

Prof. Marta Escudero Muñoz

Prof. Asociada de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid (España). Criminóloga. Fiscal sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia de la FICP.

~La cualificación del asesinato por la circunstancia del art. 139.1.4 CP. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito~

Resumen: En el presente trabajo voy a estudiar la circunstancia 4ª del artículo 139 del CP, que califica como asesinato, matar a otro «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra», que fue introducida por la L.O 1/15 de 30 de marzo, entrando a valorar las críticas que ha realizado la doctrina, el Consejo Fiscal y el CGPJ a esta modificación del Código Penal, para finalmente hacer un comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 7 de noviembre de 2017 que ha sido pionera en la aplicación de esta circunstancia a un supuesto de doble asesinato.

Palabras clave: Asesinato. Elementos del tipo. Circunstancias. Evitar descubrimiento. Sentencia pionera.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de asesinato ha sido modificado con la última reforma legislativa llevada a cabo con la LO 1/15 de 30 de marzo. Básicamente, incrementa las penas en estos delitos, eleva en función de las circunstancias la pena del homicidio, añade una nueva circunstancia al asesinato en el art. 139. 4º del CP e introduce la pena de prisión permanente revisable en el art. 140 del CP para determinados supuestos.

Principalmente, el fundamento de la reforma tiene como finalidad endurecer las penas, como así lo establece el propio Preámbulo de la Ley Orgánica:

"La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto".

La demanda social se hace eco en la modificación del Código Penal¹ y responde a lo interesado y pedido por los movimientos sociales², que cada vez se hace mayor,

¹ CADENA SERRANO, F., El delito de Homicidio y Asesinato en la Reforma operada por la LO 1/15 de 30 de marzo, en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740, dice "...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

como podemos comprobar en los casos mediáticos como en el de *la manada*³ o en los casos de Marta del Castillo Diana Quer y los niños Mari Luz y Gabriel⁴. Los movimientos sociales, influyen y deciden en gran medida las modificaciones del Código Penal, imponen y opinan sobre las decisiones judiciales, y ello pese a lo establecido en la Constitución y en los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, realizados en Naciones Unidas. Nueva York en 2013⁵.

Karl Smith, no es el camino más idóneo para conseguir que los valores que el CP proclama calen en el espíritu colectivo”.

² En el caso del asesinato de la niña *Mari Luz*, Los padres de *Mari Luz* recogieron firmas para la introducción de la privación de libertad perpetua y se las hicieron llegar al entonces presidente José Luis Rodríguez Zapatero. Por su parte, los padres de *Marta del Castillo* reunieron 1.600.000 firmas y se reunieron con Mariano Rajoy que se mostró a favor de su introducción. Esta nueva sanción se pretendió instaurar por los representantes del Partido Popular a través de la Ley Orgánica 5/2010, pero finalmente no se introdujo. También está establecida esta pena revisable en varios países de la Unión Europea que incluyen en sus legislaciones desde hace años figuras similares a la pena de prisión permanente, tales como Francia (instalada desde 1994 a raíz de la violación y asesinato de una niña de 8 años por un reincidente y donde el preso puede quedar en libertad a los 30 años tras someterse a un estudio psiquiátrico), Alemania (donde se aplica en todos los delitos contra la vida y la revisión se produce a los 15 años), Italia (donde la revisión se produce después de 26 años), Reino Unido (donde está instalada desde 1965, se aplica a todo asesinato cometido por mayores de 21 años y la revisión se hará después de un tiempo mínimo que deciden los jueces), Irlanda del Norte, Austria, Suiza o Dinamarca. En todos ellos los crímenes más graves se saldan con esta modalidad de prisión. En alguno de estos países como Francia, Italia y Reino Unido fueron los gobiernos de izquierda los que la instauraron y dicha pena jamás ha sido sometida a cambios propiciados por los gobiernos de turno. (En <http://agendadelcrimen.blogspot.com.es/2015/08/la-prision-permanente-revisable.html>).

³ Las estudiantes de secundaria de 14, 16 o 18 años se unen en España a las filas de un movimiento feminista cada vez más reivindicativo, identificándose con una joven abusada sexualmente por el grupo "La Manada" sin que los jueces concluyeran que hubo "violación". (<https://es.noticias.yahoo.com/frente-las-violaciones-en-espana-las-estudiantes-secundaria-174226517.html?guccounter=>).

⁴ Para reivindicar la aplicación de la prisión permanente revisable, se han celebrado concentraciones en 28 ciudades del país y para pedir que se paralice la derogación de la norma, en la que participaron las familias de Diana Quer, Marta del Castillo y Mari Luz Cortés, algunos de los casos que más han conmocionado a la sociedad española. (En https://www.elespanol.com/espana/20180318/familias-victimas-gabriel-no-revoque-prision-permanente/292970951_0.html).

⁵ Estos principios establecen las siguientes conclusiones: 1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. 2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo. 3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley. 4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley. 5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. 6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes. 7. Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

II. EL DELITO DE ASESINATO Y SUS MODIFICACIONES TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 1/15 DE 30 DE MARZO

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, el artículo 139 del CP dispone: « 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: 1.^a Con alevosía; 2.^a Por precio, recompensa o promesa; 3.^a Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, 4.^a 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.».

Vamos a estudiar, brevemente este delito, haciendo hincapié en la modificación efectuada, pues ya se ha escrito mucho sobre este ilícito, y lo que aquí interesa es resaltar la introducción de la circunstancia 4^o del referido artículo del delito de asesinato.

1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la vida como libertad más importante a tutelar en su calidad de soporte ontológico del resto de las proclamadas por la Constitución Española (CE), que la contempla como valor y derecho desde la perspectiva del hombre-persona a la que es atribuible y de la que es predicable. Su objeto material coincide con el sujeto pasivo, es decir, el titular de tales derechos-valores⁶.

2. Sujetos activo y pasivo

Se trata de un delito común (no especial) en el que coinciden sujeto pasivo y objeto material. La peculiaridad de tratarse de un tipo común afecta tanto a los sujetos activos como a los pasivos, y es lo que permite que las conductas homicidas dirigidas a sujetos pasivos que tengan una protección especial en el CP, como el rey, los jefes de Estado extranjero, personas protegidas internacionalmente por los tratados, entre otros, realicen tanto ese tipo especial como el común del homicidio, planteándose un conflicto a resolver por las reglas del concurso de normas.

⁶ GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y jurisprudencia, Tirant Lo Blanch, 200, p. 12; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 41.

Respecto a los sujetos pasivos, es una cuestión discutida y fundamental determinar cuándo el objeto material lo es del aborto y cuándo del homicidio. Hay sujeto pasivo de homicidio a partir del momento en que existe una vida humana independiente.

Hay muchos criterios⁷ para marcar la diferencia, pero la jurisprudencia apoya este criterio de la respiración pulmonar. El comienzo de la protección que dispensa el tipo se identifica con el nacimiento, esta respiración pulmonar totalmente autónoma, pues caso de que fuere fetal o dependiente nos encontraríamos ante supuesto abortivo en el peor de los casos, es decir, vida independiente del hombre como miembro de su especie⁸.

3. Conducta típica: causar la muerte

El final de la protección que dispensa el tipo se identifica con la muerte. Como dice CARBONELL MATEU, J.C., “el fin de la vida (la muerte) determina el final del objeto de protección del delito de homicidio”⁹. La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, y el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, fijan la muerte en la confirmación irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o en el cese irreversible de las funciones encefálicas. El artículo 3.8

⁷ Los criterios utilizados en la doctrina para estimar el inicio de la vida independiente son varios: • Comienzo de la expulsión motivada por el parto. • Visibilidad con expulsión completa del claustro materno. • Posibilidad de realizar una acción homicida directa sobre el objeto material sin afectación maternal alguna. • Completa expulsión del claustro materno más corte del cordón umbilical. • Completa expulsión del claustro materno más respiración pulmonar autónoma, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 41.

⁸ CARRASCO ANDRINO, MAR. Derecho Penal. Parte Especial. Tema 1: El homicidio y sus formas. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO_Y_SUS_FORMAS.pdf. señala cuales son las posiciones doctrinales sobre la disponibilidad de la vida son las siguientes: a) la mayoría: bien indisponible. Sus argumentos: El art. 15 CE tan solo contiene una garantía del ciudadano frente al Estado, que queda así obligado a respetar y proteger la vida frente a los ataques ajenos. No recoge un dcho subjetivo a la vida, pues el Estado está obligado a intervenir con independencia de su titular. Esa es la razón por la que se castiga la inducción y auxilio al suicidio en el CP. La no incriminación del suicidio se explica por razones de política criminal. b) Una minoría: bien disponible. Sus argumentos: una interpretación sistemática del art. 15 CE permite sostener que en él se contiene un derecho a morir (a decidir el momento y la forma de morir). Leer arts. 1.1, 10 y 17 CE. El derecho a morir está implícito dentro del derecho a la vida del art. 15 CE. No puede haber un deber de vivir en aras de un interés social (demografía, etc.) en un sistema jurídico que considera a la libertad personal como valor superior de su ordenamiento. Por ello el suicidio no se castiga en el CP. Es algo lícito. Se castiga la participación en el suicidio, porque la facultad de disposición de su titular está limitada a él mismo, no autoriza los ataques provenientes de terceros, pues dada la trascendencia de la decisión de quitarse la vida, en su adopción y en la ejecución de la propia muerte no deben interferir los terceros.

⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 41.

del referido Real Decreto define la “certificación de muerte” como el acto médico en virtud del cual se deja constancia escrita del diagnóstico de la muerte de un individuo, bien sea por criterios neurológicos (muerte encefálica) o por criterios circulatorios y respiratorios. Cualquier acto capaz de causar la muerte después de haberse producido ésta ya no constituye un delito de homicidio.

Al tratarse de un delito de resultado, constituye parte del tipo la relación de causalidad entre la acción y el resultado muerte, que pueden estar muy separados en el tiempo. Cuando se producen resultados de muerte separados temporalmente de forma muy distante con la acción típica, habrá que determinar si el resultado final de muerte le es imputable objetivamente a esa acción en atención a las concretas circunstancias del caso, o, si por el contrario, concurriendo “animus necandi” nos encontramos ante una tentativa de homicidio.

4. El elemento subjetivo: ánimo de matar

Sobre este particular una reiterada jurisprudencia ha destacado que el cuestionamiento de la concurrencia del ánimo que guía la conducta del acusado en la realización de los hechos es un hecho de carácter subjetivo que pertenece al ámbito interno de la conciencia del sujeto, el cual generalmente solo pueden acreditarse a través de una inferencia realizada por el tribunal sobre la base de aspectos objetivos previamente acreditados.

Por ello el elemento subjetivo de la voluntad del agente, substrato espiritual de la culpabilidad, ha de jugar un papel decisivo al respecto llevando a la estimación, como factor primordial, del elemento psicológico por encima del meramente fáctico, deducido naturalmente, de una serie de datos empíricos, muchos de ellos de raigambre material o física, de los que habría que descubrir el ánimo del culpable y ello a pesar de su relatividad y de advertencia de las dificultades derivadas de la circunstancia de la igualdad objetiva y equivalencia del bien jurídico vulnerado en las lesiones consumadas y el homicidio imperfecto en su consecución. Las hipótesis de disociación entre el elemento culpabilístico y el resultado objetivamente producido, dolo de matar, por un lado, y mera originación de lesiones, por otro, ha de resolverse llegando a la determinación de si realmente hubo dolo de matar, dolo definido en alguna de sus formas, aún el meramente eventual -que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad en que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo,

aunque este resultado no sea el deseado-; o la intención del individuo no fue mas lejos del "*animus laedendi o vulnerandi*", sin representación de eventuales consecuencias letales.

El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntad en su acción dirigida hacia la meta propuesta de acabar con la vida de una persona, dolo de matar que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia (STS 4.5.94, 29.11.95, 23.3.99, 11.11.2002, 3.10.2003, 21.11.2003, 9.2.2004, 11.3.2004), podemos señalar como criterios de inferencia: 1) Las relaciones que ligan al autor y la víctima, "también están las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimientos y pasionales" (STS. 17.1.94). 2) La personalidad del agresor, "decidida personalidad del agente y el agredido" (STS. 12.3.87). 3) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos procedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento. 4) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda, "palabras que acompañaron a la agresión (STS. 3.12.90) y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal. 5) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, "medios e instrumentos empleados en la agresión" (STS. 21.2.87). 6) Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal, "las modalidades de ataque, el ímpetu del mismo y las regiones contra las que se dirige, no todas ellas ostentan la misma fuerza de convicción, y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejercita la acción tienen al igual que la potencialidad del resultado letal un valor de primer grado" (STS 13.2.93). Pero si bien la mayoría de la jurisprudencia esta circunstancia de las zonas de las heridas coinciden en considerado el argumento más concluyente del ánimo que mueve al agresor, "las zonas sobre las que se produce la incisión ponían en riesgo la vida de la víctima y revelaban un ímpetu homicida más allá del simple propósito de causar lesiones" (STS 9.6.93) no son extrañas otras de signo contrario, "el hecho de que las heridas fuesen susceptibles de causar la muerte no quiere decir que nos encontramos ante un inequívoco e indiscutible "animus de matar" (STS 13.6.92 y 30.11.93). 7) Insistencia y reiteración de los actos atacantes, "duración, número y violencia de los golpes"(STS 6.11.92, 13.2.93), continuación del

acometimiento hasta la propia vía pública (STS 28.3.95); pero que es matizado por la misma jurisprudencia en el sentido de poderse inferir la existencia de ánimo de matar en el caso de herida poco profunda, pero como recuerdan las STS 14.7.88 y 30.6.94, cuando el autor realiza un comportamiento que por si mismo es idóneo para producir el resultado, no cabe sino delito de homicidio frustrado. 8) Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose del alcance de sus actos, alejándose del lugar, persuadido de la gravedad y trascendencia de los mismos (STS 4.6.92).

Estos criterios que "ad exemplum" se describen no constituyen un sistema cerrado o "*numerus clausus*", sino que se ponderan entre si para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se contrastan con otros elementos que puedan ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura deducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente. Sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad de sus actos» (STS 2ª 02/04/2009-11186/2008 -EDJ2009/50780-).

Añadir, también, que La jurisprudencia de la Sala 2ª, viene considerando como criterios de inferencia para colegir el ánimo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la petición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS 57/2004 de 22-1; 10/2005, de 10-1; 140/2005, de 3-2; 106/2005, de 4-2; 755/2008, de 26-11)» (STS 2ª-12/06/2009-10083/2009).

En otras sentencias, se viene sosteniendo invariablemente que el tipo subjetivo, es decir la existencia de una voluntad de matar se infiere de la dirección dada por el autor al golpe dirigido contra la víctima. De esta manera, cuando el autor dirigió el golpe con un arma a una parte del cuerpo, que de haber tenido éxito el ataque, podría haber producido la muerte, se considera acreditado que obró con el dolo propio del delito de

homicidio. La Defensa argumenta sin tener en cuenta que lo decisivo es la dirección del golpe, no el éxito del golpe. El éxito es evidentemente necesario para la consumación, pero irrelevante para la tentativa, por la que fue condenado el recurrente. Tampoco tuvo en cuenta la Defensa que carece de relevancia que el recurrente no haya empleado la fuerza necesaria para producir la muerte. La causa por la que una acción que comenzó la ejecución del delito no ha logrado la consumación no es tampoco relevante para la calificación del hecho como tentativa. Toda tentativa es consecuencia de una acción incapaz de lograr el propósito del autor. En consecuencia, la herida producida en la cara ha sido causada por un golpe dirigido a una zona donde hubiera sido peligrosa para la vida de la víctima, dada la cercanía del cuello. Lo mismo ocurre con la herida dirigida al hemitorax» (STS 2ª-25/05/2009-1717/2008; y STS 2ª-27/04/2009-11603/2008).

5. Las circunstancias que cualifican el asesinato: para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

La circunstancia 4ª, añadida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, califica como asesinato, matar a otro *«para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra»*.

Como hemos visto, las circunstancias que cualifican el asesinato, son ejecutar el hecho con alevosía, enañamiento, por precio recompensa y promesa, y para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

Esta circunstancia ha sido introducida con la reforma de la LO 1/15 de 30 de marzo, y parece de nuevo cuño, sin embargo hay autores que estiman que existen reminiscencias históricas en el Código Penal de 1822¹⁰. Se desconocen las razones por las que esta circunstancia ha sido introducida, porque la Exposición de Motivos nada dice al respecto.

Nos encontramos ante dos circunstancias distintas: a) que el asesinato se cometa para facilitar la comisión de otro delito, y b) que el asesinato se cometa para evitar que otro delito se descubra. Tenemos como precedente el Código penal Alemán que la regula en el parágrafo 211, que reza del siguiente tenor literal: *“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*

¹⁰ RASILLO LÓPEZ, M.P., (Coord.) y otros, Del homicidio y de sus formas, en: Últimas Reformas Penales de Formación a distancia 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2017, p.172.

manera por móviles abyectos, con alevosía o cruelmente, o con medios para cometer otro delito o para encubrirlo”.

Respecto de esta última, la doctrina ha criticado que una determinada motivación para realizar el hecho suponga una mayor sanción¹¹. El Consejo Fiscal afirma que la persona que cometa algún ilícito con los fines establecidos en el art. 139. 4º, no comete una conducta más grave que la de asesinar; además que no es necesaria la reforma pues nuestro Código Penal ya daba respuesta a estas situaciones a través de las figuras del concurso medial¹² o del encubrimiento; también se dice que la nueva circunstancia puede ocasionar problemas concursales de difícil solución, lesionándose el principio *non bis in idem*¹³ 5y que supone el llamado “Derecho penal de autor”¹⁴. También se discute si se aplica el art. 139.4 CP cuando se quiere encubrir el delito de un tercero¹⁵.

¹¹ El Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica, ha hecho referencia a esta crítica.

¹² Si se mata para robar, 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 139.1.4º 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 peligrosas para la vida de la víctima, el concurso sería entre el delito de asesinato en grado de tentativa acabada del artículo 139.4 CP y el delito consumado de robo.

¹³ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, p. 40; RODRÍGUEZ PADRÓN, C., Del homicidio y de sus formas, en Últimas Reformas Penales de Formación a distancia 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2017, pag.173 y VIVES ANTÓN, T., y otros, Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 42, que pone el ejemplo del homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.

¹⁴ El CGPJ en su informe de 2013, hace referencia a que 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 autor. También, en este sentido en: VIVES ANTON, T., y otros, Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016: “En el caso de la facilitación no es necesario que el otro delito comience a ejecutarse, ni siquiera a realizarse actos preparatorios, basta con que en el plan del Autor de la muerte figure dicha comisión; basta, en fin, con que se actúe para facilitarla; expresión que no exige en absoluto que efectivamente la facilite; es más, ni siquiera parece exigir la idoneidad del hecho. Se trata, pues, de un elemento subjetivo finalístico que conduce claramente al reproche ético de Derecho penal de autor. Lo mismo cabe afirmar cuando se mata para evitar el descubrimiento de otro delito, si bien en este caso sí tiene que haberse consumado o, al menos, comenzado la ejecución de éste. Sin que en absoluto sea exigible la idoneidad concreta del «encubrimiento», p. 40.

¹⁵ CADENA SERRANO, F., El delito de Homicidio y Asesinato en la Reforma operada por la LO 1/15 de 30 de marzo, *ob. cit.*, p. 11. VIVES ANTÓN, T., Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la

En este sentido MUÑOZ CONDE, dice que la otra modalidad de esta circunstancia, matar para que no se descubra otro delito, “plantea dudas respecto a su compatibilidad con la circunstancia 2ª del art. 140,1, que determina la aplicación de la pena de prisión permanente cuando el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual”. Si se mata a la víctima de un delito contra la libertad sexual, para evitar ser descubierto constituye en la actual regulación una doble valoración de un mismo hecho, porque se convierte en asesinato sin necesidad de que concurra otra circunstancia, y además, es aplicable la cualificación 2ª del art. 140,1, y por tanto es aplicable la prisión permanente”.

Como veremos, esta circunstancia prevista en el apartado 4º del art. 139 CP, no ha sido objeto de aplicación en nuestra jurisprudencia hasta muy recientemente.

6. Concurrencia de varias circunstancias en el delito de asesinato.

Dispone el artículo 139.2:

«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.»

7. Circunstancias agravantes específicas del delito de asesinato.

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, el artículo 140 del CP dispone: «1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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

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

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

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

LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016 en este sentido dice, que cuando el precepto habla de “otro” se entiende que basta con que el autor mate justamente con la intención determinada de facilitar o de evitar el descubrimiento del ya cometido. Lo que convierte tal finalidad en un elemento subjetivo del tipo, que recuerda la estructura de los antiguos delitos complejos, como el robo con homicidio (matar para robar), que parecía definitivamente abandonado en aras de una regulación más ajustada a los principios penales. Ahora ni siquiera parece necesaria la unidad de autoría. Y se insiste en añadir excepciones a la regulación ordinaria del concurso de delitos”, p. 41.

aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.»

III. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2017

En primer lugar, haré mención a los hechos, para después analizar los argumentos que sigue el Tribunal y finalmente exponer la decisión que toma el Tribunal. Se trata de un juicio por jurado y hay que resaltar que esta sentencia resulta pionera en la aplicación de la circunstancia 4ª del artículo 139 CP, por lo que merece ser analizada.

Los hechos podemos resumirlos en los siguientes: el acusado, con motivo de la ruptura de la relación sentimental con la que durante cuatro años había sido su pareja, tomó la decisión de acabar con su vida, y para llevar a cabo su plan, la convenció para que acudiera al que había sido el domicilio común para recoger sus cosas. La víctima, conocedora del carácter violento del acusado, pidió a una amiga que la acompañara. Y así, el día 6 de agosto de 2015, ambas llegaron a la vivienda del acusado y éste, una vez que las dos amigas entraron, cerró con llave desde el interior y, en ejecución del plan que había preparado, propinó a su ex pareja, de forma inesperada y totalmente sorpresiva, un fuerte golpe en la cabeza con el que ésta quedó inconsciente y sin posibilidad alguna de defenderse, para después estrangularla con una brida de plástico corredera puesta alrededor del cuello.

Cuando la amiga intentó salir del domicilio para pedir auxilio, el acusado se lo impidió y, tras un forcejeo entre ambos, para no dejar testigo alguno de los hechos, la agarró del cuello y apretó hasta matarla, causándole también la muerte por asfixia mecánica por estrangulación. Finalmente trasladó los cadáveres hasta el lugar que previamente había buscado y los enterró con cal, tal y como tenía planeado.

El delito sobre la expareja se calificó como asesinato concurriendo la circunstancia de alevosía (art. 139.1.1 CP), en este caso sorpresiva, en atención a la forma inesperada del ataque, sin posibilidad alguna de defenderse, y el de la amiga se calificó por la circunstancia 4ª (para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra).

Como hemos dicho, esta circunstancia del artículo 139 del CP se introdujo con la reforma de la LO 1/15, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, es decir, antes de producirse los hechos:

“... A.-En relación con este segundo asesinato, que es el que aquí nos interesa, el Tribunal del Jurado entiende que se trata de un asesinato previsto en el artículo 139. 4º y no un delito continuado de asesinato en relación con el artículo 74 del CP. Transcribo lo que resolvió el Tribunal por ser de alto interés por lo novedoso del tema:

También concurren todos los elementos que el delito de asesinato comparte con el de homicidio, como es, y ya se ha dicho, una acción voluntaria e intencional, y por lo tanto dolosa encaminada a producir la muerte de una persona, concurriendo además una de las circunstancias que contempla el citado artículo 139.1 del Código Penal; concretamente la 4ª, (“Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”), circunstancia 4ª que fue introducida en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, (que entró en vigor el 01.07.2015; es decir, antes de producirse los hechos).

B. En esa nueva circunstancia 4ª, (introducida por L.O. 1/2015), tanto cabe que la muerte dolosa se haya producido inmediatamente antes o después del delito ocultado, o incluso mucho tiempo después; resultando que la antijuridicidad de la conducta no se encuentra en que exista una relación de sucesión temporal entre uno y otro delito, sino una relación funcional, es decir, que la muerte sirva para evitar el descubrimiento de otro delito y que el dolo del autor de la muerte abarque esa circunstancia.

C. Pues bien, los Médicos Forenses señalaron en el plenario (como se indicó en el primero de los fundamentos de derecho de la presente Sentencia), que los desgarros de las prendas que llevaba Laura respondían a un forcejeo, que las equimosis del cuero cabelludo eran compatibles con un golpe recibido en un forcejeo, que el hematoma que ella presentaba en el pómulo izquierdo se correspondía con un puñetazo y que los infiltrados equimóticos que se observaban en el cuello de Laura respondían a la aplicación de dedos sobre el mismo, (aplicando fuerza activa), y de tales conclusiones efectivamente se infiere que, (tal y como declaró probado el Jurado), Laura intentó salir del domicilio y el acusado se le impidió, (de ahí el forcejeo),causándole la muerte, por asfixia mecánica por estrangulación, al ser la única forma de asegurarse el acusado que no quedaban testigos del asesinato de Maryna.

Y no puede aplicarse respecto de dichos dos asesinatos el artículo 74 del Código Penal, (y ello en contra del criterio sostenido por el Letrado defensor), al suponer las agresiones protagonizadas por el acusado ofensas a bienes eminentemente personales, las cuales quedan exceptuadas de los supuestos de continuidad delictiva según establece tajantemente el art. 74.3 del Código Penal. Así lo tiene establecido la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que en Sentencia, por ejemplo, de 19.05.2003, recurso 535/2002, ha señalado lo siguiente: <<.....cuando la incidencia del hecho criminal alcanza a bienes eminentemente personales (como es la vida o integridad de las personas), aunque sea potencialmente, no es posible aplicar el propósito que guía al Legislador de unificación de distintas acciones en una sola acción jurídica como es el delito continuado.....>>”.

Por tanto entiende, que lo importante no es cuando se haya producido el hecho, que puede ser antes o después del delito ocultado, no siendo necesario una sucesión temporal, sino una relación funcional, es decir, que la muerte sirva para evitar el

descubrimiento de otro delito y que el dolo del autor de la muerte abarque esa circunstancia¹⁶.

En este caso, la víctima intentó salir del domicilio, y el acusado se le impidió, forcejeando con la víctima, causándole la muerte por asfixia mecánica por estrangulación, al ser la única forma de asegurarse que no quedaban testigos del asesinato de su ex pareja.

Entiende también el Tribunal, que concurre la circunstancia agravante de abuso de superioridad por haber actuado el acusado con un evidente desequilibrio de fuerzas a su favor y una notable disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, tras propinarle el fuerte golpe en el pómulo que disminuyó su nivel de consciencia. Y no concurre la agravante de abuso de confianza al no existir entre ellos una relación de especial amistad de la que el acusado se hubiera servido para matarla.

Finalmente, el Tribunal del Jurado castiga por el delito de asesinato de la amiga de la primera víctima, a 23 años de prisión, más las accesorias de prohibición de residir en Cuenca, y aproximarse a los familiares de las víctimas, así como a la de libertad vigilada por un tiempo de 10 y 8 años, para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, aplicando, como hemos dicho, por primera vez esta controvertida circunstancia 4ª del artículo 139 del CP.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto, no es pacífica la discusión sobre la introducción de la calificación del delito de asesinato, configurada en matar a otro *«para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra»*, tipificada en el artículo 139. 4º del C.P.

Ello no obstante, la Audiencia Provincial de Cuenca ha resuelto en el sentido de aplicar esta circunstancia al caso expuesto. El Tribunal del Jurado estima que concurre esta circunstancia y por tanto castiga como asesinato, por entender que el acusado mató a una segunda persona para evitar ser descubierto. Pero lo que es más importante, estima que no es necesario una sucesión temporal, sino que baste una sucesión funcional, lo que es contrario a la

¹⁶ Llamar la atención que en Derecho Alemán si se tiene en cuenta la sucesión temporal, y así CADENA SERRANO, F., El delito de Homicidio y Asesinato en la Reforma operada por la LO 1/15 de 30 de marzo, dice: "... 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".

teoría Alemana, que sin embargo dio vida a la introducción de esta modificación en nuestro Código Penal.

Esta sentencia fue declarada firme por Auto de 4 de diciembre de 2017, dado que la defensa no interpuso recurso alguno contra la misma, por lo que todavía no tenemos ninguna otra resolución del Tribunal Superior de Justicia ni del Tribunal Supremo que nos ayude a dilucidar las numerosas críticas y las posibles dificultades en su aplicación que entienden que vulnera el principio de *non bis in idem* y en algunos casos el principio de proporcionalidad de las penas.

V. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., La omisión ante el suicidio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En: La comisión por omisión. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994. (Cuadernos de Derecho Judicial; XXIII-1994).

BERNARDI, A. Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea. Polít. crim. [online], vol.5, n.9.

BRAGE CERDÁN, S., Cuadernos de Criminología. La Criminología de la violencia, Santiago de Compostela, J.M. Bosch Editor, 2013.

CARRASCO ANDRINO, M., Derecho Penal. Parte Especial. Tema 1: El homicidio y sus formas. Disponible en:

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO_Y_SUS_FORMAS.pdf.

COBO DEL ROSAL Y OTROS, El Código Penal (con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004), Bosch, Barcelona, 2004 e Instituciones de Derecho Penal Español, Parte General, CESES ediciones, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016.

GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y jurisprudencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

LUZÓN PEÑA, D., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Tirant Lo Blanch, 2018.

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

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., Derecho Penal Español, Tirant Lo Blanch, 2015.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., Código Penal (5ª edición), concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, La Ley, Madrid, 2015.

VELA MOURIZ, A., Contenido y novedades de la L 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE de 28 de abril), en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento online, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY.

VIVES ANTÓN, T., y otros, Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016.

CÓDIGO PENAL COMENTADO, Comentarios, Jurisprudencia, Legislación complementaria e Índice Analítico, Colex, 2011.

CÓDIGO PENAL COMENTADO, Jurisprudencia Sistematizada, Tirant Lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2011.

DIARIO LA LEY, Nº 9173, Sección Jurisprudencia, 9 de Abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer