grupo Popular en 2010 al Proyecto de Reforma del CP.

¹⁷ Del Carpio Delgado, J. *op. cit.*, 5.

es el cometido inmediatamente antes contra la libertad sexual de la víctima el principio de prohibición de doble desvaloración del mismo segmento fáctico de la realidad comportaría la lesión del bis in ídem si se apreciase conjuntamente ambos. También se ha dicho que no se comprende fácilmente por qué, en el contexto de la ejecución de un delito contra la libertad, se considera de especial gravedad la producción de la muerte de la víctima de dicho delito que es “subsiguiente” a su comisión y no la que es “antecedente” (necrofilia) o “simultánea” a la misma y ejecutada como forma de encontrar satisfacción sexual con el desarrollo de la propia conducta homicida¹⁸. El elemento temporal que exige que el asesinato sea subsiguiente al delito contra la libertad sexual obligará a ponderar con celo extremo la concurrencia de una relación cronológica de manifiesta proximidad. Por último diremos que la figura del artículo 140.1.2ª CP no constituye un delito complejo que absorba al delito precedente, por lo que éste deberá castigarse independientemente, en forma de concurso real.

VIII.- ASESINATO COMETIDO POR MIEMBRO DE ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL

En lo que atañe a la circunstancia tercera de que “el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización o grupo criminal” la redacción es excesivamente laxa. Debería precisarse que se castiga el delito de asesinato cometido por quien pertenezca a organización o grupo criminal “siempre que el mismo sea de aquellos que guardan relación con la finalidad u objetivos de la referida organización o grupo criminal”. En este sentido, la Exposición de Motivos del Anteproyecto¹⁹, con mejor criterio, se refería a la concurrencia de esta agravación en los supuestos de “*asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal*” y no simplemente a su comisión de los asesinatos por uno de sus integrantes.

Obsérvese que son incluidas las organizaciones, pero también los grupos criminales. Los grupos estaban excluidos en el APCP, pero fueron adicionados en el PCP y subsisten en el CP. Su redacción literal nos sitúa ante un subtipo del asesinato cualificado por la pertenencia del que asesina a organización o grupo criminal de los artículos 570 bis o 570 ter CP. Será éste, por tanto, uno subtipo agravado por la pertenencia de su autor a organización o grupo criminal, siempre que el delito cometido se alguno de los que guarden relación con dicha organización o grupo. En tal caso, deberá estudiarse si la pena prevista en el subtipo del artículo 140.1.3ª CP es superior o inferior a la que resultaría de aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente –asesinato del artículo 139 CP- y el delito de organización o grupo criminal. En nuestro caso, la pena del subtipo del artículo 140.1.3ª CP resulta más grave que la del indicado concurso, por lo que de conformidad con el artículo 570 quáter, deberá castigarse con el subtipo.

En efecto, el asesinato del artículo 140.1.3ª CP, abarca en su injusto típico tanto el asesinato como la pertenencia a la organización criminal, por lo que este subtipo cualificado, desplazaría al del artículo 570 bis CP o 570 ter CP en concurso real de delitos con el asesinato simple del artículo 139 CP. A la misma solución se llega desde el artículo 570 quáter, 2, párrafo segundo CP, dado que establece que “cuando las conductas previstas en estos artículos estuvieren comprendidas en otros preceptos del CP, será de aplicación la regla cuarta del artículo 8 CP”. Véase también, en el mismo sentido, la Circular 2/2011 de la FGE. En el homicidio deberá igualmente estudiarse si la pena prevista en el subtipo del artículo 138.2.a) es o no superior a la que procedería aplicar desde el concurso real entre el homicidio simple y

¹⁸ Peñaranda Ramos, E., 505.

¹⁹ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP. 5.

los delitos de organización o grupo criminal. Siempre la regla de alternatividad o mayor rango punitivo resolverá la opción planteada.

Se ha dicho que parecen operar aquí oscuras consideraciones preventivo-especiales que, aparte de estar apoyadas sobre bases muy débiles, resultarían adecuadas a un modelo de Derecho penal de autor, como el del llamado “Derecho penal del enemigo”, pero no a un Derecho penal de hecho y también, como ya avisábamos, que la formulación literal del artículo 140.1.3 CP ni siquiera requiere que la organización tenga como finalidad la comisión de delitos particularmente graves y violentos, ni que el asesinato se haya cometido en estrecha conexión con ese objeto, sino tan sólo la pertenencia de su autor a cualquier organización criminal²⁰. Las críticas se acentuarán con la inclusión de los grupos. También es censurable que no se distinga la responsabilidad de meros integrantes o dirigentes, lo que parece justificarse por cuanto la imposición de la pena máxima a los integrantes ya convierte en irrelevante la dirección del grupo o de la organización criminal.

VIII.- ASESINATO TERRORISTA

En esta sede, la reforma del CP, operada por LO 2/2015, ha recogido la preocupación expresada en los Textos internacionales sobre esta lacra que contradice la esencia del Estado del Derecho, incorporando las diferentes Resoluciones en que dicha preocupación se había plasmado. En este sentido, se proclama en la Exposición de Motivos de la LO 2/2015, que la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo. En el catálogo de medidas que constituyen la parte dispositiva de esta Resolución, aparece en el punto sexto un recordatorio de la Resolución 1373 (2001), en virtud de la cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. Tras este recordatorio, la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito.

Ante ese reto se recuerda que las acciones terroristas a las que alude detalladamente la Resolución 2178 constituyen el máximo exponente de las nuevas amenazas que el terrorismo internacional plantea a las sociedades abiertas y que pretenden poner en riesgo los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero.

Además se añade que, frente a las formas tradicionales de terrorismo nacional, el terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley.

Respecto del delito de homicidio o asesinato terrorista debemos recordar que su naturaleza jurídica es la de un delito especial, de preferente aplicación frente a los delitos comunes -sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 28/2002, de 20.10.-.

²⁰Peñaranda Ramos, E. *op. cit.*, 505.

El asesinato terrorista está regulado en la LO 2/2015. Ya hemos comentado la forma eufemística de designación de la pena del asesinato terrorista. Ahora debemos precisar que en la tipicidad del precepto cabe el homicidio y el asesinato terrorista, pues el artículo 573 bis del nuevo CP, en su apartado 1. 1ª, expresa que el delito de terrorismo se castigará con la pena “de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona”. Esa causación de la muerte ha de ser dolosa, pero no necesariamente constitutiva de delito de asesinato, pudiendo integrar un delito de homicidio.

Cuando la bomba terrorista provoca varias muertes los delitos de homicidio o asesinato terrorista jugarán en régimen de concurso real. En efecto, en los casos en que una sola acción dolosa provoque intencionadamente varios resultados de muerte, frente a la tesis del concurso ideal sostenida por gran parte de la doctrina, la Jurisprudencia soluciona estos casos como concurso real o ideal dependiendo de que el sujeto hubiera actuado con dolo directo –concurso real- o eventual –concurso ideal-, respecto de los resultados. Véanse SSTs. S2 de 19.10.2001 o de 15.2.2006, además de la pionera de 11 de junio de 1997. También la sentencia que resuelve el recurso de casación contra los crímenes del 11-M.

Todas esas resoluciones expresan que *“la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos -es decir, si el mismo actúa con "dolo directo"- y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuricidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de "varios hechos" punibles en concurso real. Así, tratándose de la provocación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, pero no al resultado -previsto pero no directamente perseguido-, es decir, cuando se actúa con "dolo eventual" -como sucede en el caso de autos- estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso”*.

Ahora bien si el dolo es directo la solución es el concurso real. En este ámbito cabe hacerse eco de una inclinación preferencial hacia el criterio del resultado y la solución del concurso real en las resoluciones relativas a delitos de terrorismo. La resolución pionera, en este punto, es la STS.S2 de 11 de junio de 1997, ya comentada, que enjuiciaba el lanzamiento de varios cócteles molotov contra una furgoneta de la Ertzaintza, ocupada por cinco agentes, a los que se ocasionaron lesiones graves. En ella, aunque el TS apreció concurso ideal de cinco homicidios en grado de frustración, introduce ya una excepción para los resultados directamente queridos por el sujeto, a los que considera que debe aplicarse el concurso real, a diferencia de aquellos en que sólo se actúa con dolo eventual, para los que procede el concurso ideal.

Más rotundamente, la STS.S2 de 19 de octubre de 2001, estudiando el supuesto de quien pretendiera matar a dos personas con la explosión de un artefacto, declara que si los resultados son directamente queridos por el dolo del autor, habrá varios hechos en régimen de

concurso real, tanto si esas infracciones están consumadas como si quedan en grado de tentativa:

“El concurso ideal, según la dicción literal del artículo 77 requiere un solo hecho. La doctrina mantuvo la equivalencia entre hecho y acción, cuando la acción se consideraba el eje del sistema penal, lo que se ha ido matizando gradualmente, hasta distinguir entre ambos conceptos: la unidad de hecho no es lo mismo que la unidad de acción. Los tipos penales describen conductas pero también resultados. Cuando se trata del homicidio, lo que se tiene en cuenta, a los efectos del artículo 77, no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar, que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estaremos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como de la culpabilidad (en este sentido sentencia 861/1997, de 11 de junio). Así sucedió en el presente caso en que el acusado, según el tercero de los hechos probados, «... decidió matar a María José y a José Alberto...», realizando la agresión a los mismos en la forma descrita..., que la Sala califica..., muy correctamente, de dos delitos de homicidio en grado de tentativa, pues dos fueron los sujetos pasivos y, en definitiva, dos fueron los hechos en régimen, por tanto, de concurso real.... Las lesiones y daños, en grado de consumación, son delitos igualmente autónomos, como resultados heterogéneos, calificados en la sentencia impugnada como tales, en los fundamentos séptimo o noveno, por dolo directo de segundo grado, y por tanto en concurso real”.

En la misma línea, la STS.S2 788/2003, de 29 de mayo, insiste en que cuando el resultado es directamente querido por el dolo del autor existirán tantos hechos como resultados, pretendidos u obtenidos, lo que excluye el concurso ideal respecto de la producción de varios resultados directamente queridos. Dicha resolución proclama la siguiente reflexión:

“De ahí que el término "hecho" que refiere el artículo 77, como presupuesto del concurso ideal no deba ser equiparado a la acción o movimiento corporal, pues el término "hecho" incorpora tanto el desvalor de la acción como el del resultado. De tal forma que cuando el autor persigue una pluralidad de resultados concretos, para lo que realiza un único movimiento corporal, no se puede entender como un mismo hecho (artículo 77), sino de varios hechos en función de los distintos resultados perseguidos. Consecuentemente, el término hecho recogido en la norma no es equiparable a movimiento corporal o acción”.

La doctrina indicada no debe cambiar y en los supuestos en que se condene por varios delitos de asesinato terrorista la aplicación de varias penas de prisión permanente revisable nos conducirá a apreciar el artículo 78 bis 1 c) CP en cuanto a la progresión a tercer grado.

En el ámbito de la tipicidad los distintos preceptos se construyen estructurando una serie de cualificaciones agravatorias sobre la base de los tipos definidos en otros lugares, previéndose una importante exarcebación de la pena por la finalidad terrorista –STS.S2 1180/2003, de 18 de septiembre-. En relación, por tanto, con el asesinato terrorista, la base de tipicidad se encontrará en los tipos comunes de homicidio y asesinato de los artículos 138, 139 y 140 CP que se convierten en tipos especiales por razón de su sujeto activo y en específicos por *mor* de su finalidad. Conviene recordar que aquella exarcebación de pena del asesinato terrorista respecto del delito de asesinato cualificado del artículo 140 CP ha desaparecido por completo.

También debe recordarse que respecto de este delito rige la jurisdicción universal y la competencia de los tribunales españoles aun cuando los delitos se hubiesen cometido en el extranjero –STS.S2 633/2002, de 21 de mayo–.

En cuanto al concepto de terrorismo ha cambiado en la nueva redacción del CP. Antes la finalidad de la actividad terrorista era subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Ahora, se pergeña una nueva definición de delito de terrorismo en el artículo 573 CP que se inspira en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008. La definición establece, ampliando el concepto que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el apartado 1 constituye delito de terrorismo cuando se lleve a cabo con alguna de las finalidades que se especifican en el mismo artículo: 1.^ª) *Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*; 2.^ª) *Alterar gravemente la paz pública*; 3.^ª) *Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional*; 4.^ª) *Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella*.

Por ello las conductas de asesinato terrorista serán reconocidas en el tipo objetivo por la realización de cualesquiera de las conductas de los artículos 138, 139 y 140 CP, pero el tipo subjetivo se integrará por ese dolo de acabar dolosamente con la vida de un ser humano, más el elemento adicional y subjetivo de procurar alguno de los cuatro fines descritos.

Para apreciar la autoría no basta con pertenecer, actuar al servicio o colaborar con organización o grupo terrorista, sino que se exigirá realizar el tipo objetivo y subjetivo del artículo 573 bis 1^a CP.

IX.- ASESINATO EN SERIE

Finalmente, el artículo 140.2 CP regula el llamado asesinato en serie. Dice el precepto que “*al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá la pena de prisión permanente revisable. En tal caso, será de aplicación, lo dispuesto en los artículos 78.bis 1.b y 78.bis 2.b del CP*”.

Aquí sí que, decididamente, el desprecio por la gramática favorece la interpretación voluntarista. La expresión típica es tan imprecisa que puede resultar afectado el principio de legalidad, esto es, la *lex previa, scripta y certa*. Como ha denunciado el informe del CGPJ la insoportable levedad del texto propicia alternativas inconciliables y dispares interpretaciones. Veámoslas.

En virtud de la primera, que la doctrina juzga congruente con la exacerbada penalidad y la forma de cumplimiento de la pena de prisión permanente, su alcance se limitaría a un supuesto especialmente agravado por el concurso de, al menos, tres delitos de asesinato ordinarios (del artículo 139 PCP), penados en una misma sentencia, pues como diría el informe del CGPJ “parece que en atención a la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece, debería entenderse que cada una de las condenas por la muerte de las distintas personas deberá ser, individualmente, un asesinato y que las condenas por las diversas muertes, han de establecerse en la misma sentencia”. El requisito del enjuiciamiento en una misma causa y en una misma sentencia es discutible.

En una segunda interpretación bastaría con que solo una de las muertes sea asesinato y las otras simplemente constitutivas de homicidio. Desde luego esas dos muertes adicionales deberían ser dolosas, nunca podrían ser culposas, ni siquiera una de ellas. El informe del CGPJ descarta esta segunda interpretación con el argumento de que “resultaría desproporcionada con la excepcional pena que establece” y que exigiría finalmente que la redacción del precepto fuese en todo caso más precisa.

Cabe una tercera interpretación para la cual bastaría con que el reo de asesinato “hubiera sido condenado” previamente, esto es, en una o varias sentencias anteriores, “por la muerte de más de dos personas”, lo que podría colocarnos en presencia de las hipótesis de reincidencia, fórmula que además no clarifica si esas condenas previas debieran ser por homicidio o por asesinato²¹.

En una cuarta interpretación puede sustentarse que la tercera muerte desde luego debe ser asesinato, pero las dos anteriores podrían ser simplemente homicidios dolosos y además esas condenas por esos tres delitos podrían ser impuestas en el mismo o en diferentes procesos y dentro del mismo proceso en la misma o diferentes sentencias.

Ciertamente no es admisible esta separación tan abierta de la concreción que la tipicidad exige. No es cabal que, por ejemplo, no se exprese si las diferentes condenas por muerte deban haber sido impuestas en una o varias sentencias.

Tanto el informe del Consejo General del Poder Judicial como el del Consejo Fiscal al Anteproyecto señalaron igualmente el error que se había deslizado en el segundo inciso de este mismo cuando en él se decía que “en este caso, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código”, cuando es claro que se ha pretendido efectuar la remisión a lo establecido en los preceptos que, en caso de aprobarse el APCP, pasarían a ser los nuevos apartados 1.b) y 2.b) de su artículo 78 bis.. La remisión pretende convertir en más gravosa la concesión del tercer grado y de la libertad condicional en tales casos. Afortunadamente este error fue subsanado en el PCP, que habla correctamente de la remisión a los artículos 78 bis.1.b y 78.bis. 2. B. También el CP lo ha corregido.

X.- LIBERTAD VIGILADA

Por último, el artículo 140 bis CP dispone que a los condenados por uno o más delitos de los comprendidos en este Título se les podrá imponer la medida de libertad vigilada. Como el Título es el primero del Libro II los delitos serán los comprendidos entre los artículos 138 y 143 ambos inclusive, lo que parece notablemente desproporcionado en cuanto a los artículos 142 y 143 CP.

La novedad fundamental de esta medida en relación con el resto de las medidas de seguridad que conocemos es que la misma resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del delincuente está relacionado con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad (artículo 105 en relación con 101 a 103) o semiimputabilidad (105 en relación con 104), sino también cuando la peligrosidad deriva de un sujeto imputable (lo que ahora ocurre en los supuestos del artículo 106.2 en relación con los artículos 192.1 y 579. bis 2 obligatoriamente, salvo excepciones y con los artículos 140 bis; 156 ter y 173.2, apartado 4 CP facultativamente) respecto del que se pronostica una peligrosidad en función, bien de un

²¹Peñaranda Ramos, E. *op. cit.*, 507.

específico perfil de personalidad, bien de la naturaleza del hecho cometido, y siempre que el legislador así lo haya previsto en un precepto de manera expresa²².

Particularidad especial, por tanto, es que esta medida puede aplicarse a un sujeto imputable. Por ello la medida no se establece con carácter alternativo a la pena de prisión, sino que, como indica el artículo 106.2 CP, se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad, y se hará o no efectiva precisamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, actualizado cuando se acerca dicho momento de extinción de la pena, previa propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma, elevada anualmente por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 98.1). Por tanto, se cumple después de haberse extinguido las penas impuestas, incluida la última fase de libertad condicional.

Esta medida de libertad vigilada aplicable a los imputables y a cumplir después de la pena privativa de libertad, exige para su aplicación previsión legal, lo que acontece en los siguientes preceptos: artículo 140 bis CP; 579 bis 2 CP; 192.1 CP; 156 ter y 173.2, apartado 4.

En este sentido, el Preámbulo de la LO 1/2015, recuerda que se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada. Esta medida, que fue introducida en el Código Penal mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica

Se ha discutido mucho su naturaleza jurídica. Para muchos se trata de una figura de naturaleza híbrida²³ pues en el fondo, como explica Otero, se trata de enmascarar bajo el amplio paraguas de “medida de seguridad” lo que no es sino una pena accesoria de control, de ejecución posterior a la pena privativa de libertad y alejada de los postulados de las demás medidas de seguridad. El CP mantiene esta misma concepción de la libertad vigilada, pues en su artículo 106.2 CP dispone que el cumplimiento de la libertad vigilada si concurre con penas privativas de libertad deba ser posterior al de las penas privativas de libertad. En consecuencia, se mantiene el régimen diferente al resto de las medidas de seguridad que concurren con penas y donde la medida se cumple siempre en primer lugar²⁴. Como reconoce la Exposición de Motivos del Anteproyecto 2012 (y de forma muy similar en el Proyecto de 2013), la reforma *“culmina así esa evolución hacia la definitiva consagración de un sistema dualista, tomando como punto de partida la distinción y separación entre penas y medidas de seguridad”* para a continuación recalcar que asimismo, *“se amplían los supuestos en los que se puede imponer la libertad vigilada para cumplir después de la pena de prisión”*.

El artículo 140 bis CP prevé la posibilidad de aplicación de la libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el Título I “Del homicidio y sus formas”, lo que permite aplicar esta medida a todos los delitos contra la vida, incluido el

²² Ampliamente, DÍAZ SASTRE, Cristina, “Las medidas de seguridad con la nueva reforma del Código Penal: la libertad vigilada como modalidad post penitenciaria”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 25, vol. 1, 2011, pp. 46 y 54.

²³ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La reforma en los actos preparatorios y favorecimiento de los delitos de terrorismo”, en QUINTERO OLIVARES, G: (Dir.), *La reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios*, Pamplona 2010, página 378 lo califica como “híbrido jurídico, cuya naturaleza jurídica es difícil de asumir ya que no se trata de una pena –su fundamento no reposa en la culpabilidad del autor– ni responde a la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad”.

²⁴ También, ACALE SÁNCHEZ, María, “Medidas de seguridad”, en *Estudio Crítico*, op. Cit., p. 431.

homicidio imprudente o la inducción y cooperación necesaria al suicidio, lo que, de ser esa la intención del legislador no deviene coherente con la ubicación del precepto, como denuncia Otero, pues de pretender extenderse a todos los delitos contra la vida debería figurar como cláusula de cierre en un nuevo artículo 143 bis CP y no en el artículo 140 bis. Es criticable que el artículo 140 bis no regule el presupuesto de aplicación de que se haya impuesto una pena de prisión ni fije la extensión de la medida, lo que podría suplirse con la remisión al artículo 192 estableciendo su extensión entre cinco y diez años si alguno de los delitos fuera grave o entre uno y cinco años si alguno de los delitos fuera menos grave. En el mismo sentido el artículo 579 bis 2 CP.

La libertad vigilada de acuerdo con el art. 106.2 CP se debe ejecutar después de extinguida la pena de prisión impuesta, por tanto, después de cumplida la fase de libertad condicional. Este momento de cumplimiento de la medida plantea a priori dos problemas. En primer lugar, la libertad vigilada parece incompatible con el régimen progresivo²⁵ penitenciario al suponer un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión en libertad condicional, pues es más restrictiva que esta última fase de cumplimiento de la pena. En segundo lugar, como se ha mantenido en el epígrafe anterior, el hecho de que la imposición de la libertad vigilada esté tan alejada del momento de su ejecución supone, necesariamente, la dificultad de asegurar²⁶ en el momento de la imposición de la medida que este pronóstico vaya a mantenerse después de la extinción de la pena privativa de libertad.

En el ámbito del Derecho comparado y en relación la medida estudiada la situación será la que resumamos.

El Código Penal alemán prevé la imposición de esta medida a determinados delitos sexuales (§ 181 b), de lesiones (§ 228), contra la libertad de las personas (§ 239), robo y extorsión (§ 256), blanqueo y receptación (§ 262) y contra la seguridad colectiva (§ 321). Por otro lado, no debe olvidarse que en Alemania el internamiento en centro psiquiátrico como medida de seguridad para delincuentes inimputables también puede tener una duración indeterminada pero este sistema es coherente con su ordenamiento ya que existe la condena a cadena perpetua.

El equivalente a nuestra libertad vigilada en EEUU es el instrumento de la “(*lifetime supervision*)”. Tras el cumplimiento de la pena privativa el sujeto queda sometido al control de las autoridades de persecución penal, control que puede llegar a ser de por vida, cuando ello sea necesario. En caso de que no lo sea, el juez puede acordar una duración determinada. La medida consiste en que el sujeto debe dar cuenta de su situación, movimientos, cambios profesionales y otras actividades a un *parole officer*, quien, por ejemplo, tendrá que autorizar al sujeto los cambios de domicilio fuera del estado en cuestión. En el marco de la “(*lifetime supervision*)” suelen acordarse diversas medidas complementarias a cuyo cumplimiento queda obligado adicionalmente el sujeto vigilado: prohibición de poseer pornografía, de consumir alcohol o sometimiento a determinados programas.

²⁵ También DÍAZ SASTRE, Cristina, “Las medidas de seguridad...”, op. Cit., p. 56. Sobre incompatibilidad de esta medida y el régimen de tercer grado y libertad condicional, vid., NISTAL BURÓN, Javier, “La nueva medida...”, op. Cit., pp. 4-8. ²⁶ En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, María, en *Estudio Crítico*, op. Cit., p. 435: “¿qué es la libertad condicional, sino una libertad vigilada?”.

²⁶ Precisamente porque no es posible asegurar este pronóstico en el momento de la imposición de la medida, algunos autores, como CÓRDOBA RODA, Juan, “Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 2001, p. 908, afirma que la conclusión obligada será la de que la peligrosidad no está probada y de que, en consecuencia, no puede en la sentencia acordarse la imposición de dicha medida de seguridad”.

También en **Reino Unido** la modalidad más próxima a nuestra libertad vigilada, sería la “*extended sentence*” introducida en la *Criminal Justice Act de 2003*, la cual determina que la comisión de dos delitos sexuales, unida al riesgo de repetición futura, provoca que al delincuente se le imponga el sometimiento del sujeto a un periodo de seguridad tras el cumplimiento de la pena.

En Australia, la *Dangerous Sexual Offenders Act 2006* prevé prisión indeterminada o libertad vigilada, si tras la prisión subsiste el pronóstico de peligrosidad.

En Canadá, el juez en el momento de dictar la pena en sentencia puede declarar al reo “delincuente a controlar”, de modo que se verá sometido a un período de vigilancia comunitaria de diez años como máximo, después de cumplir la pena de prisión de, al menos, diez años (art. 753.1 CP canadiense tras la reforma de 1997).

En Francia, la Ley de 17 de junio de 1998, relativa a la prevención y represión de las infracciones sexuales, prevé la denominada vigilancia socio judicial, que puede ir acompañada o no de la imposición de tratamiento. Esta medida puede ser acordada en sentencia o tras el cumplimiento de la pena de prisión por parte del juez de aplicación de las penas.

En cuanto al contenido de la medida está recogido en el artículo 106 CP, que reza así:

“1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

h) La prohibición de residir en determinados lugares.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

La inutilización o perturbación del funcionamiento de los dispositivos técnicos empleados para garantizar el cumplimiento de la medida dará lugar a la aplicación del nuevo delito del artículo 468.3 CP.

Debe recordarse que en los supuestos legalmente previstos el Juez sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer obligatoriamente en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado. Esta previsión tiene pleno sentido pues trata de asegurar que en el momento de inicio de cumplimiento subsista la peligrosidad potencial de cometer nuevos delitos.

Además, si el penado lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.

Es claro que a través del procedimiento del artículo 98, el Juez o Tribunal podrá:

- a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.
- b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.
- c) Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo.

Finalmente indicaremos que en caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código.

XI.- HOMICIDIO IMPRUDENTE

Solo indicaremos que existe el homicidio por imprudencia grave del artículo 142.1 CP, no sujeto a requisito alguno de denuncia previa. Y junto a él, el delito leve por imprudencia menos grave del artículo 142.2 CP solo perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o del Ministerio Fiscal. Desde luego la falta por imprudencia leve del artículo 621.2 CP anterior a la reforma ha sido despenalizada. En la distinción entre imprudencia grave y menos grave habrá de valorarse el grado de infracción del deber objetivo

de cuidado y la previsibilidad objetiva ex ante de producción del resultado. Para la imputación del resultado a la acción u omisión imprudente se atenderá a criterios de imputación objetiva. En la valoración del deber objetivo de cuidado, como quiera que se hallare reglamentariamente desarrollado en la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial podrá ponderarse la gravedad del riesgo no permitido creado en función de si el mismo constituye infracción grave, muy grave o leve. En definitiva, el homicidio por imprudencia leve constituye mero ilícito civil y la distinción entre imprudencia grave y menos grave se hará en función, fundamentalmente, del grado de infracción del deber objetivo de cuidado.

Madrid, a 8 de octubre de 2015