

M^a Soledad Arroyo Alfonso



**LA PROTECCIÓN REFORZADA
DE LA VÍCTIMA
COMO FUNDAMENTO
DE AGRAVACIÓN
DE LOS DELITOS DE HOMICIDIO
Y ASESINATO**

Dykinson, S.L.

**LA PROTECCIÓN REFORZADA DE LA VÍCTIMA
COMO FUNDAMENTO DE AGRAVACIÓN DE LOS
DELITOS DE HOMICIDIO Y ASESINATO**

M^a SOLEDAD ARROYO ALFONSO

**LA PROTECCIÓN REFORZADA DE LA VÍCTIMA
COMO FUNDAMENTO DE AGRAVACIÓN DE LOS
DELITOS DE HOMICIDIO Y ASESINATO**

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial

Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

©M^a Soledad Arroyo Alfonso
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1070-893-8
Deposito Legal: M-4561-2025
DOI: <https://doi.org/10.14679/3882>

ISBN electrónico: 979-13-7006-249-1

Preimpresión:
New Garamond Diseño y Maquetación, S.L.

A Juanra y a nuestros hijos, Juanra y Edu

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	11
NOTA PREVIA	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	21
1. Periodo anterior a la codificación	21
1.1. EL DERECHO ROMANO	21
1.2. EL LIBER IUDICIORUM.....	24
1.3. DERECHO ALTOMEDIEVAL.....	25
1.4. LAS PARTIDAS	26
1.5. DE LAS PARTIDAS A LA ILUSTRACIÓN	28
2. Derecho codificado: del CP de 1822 al CP de 1995	31
2.1. EL CÓDIGO PENAL DE 1822	31
2.2. EL CÓDIGO PENAL DE 1848 Y LA REFORMA DE 1850	33
2.3. EL CÓDIGO PENAL DE 1870	34
2.4. EL CÓDIGO PENAL DE 1928	35
2.5. EL CÓDIGO PENAL DE 1932	37
2.6. EL CÓDIGO PENAL DE 1944 Y TEXTO REFUNDIDO DE 1973	37
2.7. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LOS PROYECTOS Y ANTEPROYECTOS DE REFORMA	38
2.8. EL CÓDIGO PENAL DE 1995 Y LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO.....	40

CAPÍTULO II. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS 43

1. Introducción.....	43
2. La conducta homicida y los nuevos criterios de clasificación internacional: de los móviles al contexto delictivo	43
2.1. HOMICIDIO CON DIMENSIÓN INTERPERSONAL	45
2.2. HOMICIDIO RELACIONADO CON OTRAS ACTIVIDADES CRIMINALES	47
2.3. HOMICIDIO DE CARÁCTER SOCIOPOLÍTICO	48
2.4. HOMICIDIOS DE DIFÍCIL INCLUSIÓN EN LOS GRUPOS ANTERIORES	49
3. El autor	50
3.1. EL SEXO	51
3.2. LA EDAD	53
3.3. EL CONSUMO DE ALCOHOL O DROGAS	54
4. La víctima	54
4.1. EL SEXO.....	55
4.2. LA EDAD.....	58
5. El control social y los medios de comunicación	59

CAPÍTULO III. ASPECTOS DE POLÍTICA CRIMINAL: LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y LA NUEVA CONFIGURACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA 61

1. La prisión permanente revisable	61
1.1. INTRODUCCIÓN.	61
1.2. EL PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA DERIVA PUNITIVISTA DE LA POLÍTICA CRIMINAL	64
1.3. LA INFLUENCIA DEL ACTUAL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA	67
1.4. DE LA CRÍTICA GENERALIZADA A LA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD	69
2. El impacto de la prisión permanente revisable en los delitos contra la vida: la nueva configuración sistemática de homicidio y asesinato	78

2.1. LA SISTEMÁTICA MULTINIVEL DE LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y ASESINATO .	80
2.1.1. <i>El tipo básico: homicidio (art. 138.1 CP)</i>	80
2.1.2. <i>El primer nivel de agravación: homicidio agravado (art. 138.2 CP)</i>	80
2.1.3. <i>El segundo nivel de agravación: asesinato (art. 139.1 CP)</i>	82
2.1.4. <i>El tercer nivel de agravación: asesinato cualificado del art. 139.2 CP</i>	84
2.1.5. <i>El cuarto nivel de agravación: asesinato hiperagravado del art. 140 CP</i> .	86
2.2. VALORACIÓN CRÍTICA.....	89

CAPÍTULO IV. HOMICIDIO Y ASESINATO. LOS CRITERIOS TRADICIONALES DE FUNDAMENTACIÓN..... 91

1. Introducción. El § 211 del Código Penal alemán (StGB) como inspiración de la reforma de 2015. Breve referencia a la teoría de los tipos de autor	91
2. Los criterios tradicionales de fundamentación del delito de asesinato: el binomio reprochabilidad-peligrosidad	97
2.1. EL CRITERIO DE LA REPROCHABILIDAD EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL ASESINATO	97
2.1.1. <i>La reprochabilidad del autor. Breve referencia a los elementos de la actitud interna</i>	99
2.1.2. <i>La reprochabilidad del hecho. El injusto ampliado o acumulado</i>	108
2.1.3. <i>Valoración crítica</i>	111
2.2. EL CRITERIO DE LA PELIGROSIDAD EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL ASESINATO	112
2.2.1. <i>La peligrosidad del autor</i>	112
2.2.2. <i>La peligrosidad del hecho</i>	116
2.2.3. <i>Valoración crítica</i>	123

CAPÍTULO V. LA PERSPECTIVA VICTIMOLÓGICA COMO CRITERIO DE FUNDAMENTACIÓN DEL ASESINATO Y SUS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS..... 125

1. Introducción	125
2. El protagonismo creciente de la víctima en el derecho penal	126

2.1. LA DOBLE PERSPECTIVA DE LA VICTIMOLOGÍA: VICTIMOGÉNESIS Y ATENCIÓN VICTIMAL	126
2.2. DE LA VICTIMODOGMÁTICA A LA DOGMÁTICA DE LA VÍCTIMA	128
2.3. LA VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA EN DERECHO PENAL.....	134
3. La doble perspectiva victimológica como criterio diferenciador de asesinato y homicidio.....	138
3.1. LA PROTECCIÓN REFORZADA DE LA VÍCTIMA EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CARACTERIZADORAS Y AGRAVANTES DEL ASESINATO	138
3.1.1. <i>Alevosía</i>	138
3.1.2. <i>Por precio, recompensa o promesa</i>	149
3.1.3. <i>Ensañamiento</i>	152
3.1.4. <i>Matar para favorecer o para ocultar otro delito</i>	155
3.1.5. <i>Menor de dieciséis años o persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad</i>	158
3.1.6. <i>Subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido contra la víctima</i>	163
3.1.7. <i>Que el delito se hubiere cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal</i>	169
3.2. LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA EN EL DELITO DE ASESINATO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ASESINATO CON ALEVOSÍA.....	171
3.2.1. <i>La conducta de la víctima como criterio de delimitación normativa entre asesinato y homicidio. Las propuestas de MÜSSIG y GRÜNEWALD</i>	172
3.2.2. <i>Las propuestas de corte victimodogmático de ARTZ y ZORN en relación con la alevosía. Similitudes con la praxis del Tribunal Supremo en casos de riña previa y otras situaciones de conflicto en el asesinato con alevosía</i>	175
3.2.3. <i>La conducta de la víctima como criterio restrictivo en las agravaciones fundamentadas en la necesidad de protección reforzada de la víctima. Especial consideración de la alevosía en el Haustyrrannenfall</i>	181
BIBLIOGRAFÍA	195

ABREVIATURAS

AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
AP	Actualidad Penal
APJ	Anuario de Psicología Jurídica
Aufl.	<i>Auflage</i> . (Edición).
Art./art.	Artículo
BGH.	<i>Bundesgerichtshof</i> . (Tribunal Supremo Federal alemán).
BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i> (sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en causas penales)
BVerfG.	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal alemán)
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CPC	Cuadernos de política criminal.
Cfr.	Confróntese.
Coord.	Coordinador(a)/Coordinadores.
CE	Constitución española de 1978
COP-M	Colegio Oficial de la Psicología de Madrid
CP	Código Penal
Dir.	Director(a)/ Directores
DR	<i>Deutsches Recht</i>
ed.	Edición.
Edit.	Editor/Editores
EE.UU	Estados Unidos.

EPCr	<i>Estudios Penales y Criminológicos</i>
Fasc.	Fascículo.
FS.	<i>Festschrift.</i>
GA	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht.</i>
IIPP	Instituciones Penitenciarias
IJERPH	<i>International Journal of Environmental Research and Public Health</i>
JIV	<i>Journal of interpersonal Violence</i>
JR	<i>Juristische Rundschau</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
LG.	<i>Landgericht.</i>
LK.	<i>Leipziger Kommentar StGB.</i>
MDR	<i>Monatsschrift für deutsches Recht.</i>
MSchrKrim	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strfrechtsreform</i>
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
NJW	<i>Neue juristische Wochenschrift</i>
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
öStGB	<i>österreichisches Strafgesetzbuch</i> (Código Penal austriaco)
PPR	Prisión permanente revisable
RdPP	Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal
REC	Revista Electrónica de Criminología
RECPC	Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
REIC	Revista Española de Investigación Criminológica
RDPC.	Revista de Derecho Penal y Criminología.
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RGLJ	Revista general de legislación y jurisprudencia.
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.
RP	Revista Penal
RStGB	<i>Reichsstrafgesetzbuch</i> (Código Penal del Reich)
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
schStGB	<i>Schweizerisches Strafgesetzbuch</i> (Código Penal suizo)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	<i>Strafgesetzbuch.</i> (Código Penal alemán).

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StV.	<i>Strafverteidiger.</i>
Trad	Traductor(a)/Traductores.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ.	Tribunal Superior de Justicia.
<i>Vid</i>	<i>Vide</i> (Véase)
ZIS.	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.</i>

NOTA PREVIA

El día 19 de enero de 2024 defendí mi tesis doctoral en la Universidad de Huelva con el título “La orientación a la víctima en el delito de asesinato”, que fue enjuiciada por un tribunal presidido por el Prof. Dr. Javier Boix Reig y compuesta además por las Profas. Dras. Claudia Pecorella y Carmen Juanatey Dorado, quienes decidieron por unanimidad calificarla con sobresaliente *cum laude*. A todos ellos les agradezco su amable disposición a formar parte del tribunal, agradecimiento que hago extensivo a los Profs. Dres. Antonio Doval Pais, Ángeles Jareño Leal, Paz Lloria García y Sebastián Martín Martín, que aceptaron ser miembros suplentes. No menos agradecida estoy también a las Profas. Dras. Justa Gómez Navajas y Blanca Martín Ríos, por su amable valoración como revisoras externas y las Profas. Dras. Carmen Rocío García Ruiz y Manuela Mora Ruiz y al Prof. Fernando Moreno Moreno, por su gran ayuda en la preparación de la defensa. Igualmente hago extensivo este agradecimiento al Prof. Dr. Carlos Petit Calvo, director del Programa Oficial de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Rosa M^a Vega Algaba, de la Escuela de Doctorado de la Universidad de Huelva.

Este trabajo pretende avanzar en el desarrollo y profundización de la investigación realizada para mi tesis doctoral. Con esa finalidad, se han tenido muy en cuenta las críticas y sugerencias realizadas por el tribunal, así como la lectura e incorporación de nuevas publicaciones y de aquellas otras que, por error u omisión, no pudieron ser tenidas en cuenta en aquel momento. A su vez, se prescinde de algunos estudios relacionados menos directamente con el tema de análisis.

Quisiera terminar esta nota previa con una cascada de agradecimientos a las personas que más me han ayudado durante estos años: mi familia, especialmente mi marido, Juan Ramón Sánchez López; mi director de tesis, el Prof. Dr. Enrique Anarte Borrallo; el Prof. Dr. Bottke, que me acogió en su cátedra de la Universidad de Augsburgo (desgraciadamente fallecido hace unos años) cuando disfrutaba de una beca FPI concedida por la Junta de Andalucía; mi querida amiga Carmen Wanner-Sturm, cuya compañía en mis estancias de investigación me hizo muy grata la aventura alemana; a mis queridas compañeras y amigas de mi grupo de investigación, Derecho Público para la Gobernanza (DERGO), las Profas. Dras. Nuria Arenas Hidalgo, Rosa Giles Carnero y, en especial, de nuevo, Manuela Mora Ruiz; así como a las Profas. Dras. Pilar Blanco Miguel y Yolanda Borrego Alés; y, por último, al Vicerrectorado de Investigación de la Universidad

de Huelva y al Centro de Investigación en Pensamiento Contemporáneo e Innovación para el Desarrollo Social (COIDESO) por la concesión de sendas ayudas para esta publicación.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende, mediante el estudio de los elementos y circunstancias que agravan la causación dolosa de la muerte, ofrecer una fundamentación y construcción alternativa a los criterios de peligrosidad y reprochabilidad en torno a los que se ha venido justificado, tradicionalmente, su mayor gravedad.

En este sentido, se propone un criterio de orientación victimológica, no solo como fundamento del asesinato —protección reforzada del sujeto pasivo— sino también como criterio interpretativo, limitando su aplicación en algunos supuestos de contribución de la víctima al delito.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha modificado sustancialmente el diseño tradicional de los delitos de homicidio doloso pues, de incluir todos los supuestos de agravación específica en el delito de asesinato, se ha pasado a un sistema de gradación multinivel que incorpora nuevos elementos y circunstancias agravantes que son ajenos a nuestra tradición jurídica. En este sentido, la reforma afecta a la configuración legal tanto del homicidio como del asesinato.

Por lo que se refiere al delito de homicidio, este nuevo diseño supone que, por primera vez, se contemplen agravantes específicas (art. 138.2 CP). Tres de ellas se comparten con el delito de asesinato: víctima menor de 16 años o persona especialmente vulnerable, causación de la muerte subsiguiente a delito sexual y pertenencia del sujeto a grupos u organizaciones criminales. También se recoge una agravación específica para los supuestos de homicidio que concurren con el delito de atentado del art. 550 CP.

En cuanto al asesinato, se ha añadido un nuevo elemento (circunstancia caracterizadora) en el art. 139.4ª CP que, en realidad, es doble: causar la muerte para facilitar la comisión de otro delito y causar la muerte para evitar que se descubra otro delito. Junto a este nuevo elemento, se establecen las tres agravantes específicas comunes con el homicidio —señaladas en el párrafo anterior— y un supuesto de agravación en el art. 140.2 CP, exclusivo del asesinato. Este último es naturaleza discutida, pues la doctrina se divide entre quienes consideran que es un supuesto específico de concurso y quienes lo interpretan como una agravante de multirreincidencia.

La consecuencia inmediata de la reforma se deja sentir en la implementación del nuevo diseño, que está resultando ser muy complicada, ya que presenta importantes fric-

ciones con los principios de legalidad (*non bis in idem*) y de proporcionalidad (debido a la previsión de la prisión permanente revisable).

Por otro lado, la nueva regulación parece acentuar los móviles del autor, especialmente el móvil delictivo (para facilitar o para ocultar otro delito) y el sexual (homicidio/asesinato subsiguiente a delito sexual), así como elementos que estarían vinculados al autor (pertenencia a grupo u organización criminal, comisión de varios delitos de asesinato). Al respecto, la doctrina se ha mostrado preocupada por una posible deriva hacia el derecho penal de autor, en perjuicio de un derecho penal del hecho de carácter garantista.

En un plano distinto, cabe añadir la preocupación por el proceso de reforma, pues se han criticado duramente tanto las razones como los vaivenes en la elección de los supuestos de mayor gravedad. Respecto de lo primero, se ha incidido en que la “necesidad” de reforma fue posterior a la decisión de reintroducir la cadena perpetua —prisión permanente revisable, en adelante PPR— que, a su vez, vino precedida de la sobreexposición mediática de graves casos de violación y posterior asesinato cometidos sobre víctimas muy jóvenes. En cuanto a los vaivenes en la elección de los supuestos a sancionar con PPR, no hay más que contrastar los distintos anteproyectos y proyectos de reforma.

En cualquier caso, pese a la oposición casi unánime de la doctrina y las críticas de las primeras sentencias del Tribunal Supremo tanto a la nueva tipificación como a la introducción de la prisión permanente revisable, las expectativas parecen sombrías: no solo se ha declarado constitucional, sino que, además, existen iniciativas legislativas para ampliar los supuestos de asesinato a los que aplicar esta pena.

Los problemas indicados configuran un diseño político criminal de homicidio y asesinato más severo que el previsto en el Código Penal de 1944 con la única salvedad de la pena de muerte, felizmente abolida en la Constitución de 1978.

Además de su severidad, también son motivo de preocupación los nuevos elementos y circunstancias, aparentemente más vinculados con la peligrosidad o reprochabilidad del autor que con la gravedad del hecho.

No menos importantes son las críticas a la técnica jurídica empleada y los consiguientes problemas de solapamiento entre los distintos niveles de agravación.

Todo ello muestra que, pese a tratarse de los delitos pertenecientes al núcleo del derecho penal clásico, se hace necesaria una investigación que permita introducir un enfoque diverso en el análisis de estos delitos, permitiendo nuevas perspectivas interpretativas y de aplicación.

Por más que la frontera entre asesinato y homicidio sea difusa y difiera en las legislaciones de cada país, su elección no debe ser arbitraria, sino que ha de reflejar las valoraciones sociales al tiempo que debe salvaguardar los principios garantistas propios del Estado de Derecho. El fundamento que se otorgue a estos elementos y circunstancias debe ser acorde con estos intereses. Aunque existen ya numerosos estudios sobre diferen-

tes aspectos de la nueva regulación, resulta necesario abordarla desde el punto de vista de la fundamentación de los elementos y circunstancias de agravación.

En la delimitación, fundamentación e interpretación del asesinato han ido ganando los aspectos subjetivos como los móviles, de forma que parece configurarse la imagen de un autor especialmente peligroso y perverso que necesita de una respuesta penal reforzada, como la que supone el recurso a la PPR. De esta forma, la fundamentación del asesinato parece apoyarse en los criterios de peligrosidad y reprochabilidad referidos al autor, que evocan cierta influencia de la sobreexposición mediática de casos muy graves en las decisiones legislativas.

Sin embargo, los precedentes históricos y los análisis criminológicos más actuales, que ponen el acento en la influencia de los aspectos situacionales en que se realiza la acción homicida (conflictos interpersonales, contexto delictivo, aspectos sociopolíticos), ofrecen la posibilidad de reconstruir un modelo de protección penal de la vida más inclinado a considerar la gravedad del hecho en función de su idoneidad especial para lesionar el bien jurídico, ya sea por las características propias de la víctima o por el contexto en el que se desarrolla la acción homicida, que podría favorecer una mayor intensidad de la voluntad homicida.

Este modelo estaría claramente inspirado por la perspectiva victimológica y, por tanto, orientado a una protección reforzada de la víctima. Pero para evitar excesos que podrían vulnerar el principio de proporcionalidad, la delimitación del caso concreto requiere de una evaluación conductual de la víctima, a fin de determinar la incidencia de este factor en la necesidad de una protección reforzada.

Las propuestas en las que se concreta doctrinalmente esta orientación son variadas e intentan en mayor o menor medida distanciarse de las tesis victimodogmáticas clásicas, abogando por una solución, que a veces se reside en la propia distinción legislativa entre asesinato y homicidio y otras, en el ámbito de la interpretación de los tipos. Cabe destacar las siguientes opciones principales: en primer lugar, la que se centra en la vulnerabilidad de la víctima (en abstracto o en concreto); en segundo lugar, la que reconoce cierta obligación de la víctima de adoptar cautelas para proteger su propia vida en determinadas situaciones (de corte victimodogmático tradicional); y, por último, la que ubica la cuestión en la imputación objetiva (dogmática de la víctima, más actual).

La orientación victimológica permite fundamentar la agravación de la protección de la vida y, en consecuencia —con un alcance esencialmente político-criminal— contribuye a clarificar la distinción entre asesinato y homicidio. Además, posibilita una interpretación restrictiva de las circunstancias caracterizadoras del asesinato y de sus agravantes específicas.

Por último, debe hacerse alusión a la terminología elegida, que se apoya mayoritariamente en el binomio “autor-víctima” en lugar de emplear las expresiones “sujeto activo-sujeto pasivo”. Es bien sabido que, en nuestro derecho penal, el concepto de “víctima” es más amplio que el de “sujeto pasivo” y que tampoco el concepto de “autor” coincide en todos los casos con el de “sujeto activo”. En este trabajo se emplean ambos

términos en su sentido más restrictivo: por sujeto activo entenderemos autor directo y, por víctima, la persona en la que confluye la doble condición de ser titular del bien jurídico y el objeto sobre el que recae la acción de matar.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En este capítulo se realiza una breve aproximación histórica a los elementos y circunstancias del delito de asesinato, si bien se hace un esfuerzo por evitar la interpretación conforme a categorías dogmáticas actuales que pudieran dar lugar a conclusiones preestablecidas para no cometer el error de analizar las figuras históricas a la luz de la dogmática actual¹.

1. Periodo anterior a la codificación

1.1. EL DERECHO ROMANO

En la época romana arcaica, el parricidio era un homicidio agravado que se reservaba, muy probablemente, para la muerte del *pater familias*. El poder del *pater* sobre los miembros de su familia venía limitado por normas consuetudinarias (*mores maiorum*), pero podía dar muerte a su esposa en caso de ser sorprendida cometiendo adulterio. Parece ser que, fuera de ese supuesto, para matar a la adúltera tenía que reunir al *consilium domesticum*².

Suele afirmarse que en la Ley de Numa (aprox. 700 a.C) se encuentra la primera referencia legal al término parricidio: *si qui liberum hominem dolo sciens morti duit, parricida est*. La interpretación y alcance real de esta norma no está clara en absoluto, pues en un principio se consideró que era la muerte del patricio a manos del hombre libre, pero posteriormente pasó a entenderse como un intento de prohibir o regular la venganza de

¹ En atención a la advertencia de MONTANOS FERRÍN, E./SÁNCHEZ-ARCILLA, J. (1990). *Estudios de Historia del Derecho criminal*, Madrid, p. 6; TORRES AGUILAR, M. (1991). *El parricidio: Del pasado al presente de un delito*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, p. 13; y OTERO VALERA, A (1999); “Historia del derecho criminal en Compostela”, *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 8, Nº 1, pp. 141-186, pp. 141 y s.

² *Vid.* TORRES AGUILAR (1991), pp. 21-28. Con anterioridad a la época romana, *vid.* pp. 13-17.

sangre³. En opinión de TORRES AGUILAR, el término *parricidium* se refería a la muerte dolosa tanto del *pater* como a la de cualquier otro ciudadano⁴.

El sistema de las *Doce Tablas* (aprox. 451 a.C.) sólo conocía cuatro clases de delitos: *perduellio*, *parricidium*, *furtum* e *iniuria*. Las dos primeras pertenecían al derecho público, mientras que las dos últimas unas veces correspondían al derecho público y otras, al derecho privado. Me parece interesante destacar que, en opinión de MOMMSEN, no queda claro si los vocablos empleados para designar a las dos primeras categorías de delito se correspondían con su significado sustancial o con el meramente procesal, adjetivo, tomando su nombre del procedimiento a seguir. Concretamente, duda acerca de “si el traidor ó enemigo de la patria es *perduellis* y el asesino parricida o si con la palabra *perduellion* quería indicarse no más que el procedimiento en que intervenían los cuestores”⁵. A su entender, ambas posibilidades son compatibles y explicarían que determinados hechos que no se corresponden con el significado de los términos, quedaran no obstante abarcados por la figura delictiva. Así sucedía, por ejemplo, con el robo de templos que, sin ser propiamente un parricidio, era conocido y resuelto por el *quaestor parricidii*, lo que motivó su absorción por aquél⁶.

En los tiempos finales de la República, el *parricidium* quedó reducido a designar al homicidio de los parientes, debido a que la pena señalada para este delito empezó a aplicarse únicamente en los casos de parentesco entre autor y víctima. Esta limitación del parricidio generó una laguna del lenguaje que en principio fue cubierta por los términos *sicarius* (bandido o sicario) y *veneficius* (envenenador), como puede apreciarse en la *Lex Corneliae de sicariis et veneficis*, dada por Sila en el 81 a.C) y, posteriormente, por la voz *homicidium*⁷.

La Ley Cornelia se dictó fundamentalmente con fines de fortalecimiento del poder y de pacificación social tras los largos y sangrientos años de guerra civil. Vendría motivada, como diríamos hoy día, por necesidades de política criminal⁸, puesto que iba dirigida en primera línea a acabar con los grupos más o menos “profesionales” integrados por sujetos bien armados y pagados por las facciones políticas que luchaban entre sí para hacerse con el poder⁹.

El homicidio cometido por bandidos (*crimen inter sicarios*) queda bien diferenciado de otras figuras como el homicidio mágico, el envenenamiento, el abuso del proceso capital y el parricidio propiamente dicho¹⁰. En opinión de THOMAS, no se castigaba mediante esta ley cualquier muerte violenta, sino solo la ocasionada por criminales “organizados” que

³ Vid. sobre esta cuestión THOMAS, S (1985). *Die Geschichte des Mordparagraphen – eine normgenetische Untersuchung bis in die Gegenwart*, Bochum, 1985, pp. 5-9.

⁴ Vid. TORRES AGUILAR (1991), pp. 38 y ss.

⁵ MOMMSEN, T (1905): *Derecho penal romano* (trad. Dorado Montero), Tomo II, Madrid, pp. 6 y s.

⁶ Vid. MOMMSEN (1905), p. 8.

⁷ Vid. MOMMSEN (1905), pp. 92 y s.; TORRES AGUILAR (1991), p. 42.

⁸ Vid. GRÜNEWALD, A (2010); *Das Vorsätzliche Tötungsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 60.

⁹ En este sentido THOMAS (1985), p. 15 y ss.; igualmente, MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), pp. 199 y s.

¹⁰ Cfr. THOMAS (1985), pp. 10 a 22.

pertenecían a “antiguos sindicatos del crimen”, siendo lo realmente importante su disponibilidad para matar y, en menor medida, el modo de comisión. El homicidio cometido por sicarios debía su gravedad, por tanto, a que se hallaba ligado al mandato y no necesariamente al precio¹¹, puesto el sicario también mataba a menudo por motivos políticos y podía desestabilizar el sistema¹², por lo que se castigaba con dureza a quienes mataban por cuenta y encargo de otro. La Ley Cornelia pretendía igualmente reprimir el bandidaje y los desórdenes públicos, y también castigaba la muerte de un hombre libre¹³.

En cuanto al resto de las figuras referidas, el envenenamiento castigaba, además de la muerte provocada por ese medio, otras muchas actividades relacionadas con el *venenum*. Se refería a cualquier sustancia excitante (colorante, filtro encantador, medicamento o veneno) incluyendo, por ejemplo, el mero hecho de proporcionar bebidas amorosas o contra la esterilidad¹⁴. Parece ser que el castigo del homicidio mágico, más que una auténtica vocación penalizadora, tenía la finalidad de tranquilizar a la población frente a la causación de la muerte mediante artes oscuras¹⁵. Existía también una figura dirigida fundamentalmente a limitar el poder de la judicatura y a evitar la eliminación de rivales políticos mediante el abuso de la pena capital¹⁶.

Por último, el parricidio en sentido estricto se refería a la muerte del padre y de parientes cercanos¹⁷. La reducción del parricidio a la muerte de parientes coincidió con el establecimiento de una ley especial sobre el procedimiento para estos homicidios: la *Lex Pompeia de parricidis*¹⁸ (55-52 a.C.). Esta ley establece para los parricidas la pena prevista en la Ley Cornelia¹⁹, de manera que se hace extensiva al parricidio la pena de muerte, que en aquella época consistía en la deportación para los ciudadanos romanos, mientras que para los no ciudadanos que hubiesen cometido este delito se reserva la pena capital “mate-

¹¹ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A (1972); *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo I, 2ª ed. (revisada por Gimbernat Ordeig, E.), Madrid, p. 274; MARTÍNEZ PÉREZ, C (1983); “La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa”, *CPC* núm. 19, 1983, pp. 39-73, pp. 39 y s.; MARTOS NÚÑEZ, J.A (1992); “La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el sistema penal español”, *RDPC*, núm. 2, 1992, pp. 449-512, p. 450.

¹² Cfr. THOMAS (1985), pp. 16 y s. Similar, QUINTERO OLIVARES, G (2014); “Malvados *ex lege*: traidores y sicarios. La explicación cultural e histórica de esas formas de asesinato y la necesidad de revisarlas”, en VIVES ANTÓN/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/ALONSO RIMO/ROIG TORRES (Dir), *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura.*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 753 a 768, pp. 756 y ss.

¹³ Cfr. TORRES AGUILAR (1991), p. 45.

¹⁴ Cfr. MOMMSEN (1905), pp. 109-126.

¹⁵ Vid. THOMAS (1985), p. 12; MOMMSEN (1905), pp. 109-126. MATEOS BUSTAMANTE, J. (2021); *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del art. 22.1 del Código Penal*, Reus, Madrid, pp. 21 y s., afirma que este homicidio se consideraba tan grave que sus autores quedaban habitualmente excluidos de las amnistías generales.

¹⁶ Cfr. THOMAS (1985), pp. 13 y s.

¹⁷ Cfr. THOMAS (1985), p. 21.

¹⁸ Cfr. MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), p. 29.

¹⁹ NÚÑEZ PAZ, M. I. (2010), “La no aplicación efectiva de la pena de muerte al parricida por razones religiosas. Una reflexión histórica sobre la larga pervivencia del parricidio en el derecho penal como delito autónomo”, *Revista Penal*, núm. 25, enero, pp. 89-103, p. 99.

rializada en la forma de pena de cruz o arrojo a las fieras”²⁰, que vino a sustituir a la pena del *culleum* hasta que esta fue restablecida para los parricidas en la época de Augusto²¹.

En otro orden de cosas, en cuanto a los supuestos de homicidio atenuado destaca la *Lex Iulia de adulteriis*, dada por el emperador Augusto (18/17 a.C.), que contemplaba la atenuación e incluso exención de la pena por la muerte de los amantes en los casos de adulterio de la mujer. Se permitía al marido matar al adúltero *de clase inferior* sorprendido en su casa si el hecho se realizaba con ira. El tratamiento penal que se daba al padre que encontrara a su hija con un amante en su propia casa o en la de su yerno era diferente: podía matar al adúltero con independencia de su clase social, siempre y cuando matara también a su propia hija. En caso de incumplir los presupuestos establecidos en esta ley, el marido o el padre eran castigados por *homicidium* y se les reducía la pena por *iustus dolor*.

Más tarde, con Antonino Pío (emperador desde el año 138 al 161) se modificó esta regulación prohibiendo la muerte del adúltero y de la mujer, aunque sí se atenuaba la pena²².

Por último, el Digesto (emperador Justiniano I en el año 533) no castigaba al *pater* que, sorprendiendo a su hija en acto de adulterio en su propia casa o en la de su yerno, matara a ambos adúlteros. Al marido, con carácter general, solo se le permitía retener al adúltero para que fuera juzgado²³, aunque podía darle muerte en algunos casos, como por ejemplo, cuando el adúltero fuera cómico o bailarín (§4, Ley 23, tít. 5º, lib. 48).

1.2. EL LIBER IUDICIORUM

Durante la época visigoda (que como es sabido abarca desde el último cuarto del s. V hasta el año 711) el cuerpo legal más importante es el *Liber Iudiciorum*, también llamado *Lex Visigothorum*, dado por Recesvinto en torno al año 654.

El Liber dedica su Libro Sexto, *De sceleribus et tormentis*, a una relación casuística de diversos delitos que, de una u otra manera, afectan a la vida humana. En opinión de MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA, el envenenamiento, el aborto y el parricidio son configuradas en el *Liber Iudiciorum* como situaciones delictivas distintas²⁴. El homicidio se penaba con la muerte, pero si era cometido con envenenamiento se endurecía el castigo con grandes suplicios seguidos de muerte vil²⁵. También el parricidio se considera un delito más grave²⁶.

²⁰ MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA, (1990), pp. 30 y s.

²¹ Cfr. MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), pp. 32, 183 y s. Sobre esta pena y su significado *vid.* NÚÑEZ PAZ (2010), pp. 91-95 y TORRES AGUILAR (1991), pp. 52-64.

²² *Vid.* GRÜNEWALD (2010), pp. 324 y ss.

²³ Cfr. GROIZARD, A. (1893); *El Código Penal de 1870*, Tomo IV, Salamanca, p. 586 y s.

²⁴ Cfr. MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), p. 93. Los autores muestran su desacuerdo con Fernández Albor por dar el tratamiento de circunstancias a “lo que son, en realidad, elementos constitutivos del delito”.

²⁵ Cfr. PASTOR SANTIAGO, I. (2000); *El delito de asesinato: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona (editado en microfichas), 2000, pp. 25 y ss.

²⁶ Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR, A (1964); *Homicidio y asesinato*, Madrid, pp. 41 y s.

Por último, el Liber también recoge la exención de pena para el esposo que mata a los adúlteros (*in fraganti*) y al padre que mata a su hija si la sorprende yaciendo con un hombre en su casa, subrogándose en este derecho los hermanos o tíos en caso de que el padre hubiera fallecido²⁷.

1.3. DERECHO ALTOMEDIEVAL

El derecho altomedieval (desde el 711 hasta finales del s. XII) viene representado por los fueros municipales²⁸.

El homicidio simple vendría configurado como crimen que no solo afecta a una persona en concreto, sino que también amenaza al círculo familiar del fallecido. En este caso, la pena es de carácter pecuniario (caloña) junto a la conversión en enemigo de los parientes del muerto, que podían ejercer legítimamente la venganza de sangre. En relación con estos homicidios existían algunos supuestos agravados (pero no considerados traición) como el de dar muerte a mujer embarazada, en cuyo caso, además de convertirse en enemigo, el sujeto debía pagar el doble de caloña. También se consideran más graves los que se cometen con premeditación (en circunstancias que aseguren el resultado) y el conyugicidio.

Los homicidios más graves se aglutinan en torno al hecho de suponer una amenaza a la paz de la comunidad²⁹: estos se consideran traición, ya sea del deber de fidelidad al señor natural, ya sea del debido a los parientes. En todos estos supuestos se había asumido la obligación de no matar a la otra persona.

Igualmente se contempla la traición a las expectativas de paz de la comunidad, como por ejemplo el homicidio violando treguas, sobre fianzas de salvo o después del “saludamiento”, así como el de quien no ha sido desafiado³⁰.

En los fueros municipales también se incorporan numerosas referencias a la alevosía³¹. Frente a la clara procedencia latina del término *traición*, se ha dudado en la

²⁷ Sobre el parricidio y figuras afines en el Liber, *vid.* TORRES AGUILAR (1991), pp. 85-94, en concreto sobre la exención de pena *honoris causa* como legítima defensa, pp. 91 y s.

²⁸ Puede verse una amplia exposición de estos fueros en CAMARGO HERNÁNDEZ, C (1953); *La alevosía*, Barcelona, 1953, p. 7-14; MARTÍN GONZÁLEZ, F (1988); *La alevosía en el Derecho español*, Granada, pp. 7-23 y PASTOR SANTIAGO (2000), pp. 28-32.

²⁹ Cfr. SAINZ GUERRA J. (2006); “Infracción y pena en el Fuero de Soria”, *AHDE* nº 76, 2006, pp. 137-172, pp. 148 y s. Se encuentra una amplia exposición de los fueros en MATEOS BUSTAMANTE (2021), pp. 24-36.

³⁰ *Vid.* ORLANDIS ROVIRA, J. (1945); “Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, *AHDE*, Tomo XVI, 1945, pp. 112-192, p. 127, sobre la tregua y la paz especial; p. 129, sobre los pactos no agresión, que suponían un compromiso firme de no agresión que se garantizaba con una fianza y su quebrantamiento daba lugar a la pérdida de la paz; y en p. 130, sobre el saludamiento.

³¹ MAPELLI CAFFARENA, B. (2020); “Alevosía y poder. El fundamento preventivo general del asesinato alevoso”, en De Vicente Remesal *et al* (Dir.) *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*. Reus, Madrid, pp. 753-768, p. 758 y ss., señala la importancia del mantenimiento de la paz social como origen de la alevosía.

doctrina acerca del origen latino, germánico o incluso árabe del vocablo *aleve*³². Desde la 22^a edición del diccionario de la RAE se le atribuye, efectivamente, una procedencia del árabe hispánico *al' áyby*, que a su vez deriva del árabe clásico *'ayb*, que significa “defecto”, “tacha” o “nota de infamia”. Recientemente se ha señalado³³ que, mientras su origen visigótico refleja la idea de traición, en el árabe hispánico tiene un significado más general, en el sentido de “delincuente”, que sería el empleado en los fueros medievales.

En cualquier caso, no puede afirmarse con rotundidad que los términos traición y alevosía fueran intercambiables, ni tampoco que traición se empleara para designar al hecho y que aleve o alevoso fuera referido al autor³⁴.

En el Fuero Real (dado por Alfonso X “el Sabio”, en 1255) reaparecen los términos traición y aleve (Ley II, Título XVII, Libro IV): *Todo ome que matare a otro a traycion, o aleve, arrestrenle por ello, e enforquenlo; et todo lo del traydor ayalo el rey, e del alevoso aya la meytad el rey, e la meytad sus herederos: et si en otra guisa lo matare sin derecho, erfonquenlo, e todos sus bienes herendelos sus herederos, e non pechen el homecillo*. El art. 77 de las Leyes de Estilo (interpretaciones, aclaraciones y advertencias al Fuero Real junto a otras normas, realizadas durante el reinado de Fernando IV³⁵) establece una definición de matar a otro con alevosía: *el que sobre tregua fiere a aquel con quien ha treguas, es alevoso, magner non sea figo-dalgo*³⁶.

Se trata, en definitiva, tanto en los supuestos de traición como en los de alevosía, de homicidios en los que el deber de fidelidad, la fianza de salvo y la ausencia de desafío, sitúan a la víctima en un estado de desprevisión frente a un ataque contra su vida, puesto que no tiene motivos para esperar lo de la persona que ha asumido la obligación de no atentar contra su vida o con la que no tiene un conflicto.

1.4. LAS PARTIDAS

El derecho bajomedieval abarcaría desde finales del s. XII hasta finales del XV. Afirman MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA que la base de las Partidas es el derecho romano-canónico con “residuos altomedievales” y consideran que fue “en sede canonís-

³² Cfr. GARCÍA GONZÁLEZ, J (1962); “Traición y alevosía en la Alta Edad Media”, *AHDE*, Madrid, 1962, pp. 323-345, pp. 323-325, destaca que hasta su duodécima edición, en 1884, el Diccionario de la Real Academia daba al término “aleve” una etimología latina, derivada del latín *allevare*, que significaba “alzarse”, “levantarse”, “engreírse” (cfr. p. 323), pero a partir de la decimotercera, en 1899, le otorga una etimología germánica, del gótico *levian*, que significa “hacer traición” y del anglosajón *laeva*, que significa “traición” (cfr. p. 324).

³³ Cfr. MATEOS BUSTAMANTE (2021), pp. 17 y s

³⁴ Sobre esta cuestión, ARROYO ALFONSO, M.S. (2024); “La orientación a la víctima en el delito de asesinato”, tesis doctoral, Universidad de Huelva, accesible en abierto en el repositorio Arias Montano: <https://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/23955>, pp. 31-35.

³⁵ Fernando IV reinó de 1285 a 1312.

³⁶ MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), pp. 106 y s., consideran, apoyándose en el Fuero Real 4, 17: *De los omecillos*, que los términos son indistintos.

tica donde se elaboró el Derecho criminal de la época, que había de ser el comienzo y la base del Derecho criminal moderno”³⁷.

Las Partidas fueron redactadas entre los años 1256 y 1265, bajo la dirección de Alfonso X, “el Sabio” y es el primer cuerpo legal español en el que aparece el término “asesinos”, concretamente en la Partida 7, 27, 3:

“Asesinos son llamados vna manera que ha de omes desesperados, e malos, que matan a los omes a traición, de manera que non se pueden dellos guardar. (...) Otrozi decimos, que los assessionos, e los otros omes desesperados que matan los omes por algo que les den, que deuen morir por ende, tambien ellos como los otros por cuyo mandando lo fazen”.

El término asesinato es, por tanto, de aparición tardía en nuestra tradición jurídica. En la actualidad, aún es mayoritaria la tesis que remonta su origen a las Cruzadas. Se considera que deriva de la voz árabe *Haxxaxin* (consumidores de hachís), nombre que se daba a una secta musulmana liderada por el llamado “Viejo de las Montañas”, muy temida, según algunos autores, porque asaltaban a los cristianos en los desfiladeros de las cordilleras del Líbano³⁸ y, según otros porque, a menudo a cambio de dinero, se introducían con engaño entre los soldados cristianos matando a los caudillos³⁹.

Resulta interesante que, aunque de forma muy embrionaria, el término aparece ligado a conceptos como “ataque a traición” (caer sobre los cristianos por sorpresa en los desfiladeros), insidia (engaño y disimulo para posibilitar el ataque a objetivos determinados) y matar por encargo a cambio de un pago.

El homicidio se describe en términos más neutros: “*Homidium en latín, tanto quiere dezir en romance, como matamiento de ome*”, mientras que el parricidio aparece ya desvinculado de la idea de traición, al tiempo que se diferencia mejor de otras figuras afines⁴⁰.

El término asesinato, que se popularizó como neologismo, había sido incorporado por primera vez a un texto legal en la Decretal *Pro Humani Redemptione* dada por Inocencio IV en el Concilio Ecuménico de Lyon, en 1249, anterior a las Partidas⁴¹.

³⁷ MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), p. 114.

³⁸ Vid. CARRARA, F. (1863), *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*. Vol. V, núm. 3, 1985, traducción de J.J. Ortega Torres y J. Guerrero, 5ª ed. Bogotá, p. 239; QUINTANO RIPOLLÉS (1972), p. 190; Díez RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L (1997), *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 95. En la misma línea, MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), p. 259, aunque considerando que el término procede de la palabra árabe *asis* (insidias). Esta teoría tradicional ha sido puesta en duda por algunos autores, vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J.M (1996), en RODRÍGUEZ RAMOS/COBOS GÓMEZ DE LINARES/SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte Especial I*, Madrid, 1996, pp. 29 y s., nota 1 y MESA VALIENTE, (2000); *El delito de asesinato cualificado por la alevosía*, Tesis doctoral, Alicante, 2000. <http://hdl.handle.net/10045/3734>, p. 29.

³⁹ Cfr. GROIZARD (1893), p. 353; en igual sentido AMOR Y NEVEIRO, C (1922); “La circunstancia agravante de precio en los delitos y faltas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 140, pp. 341-520, p. 402, nota (4); PASTOR SANTIAGO (2000), p. 83.

⁴⁰ Vid. TORRES AGUILAR (1991), pp. 204 y ss.

⁴¹ Vid. AMOR Y NEVEIRO (1922), p. 403.

En opinión de MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA, fue el clima de insidias que rodeaba al ambiente del papado en su época el motivo que impulsó a Inocencio IV a la elaboración de la Decretal. Estaba, por tanto, dirigida más bien al ambiente clerical y parece ser que su finalidad consistía en castigar a quienes hacen matar por medio de otro puesto que, al ser sorprendida la víctima por quien no espera como enemigo, se ve imposibilitada de salvar su alma, al no poder contar con auxilio espiritual en el momento de la muerte⁴². Por eso consideran que la incorporación del asesinato al título de la Partida VII referida a los desesperados, en lugar de hacerlo en el título de la misma partida dedicada a los *Omezi-llos*, se debe probablemente a un error de interpretación del clérigo que incluyó el asesinato en las Partidas⁴³. El redactor del texto no tendría en absoluto claro ante qué figura estaba y por ello mezcla conceptos: por una parte, confunde la muerte por mandato de la *Pro humani* con la muerte por precio⁴⁴ (*maten a los omes por algo que les dan*) y, por otro lado, equipara el matar por mandato (ya identificado como matar por precio) con matar a traición (*de los asesinos, o de los otros traidores que matan a furto, a traición*).

Teniendo en cuenta que la infracción del deber de fidelidad era el comportamiento más grave de la época, podría comprenderse la equiparación que se realiza en las Partidas entre el matar por precio y el matar a traición, es decir, matar sobre tregua, dado que matar a una persona asegurada (matar sobre *seguranza*), supone que esta se sentía segura por no haber recibido una declaración de enemistad, por lo que considera que esa persona es *amigo*. De hecho, la *devolución de enemistad* venía establecida por el rey y exigía un determinado procedimiento.

Es interesante resaltar que, al pasar a las Partidas el asesinato por mandato de la Decretal *Pro Humani*, queda limitado a la muerte por precio, pero la pena de muerte se contempla no solo para el mandatario, sino también para el mandante, por lo que ambas conductas se equiparan en gravedad⁴⁵.

Por último, también en las Partidas (7, 17, 13), se contempla la exención de pena para el marido que mata al adúltero, pero no se le permite matar a la mujer. En la Ley 14 se exime de pena al padre que, sorprendiendo en su casa o en la del yerno a su hija en adulterio, matare a *ambos* adúlteros, perdiendo el beneficio si solo mata a uno de ellos.

1.5. DE LAS PARTIDAS A LA ILUSTRACIÓN

El *Ordenamiento de Alcalá* (1348, Alfonso XI) no contempla el término asesinato, probablemente porque entronca con los Fueros Municipales, que no tenían referencias a

⁴² MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), pp. 259 y ss.; también en MONTANOS FERRÍN (2017), p. 258 y s.

⁴³ Cfr. MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), pp. 263 y ss., ofreciendo una posible explicación de este error en p. 264; también en MONTANOS FERRÍN (2017), pp. 249-272, p. 254.

⁴⁴ En el mismo sentido, OTERO VALERA (1999), p. 147.

⁴⁵ Así lo señala MARCOS GUTIÉRREZ, J. (1824), p. 51; *Práctica criminal de España*, Tomo III, 3ª ed., Madrid, 1824, disponible en <http://hdl.handle.net/10366/19444>

esta figura⁴⁶, incorporada por primera vez en las Partidas⁴⁷. No obstante, sí reconoce “la muerte segura”, entendiendo por tal la que no ha sido “peleada”. En realidad, se trata de la muerte “sobre seguridad de salvo”, es decir, sobre persona asegurada. La frustración de las expectativas de hallarse fuera de peligro explicaría que la conducta más grave consista en la violación de la amistad, en la medida en que del amigo no se espera un ataque.

Debe destacarse también que el Ordenamiento de Alcalá recogió el homicidio por mandato o consejo y, aunque no se hacía referencia al precio, empezó a verse el *crimen sicariorum* como una traición, ya que “el pagado no era enemigo” siendo, por tanto, amigo del que no se esperaba ataque alguno⁴⁸.

El *Ordenamiento de Montalvo* fue un encargo de los Reyes Católicos a ALONSO DÍAZ DE MONTALVO. Aunque fuera duramente criticado en las Cortes en 1523 por su falta de originalidad, afirma MARÍA E IZQUIERDO que no se trataba de una simple recopilación, sino que el jurista había redactado un amplio número de preceptos⁴⁹. PORRAS ARBOLEDAS considera, por el contrario, que recoge de forma prácticamente íntegra el Ordenamiento de penas de Cámara promulgado por Enrique III en 1400, pasando con ello también a la Nueva Recopilación⁵⁰.

En lo que afecta a nuestra materia, debe destacarse que en este texto legal se recogen ocho supuestos de conducta alevosa (desde la muerte segura a la falsificación de moneda pasando por la bigamia) pero el término “alevoso” quedaría reservado para el homicidio con pistolete⁵¹ y para quien *mata a muerte segura*, entendiéndose como tal toda aquella que no se hizo en pelea, batalla o riña. El texto también distingue entre el traidor y el alevoso a efectos de pena pues, aunque a ambos se les aplica el arrastramiento y la horca, se confiscan para el rey todos los bienes del traidor, pero sólo la mitad de los bienes del alevoso⁵².

Se ha visto en los epígrafes anteriores cómo van confluyendo dos fuentes jurídicas distintas que darán lugar al embrión del delito de asesinato actual: por un lado, la aparición del término asesinato (en la decretal *Pro Humani Redemptione*, de Inocencio IV) como la muerte por mandato, posteriormente reducida a la muerte por dinero. Y, por otro lado, la alevosía, diferenciada de la traición (*traycion* y *aleve*) en los fueros, para ser luego en las Partidas asimilada a la misma (traición para los delitos contra el rey, alevosía respecto de delitos graves como el de homicidio cometidos contra otras personas) y, designar algo más tarde, a medida que se van delimitando, la gravedad de la muerte segura, entendida como muerte del que no es “enemigo” (es decir, del que estaba “asegurado”) y, en consecuencia, no espera un ataque contra su vida.

⁴⁶ Como se ha comentado en Cap.I.1.3.

⁴⁷ Vid. Cap.I.1.4.

⁴⁸ MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), pp. 274 y ss.

⁴⁹ MARÍA E IZQUIERDO, M.J. (1999); “El Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 6, 1999, pp. 435-473, p. 436.

⁵⁰ Cfr. PORRAS ARBOLEDAS, P.A (2003), “El Ordenamiento de Penas de Cámara de Enrique III (1400). Un nuevo manuscrito”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2003. 10, pp. 209-234, p. 210.

⁵¹ Vid. MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), p. 125.

⁵² Vid. FERNÁNDEZ ALBOR (1964), p. 62.

Se trata, por tanto, de supuestos en los que la víctima no espera ser agredida, bien porque se halla confiada al no estar incurso en ninguna causa de enemistad con el autor del delito (de ahí que se equipare con la muerte por mandato, pues nada malo se espera del mandante que no es enemigo), bien porque la forma de actuar del autor (matándola por la espalda, o cuando se encuentra desprevenida) impide la defensa de la víctima⁵³.

Otros autores enfatizan la relación de la traición con el honor y la deslealtad. En esta primera fase, la alevosía (especialmente desde las Partidas) consistiría en vulnerar la forma correcta en que se espera un ataque contra la vida: “de manera franca, abiertamente y sin esconder las verdaderas intenciones”⁵⁴.

No parece que puedan sacarse mayores conclusiones en torno a la alevosía y el asesinato, puesto que el sistema penal del Antiguo Régimen se caracteriza por su casuismo plasmado en leyes confusas y redactadas a menudo con detalle, pero sin apenas orden ni sistemática.

Estas líneas básicas pasan a los siglos XVI a XVIII. Aunque no volverá a aparecer ninguna referencia legal al asesinato hasta el s. XIX, los prácticos, más preocupados de la casuística que de los conceptos, emplearán el término para diferenciar los homicidios cualificados, pues aunque no era un término legal, sí que era de uso común. Probablemente el vocablo pervivió, pese a no haber sido recogido en cuerpos legales posteriores a las Partidas, porque éstas no se habían visto derogadas por las normas posteriores, sino que seguían aplicándose conjuntamente⁵⁵.

La mayoría se refieren con este nombre al homicidio por mandato. En este sentido, por ejemplo, cabe citar a los prácticos del s. XVI como ANTONIO DE LA PEÑA, COVARRUBIAS y DIEGO PÉREZ, los dos últimos relacionándolo con la idea de traición, en el sentido de no poder precaverse frente a un ataque por parte de persona con la que no se tiene conflicto⁵⁶.

Entre los autores de los siglos XVII y XVIII, LARDIZÁBAL usa indistintamente los términos homicidio y asesinato, entendiendo que se trata del mismo delito ejecutado de diferente forma⁵⁷, mientras que MATEU Y SANZ se inclina por la interpretación de asesinato como muerte por precio⁵⁸. También ELIZONDO considera asesinato el cometido por medio de un mandatario, mientras que es homicida alevoso quien comete el delito con armas de fuego o empleando veneno⁵⁹.

⁵³ En el mismo sentido TOMÁS Y VALIENTE, F (1969); *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, p. 347.

⁵⁴ MATEOS BUSTAMANTE (2021), p. 93.

⁵⁵ Vid. MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), pp. 275 y s.; MERCHÁN APARICIO, C. (2017); “Algunos aspectos del Derecho penal histórico español”, en *VERGENTIS*, 4, junio 2017, pp. 107-133, p. 110.

⁵⁶ Vid. MONTANOS FERRÍN, E (2017); “El homicidio y el asesinato”, en ALVARADO PLANAS/MARTORELL LINARES (Coord), *Historia del castigo en la Edad Contemporánea*, Dykinson, Madrid, pp. 249-272, p. 260.

⁵⁷ Vid. LARDIZÁBAL Y URIBE, M (1782); *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Vitoria-Gasteiz, edición de 2001, p. 142.

⁵⁸ Cfr. MONTANOS FERRÍN/SÁNCHEZ-ARCILLA (1990), pp. 283-292.

⁵⁹ Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR (1964), pp. 63 y s.

Ya a comienzos del s. XIX, ÁLVAREZ POSADILLA define el asesinato como matar por precio y quien lo comete “incurre en las penas de alevé y traidor”, aplicándosele la misma pena al mandante⁶⁰. La muerte realizada con alevosía sería, en su opinión, “aquella que no se hace á cara sino por detrás y á seguro, de modo, que no se pueda defender”⁶¹.

La muerte producida con arma de fuego se considerará también alevosa durante la Edad Moderna, dado que anula prácticamente las posibilidades de defensa, al igual que el veneno⁶².

La falta de sistemática de las leyes criminales en España propiciaba una jurisprudencia caótica y era motivo de seria preocupación. Para superar estos problemas LARDIZÁBAL recibió el encargo, en torno a 1775, de impulsar la redacción de un Código Criminal que, pese al esfuerzo realizado para recopilar y ordenar la dispersa legislación criminal, quedó abandonado por diversas razones⁶³.

El último texto legal previo al periodo codificador lo constituye la *Novísima Recopilación*, de 1805, que tampoco recoge la voz asesinato aunque sí contempla la muerte a traición o alevé, considerando que toda muerte es segura, salvo la que se produce durante una pelea, guerra o riña. Se incluyen también la muerte durante tregua y matar o herir con arcabuz o pistolete.⁶⁴

Por último, encontramos de nuevo un precepto que exime de la pena al varón que matare al hombre que “hallare yaciendo con su hija ó con su hermana” y similar exención para el esposo respecto de la muerte de los adúlteros⁶⁵.

2. Derecho codificado: del CP de 1822 al CP de 1995

2.1. EL CÓDIGO PENAL DE 1822

Se atribuye su autoría al ministro CALATRAVA, fue promulgado durante el Trienio Liberal (1820-1823)⁶⁶ y, junto al derecho histórico español (Fuero Juzgo, Partidas), acusa

⁶⁰ ÁLVAREZ POSADILLA, J (1802); *Práctica criminal por principios; o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de la justicia. Tomo tercero: contiene el Tratado de Delitos y sus penas según la Legislación de España*, Valladolid, pp. 128 y ss.

⁶¹ ÁLVAREZ POSADILLA (1802), p. 132.

⁶² Cfr. TOMÁS Y VALIENTE (1969), p. 347.

⁶³ CASABÓ RUIZ, J.R (1969); “Los orígenes de la codificación penal en España”, *ADPCP*, Fasc.2, pp. 313-342, *passim*.

⁶⁴ Vid. CAMARGO HERNÁNDEZ (1953), p. 19; ALTÉS MARTÍ, M.A. (1982); *La alevosía (estudio de determinados aspectos de la Agravante del nº 1 del art. 10 del Código Penal)*, Universidad de Valencia, Servicio de Publicaciones, p. 17; Mateos Bustamante (2021), pp. 39 y ss.

⁶⁵ Vid. GROIZARD (1893), p. 581, con transcripción de las normas referidas.

⁶⁶ Sobre este código pueden verse los trabajos de ANTÓN ONECA, J (1965a); “Historia del Código Penal de 1822”, *ADPCP*, pp. 263-278, *passim* y CALLEJO HERNANZ, G.M/MARTÍNEZ PATÓN, V (Coords.) (2022); Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario, BOE, Madrid, *passim*.

también la influencia del Código de Napoleón de 1810 y de importantes pensadores de la época⁶⁷.

Pese a su breve vigencia (se ha llegado a poner en duda su entrada en vigor)⁶⁸, se le atribuye un gran interés como documento histórico y por su influencia en el Código Penal de 1848⁶⁹. El fin del Trienio Liberal supuso la derogación del Código de 1822 y la vuelta a las fuentes jurídicas del Antiguo Régimen⁷⁰, pero los cambios sociales experimentados durante las reformas liberales y la influencia de la Constitución de 1812 evidenciaban que el derecho basado en la Novísima Recopilación, Fueros, e incluso las Partidas, había quedado completamente desfasado⁷¹.

Se trata de un código muy casuista, característica que se plasma claramente en la regulación de los delitos contra la vida. El homicidio premeditado se define en el art. 605 y el homicidio voluntario sin premeditación, en el art. 618 CP. Se recoge una (numerosa) relación de circunstancias cuya concurrencia da lugar a un delito de asesinato (art. 605)⁷², entre las que cabe destacar los siguientes antecedentes de las actuales: alevosía (varias modalidades como acechanza, a traición y sobre seguro, comisión del delito sin riesgo o para lograr la indefensión de la víctima, veneno); precio (dones o promesas); ensañamiento (tormentos, ferocidad o crueldad, incluso con el cadáver); para facilitar u ocultar otro delito (abarcaba los supuestos en que la muerte se producía para castigar la resistencia de la víctima).

Por otro lado, recoge la tradición anterior de establecer un tratamiento privilegiado para el parricidio cometido por el marido o padre por adulterio *in fraganti* en los arts. 619 (adúltero y mujer descendiente en línea recta) y 620 (adúltero y mujer descendiente

⁶⁷ Cfr. ALVARADO PLANAS, J (2017); “La Ilustración y la humanización del Derecho penal”, en ALVARADO PLANAS/MARTORELL LINARES (Coord.), *Historia del castigo en la Edad Contemporánea*, Dykinson, Madrid, pp. 19-41, p. 34. TOMÁS Y VALIENTE (1969), p. 103, destaca que el Código de 1822 recogió las ideas penales de Montesquieu, Beccaria, Bentham, Calatrava, Filangieri, Bexon y Lardizábal. Igualmente, CAÑIZARES NAVARRO, J.B. (2013); “El Código Penal de 1822: sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico (desde el s. XX)”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 10 (2013), pp. 109-136, *passim*.

⁶⁸ Sobre esta cuestión, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (1978); “Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P. de 1822”, *CPC* núm. 5, pp. 229-235; CASABÓ RUIZ, J.R (1979); “La aplicación del Código Penal de 1822”, *ADPCP*, pp. 333-344; FIESTAS LOZA, A (1978); “Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822”, *Revista de Historia del Derecho*, vol. 2, núm.1, pp. 57-77, p. 66; TORRES AGUILAR (1991), p. 300, TOMÁS Y VALIENTE (1969), p.111; DE BENITO FRAILE, E (2008); “Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822”, *Foro, Nueva época*, núm. 8/2008, pp. 41-68; LÓPEZ REY, O (2018); “El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado”, *ADPCP*, Vol. LXXI, pp. 347-401, con nuevas aportaciones en pp. 381 y ss.

⁶⁹ CEREZO MIR, J (1998), *Curso de Derecho penal español. Parte General/II*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, p. 113.

⁷⁰ Cfr. ANTÓN ONECA, J (1965b); “El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, *ADPCP*, pp. 473-495, p. 478.

⁷¹ Cfr. BARÓ PAZOS, J (2013); “El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, *AHDE*, tomo LXXXIII, pp. 105-138, p. 106.

⁷² Sobre las posibilidades de interpretación de las relaciones sistemáticas entre asesinato y homicidio en este código, *vid.* ARROYO ALFONSO (2024), pp. 51-54.

en línea colateral). La reducción de pena es muy considerable, puesto que de la pena de muerte (arts. 612 y 613) se descendía a la de arresto de seis meses a dos años y destierro (art. 619) o, en su caso, la de reclusión de dos a cinco años y destierro (art. 620). No se establece como requisito la muerte de ambos adúlteros.

También se incluyen tres supuestos de homicidio atenuado en consideración a la provocación sufrida por el autor: por ofensa o agresión leve (art. 615), para participar en riña (art. 616) y cualquier otra no comprendida en los artículos anteriores (art. 623).

2.2. EL CÓDIGO PENAL DE 1848 Y LA REFORMA DE 1850

El 1 de julio de 1848 entra en vigor el código que se considera auténtico referente de todos los posteriores. Se afirma que estuvo fuertemente influido por PACHECO, si bien su redactor fue SEIJAS LOZANO⁷³. Fue reformado por Real Decreto de 30 de junio de 1850.

Este código prescinde del *nomen iuris* asesinato, si bien la doctrina lo empleaba en el sentido de homicidio cualificado⁷⁴. Recoge en el art. 324, simplificando su redacción, las circunstancias agravantes específicas del homicidio que más tiempo se han mantenido presentes en nuestros códigos penales: alevosía (con redacción diferente a la actual), precio o promesa remuneratoria (con diferente redacción como circunstancia agravante genérica del art. 10.3ª, “mediando precio, recompensa o promesa), por medio de inundación, incendio o veneno, con premeditación conocida y con ensañamiento (este último ya limitado a los actos sobre persona viva).

El CP de 1848 describe la alevosía entre las agravantes genéricas (art. 10. 2ª) como obrar a *traición y sobre seguro*. Esta redacción originó una gran confusión en la doctrina y en la jurisprudencia, pues la conjunción “y” parecía reclamar la presencia de dos requisitos (la traición como falta de lealtad o engaño y sobre seguro como realización del delito sin riesgo). Pero para otros autores, actuar sobre seguro no era más que una forma de traición, siguiendo en esto a las Partidas y la Novísima Recopilación⁷⁵.

La reforma de 1850, con pretensiones de clarificar esta cuestión, introdujo una pequeña variación, pasando a definirla como obrar a *traición o sobre seguro*. Lejos de solucionar el problema, parece ser que lo agravó aún más⁷⁶. La polémica seguía centrada en si el aseguramiento era una forma de traición o si era algo diferente, con lo que la conjunción “y” parecía significar que debían concurrir ambas y, la disyuntiva “o”, que bastaba con la existencia de una de ellas. Al respecto, destaca ANTÓN ONECA que, con la

⁷³ GARCÍA VALDÉS, C (2012); “La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias”, *AHDE*, tomo LXXXII, 2012, pp. 37-66, p. 51.

⁷⁴ Así, por ejemplo, PACHECO, J.F. (1856); *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo III, 2ª ed. p. 21; JARAMILLO GARCÍA, A (1929): *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Vol. II, Libros II y III, Salamanca, p. 193, afirma que el asesinato fue el “nombre que el vulgo empleó siempre para designar la muerte violenta cometida por una persona concurriendo circunstancias ignominiosas”; PASTOR SANTIAGO, (2000), p. 59, nota (28), cita a Aramburu y Arregui y, en nota (29), a Vicente y Caravantes.

⁷⁵ Más referencias en MATEO BUSTAMANTE (2021), pp. 48 y s.

⁷⁶ Sobre este problema *vid.* GROIZARD (1893), pp. 433 y ss. y CAMARGO (1953), pp. 23 y ss.

reforma de 1850, “entran en la agravante dos zonas nuevas: la traición sin seguridad y la seguridad sin traición”⁷⁷. Esta problemática quedaría en mera anécdota de no ser porque la expresiva frase “a traición y sobre seguro”, debido probablemente a su gran expresividad, aún se emplea en la actualidad para interpretar la alevosía⁷⁸.

Por último, este código se hace eco también de la tradición histórica de reducir la pena en los casos de homicidio *causa honoris*, limitado a maridos y padres (art. 339). No se contempla el homicidio privilegiado por mediar provocación, que queda como circunstancia atenuante genérica en el art. 9 (*La de haber precedido inmediatamente provocación ó amenaza adecuada de parte del ofendido*), junto a la 5^a (*La de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales ó adoptivos, ó afines en los mismos grados*), diferenciadas ambas de la atenuante 7^a, relativa al arrebató u obcecación.

2.3. EL CÓDIGO PENAL DE 1870

El Código Penal de 1870 es consecuencia de la Constitución de 1869. Sorprende su dilatada vigencia, pues durante la misma se redactaron varios proyectos de nuevo código penal que no llegaron a cristalizar⁷⁹, con la salvedad del Código Penal de 1875, promulgado el 2 de marzo por el pretendiente Carlos VII, sublevado contra Alfonso XII, que no será estudiado en este trabajo⁸⁰.

Se introduce el *nomen iuris* asesinato, si bien los comentaristas seguirán dándole el tratamiento de un homicidio cualificado, al igual que al parricidio⁸¹.

Se mantienen las cinco circunstancias incorporadas al CP de 1848, con la importante innovación de establecer una nueva definición de alevosía en el art. 10.2^a, que se mantiene casi inalterada hasta la actualidad:

“Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos ó formas en la ejecución, que tiendan directa y

⁷⁷ ANTÓN ONECA, J. (1970); “El Código Penal de 1870”, *ADPCP*, pp. 229-251, p.232; Altés Martí, (1982), pp. 24 y ss.

⁷⁸ Vid. MARTOS NÚÑEZ, J.A (2017); *El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*, Bosch, p. 34. Llama la atención sobre el enorme peso histórico de la alevosía, del que aún se encuentran huellas en la doctrina y jurisprudencia actuales, MATEOS BUSTAMANTE (2021), pp. 55 y s.

⁷⁹ Sobre el periodo que media desde el Código Penal de 1870 y el de 1928 *vid.* ANTÓN ONECA, J (1972); “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español”, *ADPCP*, T. XXV, pp. 249-288, *passim* y COBO DEL ROSAL PÉREZ, G. (2012); “El proceso de elaboración del Código Penal de 1928”, *AHDE*, T. LXXXII, pp. 561-602, *passim*.

⁸⁰ Vid. GÓMEZ DE MAYA, J (2008); “El Código Penal de Don Carlos VII”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, número 16, pp. 85-139, *passim*.

⁸¹ GROIZARD (1893), p. 324 y pp. 353 y s. En el mismo sentido, los hermanos ÁLVAREZ CID, citados por FERNÁNDEZ ALBOR (1964), p. 99, nota (28).

especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”.

Con esta definición, la orientación de la agravante concluye un lento proceso desde la conculcación de un deber de no atacar a persona asegurada, hasta el reproche por la forma de realización del hecho. No obstante, el enfoque en la persona del autor dio lugar a la consideración, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, de un nuevo criterio: la cobardía⁸², referida a la actitud del autor revelada en el hecho.

La circunstancia de precio, recompensa o promesa sigue manteniendo la desigual redacción como genérica y específica, pues en el asesinato se define “por precio o promesa remuneratoria”. GROIZARD se manifiesta a favor de limitar la muerte por mandato al precio o pacto remuneratorio debido a la dificultad de precaverse contra una persona completamente ajena no solo a la víctima, sino también al mandante⁸³.

En cuanto al ensañamiento, se mantiene su doble naturaleza de circunstancia del asesinato por una parte (desaparece su previsión expresa en el parricidio) y de circunstancia agravante genérica por otra (art. 10. 4ª), con diferencias en la definición. En este Código se introduce la expresión “inhumanamente”, adquiriendo desde entonces la redacción que se mantiene hasta la actualidad. Además, se contempla la circunstancia agravante genérica de ignominia en su art. 10. 10ª.

Por último, se mantiene el homicidio privilegiado por *causa honoris* (art. 428 CP) e igualmente, la atenuante de provocación o amenaza adecuada (art. 9. 4ª) y la de vindicación (art. 9.5ª) junto a las de arrebató u obcecación (art. 9. 7ª)

2.4. EL CÓDIGO PENAL DE 1928

Promulgado el 8 de septiembre de 1928, durante la dictadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930), recibió la desaprobación contundente y generalizada de la doctrina, encabezada por JIMÉNEZ DE ASÚA, que rechazó por carta su incorporación como Vocal de la Comisión General de Codificación, por considerar que el nuevo código carecería de legitimidad. Tras su renuncia, ingresó CUELLO CALÓN, que fue su principal redactor junto a JIMÉNEZ VICENTE⁸⁴.

El Código Penal de 1928 apenas tuvo relevancia práctica (entró en vigor el 1 de enero de 1929 y fue derogado el 15 de abril de 1931), pues con la llegada de la II República recobró vigencia el Código de 1870, comenzándose los trabajos para un nuevo texto en 1931. En general se trataba de un código bastante diferente de sus predecesores, como ha señalado CEREZO MIR, dado que se hallaba influido fundamentalmente

⁸² En este sentido, MATEOS BUSTAMANTE (2021), p. 93, destaca una tercera fase en la comprensión de la agravante.

⁸³ Cfr. GROIZARD (1893), pp. 372 y s.

⁸⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL PÉREZ (2012), p. 578 y s. La autora transcribe la carta de renuncia en pp. 579 y s.

por el principio de la defensa social, que pocos años más tarde inspiraría también el Código de 1944⁸⁵.

Se mantiene el *nomen iuris* del asesinato⁸⁶ y se amplían a ocho sus circunstancias caracterizadoras. Debe destacarse la reincorporación de la circunstancia de *preparar, facilitar, consumir u ocultar un delito, o para impedir el descubrimiento de otro, háyase o no éste realizado* (art. 519.3^a)⁸⁷ y la introducción de una circunstancia de nuevo cuño: *por impulso de perversidad brutal* (art. 519.6^a) que permitía incluir actos de profanación del cadáver⁸⁸. Junto a estas debe tenerse también en cuenta “la de causarse la muerte a un menor de diez años por la persona que lo tenga a su cuidado en casas particulares o establecimientos de beneficencia”, establecida en la Ley de Protección a la infancia, de 12 de agosto de 1904⁸⁹.

Se mantiene la diferente redacción del precio en el asesinato (por precio o promesa remuneratoria, art. 519.4^a) y el ensañamiento en los términos vistos en el CP de 1870. Se establece una nueva definición de alevosía en el art. 66.1^a, que pese a recoger precedentes referencias a la traición, venía presidida por la indefensión de la víctima como idea rectora⁹⁰:

“Ejecutar el hecho con alevosía; entendiéndose que la hay cuando se obra a traición, sobre seguro, o cuando dadas las condiciones personales del agresor y agredido, o las circunstancias del hecho, o los medios de ejecución empleados, se dificulta o debilita la defensa”.

El artículo 533 contempla un supuesto atenuado para el parricidio del cónyuge (no solo de la esposa y, además, a diferencia de sus predecesores, no se incluye a la hija), en caso de ser sorprendido en adulterio. JIMÉNEZ DE ASÚA/ANTÓN ONECA se refieren a la campaña abolicionista coetánea a la redacción del Código, basada en lo arcaico de esa concepción y que, a pesar de todo, no logró la completa desaparición de este privilegio. Aunque a priori se equipararan marido y mujer a efectos de la atenuación del parricidio *honoris causa*, lo cierto es que una observación más detenida demostraba que solo era aplicable al varón, dado que el delito de adulterio únicamente podía ser cometido por la mujer. Para el varón estaba previsto el delito de amancebamiento, mucho más limitado que el anterior, por lo que los autores citados abogaban por una interpretación extensiva del adulterio para evitar esta diferencia de tratamiento⁹¹.

⁸⁵ Cfr. CEREZO MIR (1998), p. 100, especialmente nota 195.

⁸⁶ Si bien la doctrina lo consideraba un homicidio cualificado, *vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L/ANTÓN ONECA, J. (1929); *Derecho penal conforme al Código de 1928, II, Parte Especial*, Madrid, p. 125 y JARAMILLO GARCÍA (1929), p. 189. En sentido contrario, FERNÁNDEZ ALBOR (1964), p. 92.

⁸⁷ Muy críticos JIMÉNEZ DE ASÚA/ANTÓN ONECA (1929), p. 135.s

⁸⁸ *Vid.* JARAMILLO GARCÍA (1929), p. 194.

⁸⁹ Cfr. JARAMILLO GARCÍA (1929), p. 194.

⁹⁰ En este sentido, MARTÍN GONZÁLEZ (1988), p. 21; igualmente, MATEOS BUSTAMANTE (2021), p. 54.

⁹¹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA/ANTÓN ONECA (1929), pp. 141-145. Por otro lado, TORRES AGUILAR (1991), p. 377, señala la resistencia del Tribunal Supremo a aplicar la atenuación al sujeto activo mujer.

2.5. EL CÓDIGO PENAL DE 1932

El 15 de abril de 1931, el Gobierno republicano “anula”⁹² el Código Penal de 1928, recuperando su vigencia el viejo Código de 1870⁹³, reformado de urgencia en los aspectos más opuestos a la nueva Constitución mientras se prepara un nuevo código penal.

En la Comisión Jurídica asesora del Ministerio de Justicia encargada de la elaboración del nuevo Código Penal, figuran penalistas tan destacados como JIMÉNEZ DE ASÚA, ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ⁹⁴.

El nuevo código mantiene el *nomen iuris* de asesinato y la doctrina comienza a considerarlo como un tipo autónomo⁹⁵.

En cuanto a las circunstancias caracterizadoras, vuelve a las cinco anteriores al CP de 1928 y recupera, en su art. 10.1ª, la definición de alevosía del CP de 1870; el precio se mantiene en su definición de “precio o promesa remuneratoria” en el delito de asesinato, es decir, con diferente redacción a la circunstancia agravante genérica del art. 10. 2ª (*Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa*); y desaparece la circunstancia agravante de ignominia, manteniéndose la diferencia de redacción entre el ensañamiento en el asesinato, que no establece innecesaridad, sino inhumanidad (art. 412.5ª) y la circunstancia agravante genérica, que sí lo hace (art. 10. 4ª).

Por último, desaparece el privilegio del homicidio *honoris causa*, recogido en los códigos anteriores, así como los delitos de adulterio y amancebamiento, puesto que se había aprobado una Ley del Divorcio. Ninguno de estos delitos podía ser compatible con los nuevos valores del Estado.

2.6. EL CÓDIGO PENAL DE 1944 Y TEXTO REFUNDIDO DE 1973

Promulgado como texto refundido por Decreto de 23 de diciembre de 1944, aunque en la Exposición de Motivos se afirmara que se trataba tan solo de “una edición renovada o actualizada” del Código Penal de 1848, en realidad se trataba de un código penal diferente⁹⁶. Estuvo vigente hasta 1995, si bien fue reformado en numerosas ocasiones, especialmente tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

⁹² Se emplea esta fórmula, en lugar de la habitual “derogación”, *vid.* COBO DEL ROSAL PÉREZ, G. (2010); “Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código Penal de 1928: tres códigos penales entre 1931-1932”, *Revista de las Cortes Generales*, Nº 80, pp. 181-221, p. 199.

⁹³ Sobre este segundo periodo de vigencia del CP de 1870, *vid.* COBO DEL ROSAL PÉREZ (2010), pp. 204 y ss.

⁹⁴ Cfr. FIGUEROA NAVARRO, M.C (2000); “El proceso de formación de nuestra legislación penal”, *ADPCP*, vol. LXXX, 2000, pp. 327-342, p. 341; COBO DEL ROSAL PÉREZ (2010), pp. 188 y s.

⁹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR (1964) p. 94, quien cita en este sentido a López Rey y Arrojo y a López Rey/Álvarez Valdés. En la p. 103, nota (59), cita la Sentencia de 3 de noviembre de 1934. En sentido similar, Pastor Santiago (2000), p. 70.

⁹⁶ Destaca la profundidad de la reforma, DEL ROSAL, J (1948a); “Estimación de la teoría del “tipo de autor” en la legislación española”, *ADPCP*, pp. 38-60, p. 39.

Se mantiene el *nomen iuris* asesinato y se consolida su visión como un tipo autónomo y no solo cualificado del homicidio.

El CP de 1944 mantiene las cinco circunstancias, de las que cabe destacar una modificación en cuanto a la circunstancia segunda del art. 406: “Por precio, recompensa o promesa”, prescindiendo del adjetivo “remuneratoria” referida a la promesa y asemejándose así al precio como circunstancia genérica (art. 10.2^a), si bien en esta última se mantiene la diferente preposición “mediante”.

Se recupera, en el art. 428, el privilegio del varón respecto de las conductas sexuales no autorizadas por parte de su esposa o hijas de los códigos anteriores al de 1932, castigando la muerte o lesiones graves con pena de destierro y dejándolo exento de pena en caso de lesiones de otra clase. El precepto fue criticado duramente por QUINTANO⁹⁷, por la patente desigualdad que establece y por considerar suficientes las circunstancias atenuantes de provocación (9.5^a), vindicación (9.6^a), motivo moral (9.7^a) y arrebató u obcecación (9.8^o), así como el trastorno mental transitorio (8.1^o) para dar adecuada respuesta exculpatoria o atenuatoria. De esta forma, se situaría la cuestión en el marco de la motivación pasional y no en un derecho concedido a priori y de carácter objetivo⁹⁸.

La cuasi-excusa absolutoria del art. 428 fue suprimida por el Decreto 691/1963, por el que se aprueba el “Texto revisado de 1963” del Código Penal, cuya Exposición de Motivos no hizo la menor referencia a esta cuestión. En la Ley de Bases de 1961 sí se explicaba esta decisión, considerando que la finalidad del precepto podía lograrse con la aplicación de las eximentes y atenuantes generales⁹⁹.

2.7. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LOS PROYECTOS Y ANTEPROYECTOS DE REFORMA

El art. 15 de la CE de 1978 establece la abolición de la pena de muerte “salvo lo que puedan disponer las leyes militares para tiempo de guerra”, aunque la referencia a esta pena no desaparece del Código Penal hasta la Reforma Urgente y Parcial de 1983.

Como ha señalado la doctrina¹⁰⁰, las iniciativas reformadoras del Código Penal habidas desde la CE de 1978 han prestado especial atención a los delitos dolosos contra la vida, cristalizando en dos importantes reformas del delito de asesinato, separadas por 20 años de diferencia y de signo muy opuesto.

⁹⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A (1955); “El uxoricidio como parricidio privilegiado”, en *ADPCP*, tomo VIII, fasc. 3, pp. 495-512, p. 495.

⁹⁸ Cfr. QUINTANO (1955), p. 510.

⁹⁹ Cfr. COBO DEL ROSAL, M. (1968) Consideraciones sobre las atenuantes de “arrebató y obcecación” y “provocación y amenaza adecuada”, en *Anales de la Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho*, 1967-68, pp. 71-93, pp.72 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E (2014); *Estudios sobre el delito de asesinato*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, p. 4, nota 2.

El Proyecto de Código Penal de 1980 cambia por primera vez la ubicación de los delitos contra la vida, situándolos en el Título Primero del Libro II, tendencia que se mantuvo en los proyectos y anteproyectos posteriores y que finalmente se acogió en el Código Penal de 1995.

En cuanto al asesinato, se mantiene el *nomen iuris* y las cinco circunstancias, añadiéndose a la de precio, como novedad absoluta, la de *obrar por otros móviles abyectos o fútiles* (art. 152.2^a), que también se recoge como agravante genérica (art. 28.4^a). La doctrina reacciona con rechazo, en parte por entender que son elementos de la actitud interna (*Gesinnungsmerkmale*)¹⁰¹ que conllevan un importante riesgo de moralización del derecho penal¹⁰² y, en parte, por considerar que en la práctica supondría un incremento relevante del castigo por asesinato, en la medida en que habría que calificar como tal “todos los homicidios no atenuados por los móviles”¹⁰³.

En general, el Proyecto de 1980 potenciaba los elementos subjetivos en el asesinato. Así, junto a la previsión de los móviles abyectos o fútiles, se exigía para apreciar premeditación que revelara “*especial malicia en el culpable*” y se condicionaba el ensañamiento con la cláusula “*siempre que denote la perversidad del culpable*”.

La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 (PANCP) mantiene la inclusión de los móviles abyectos o fútiles, pero por otro lado se reduce el ámbito de aplicación del asesinato al suprimir las circunstancias de veneno y otros medios de peligro común y la premeditación.

La LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, de amplio calado, tenía como objetivo adecuar el articulado del Código Penal de 1944 a la Constitución de 1978 mientras se continuaba con el proceso de gestación de un nuevo Código Penal.

En el ámbito de los delitos contra la vida generó una gran polémica doctrinal, ya que tradicionalmente había sido el parricidio el delito contra la vida más gravemente penado hasta que la Ley de 5 de julio de 1938 equiparó la penalidad de ambos delitos¹⁰⁴, pero con la Reforma Urgente y Parcial de 1983, el asesinato pasaba a ser el delito más penado¹⁰⁵.

Otro aspecto muy relevante de esta reforma fue la supresión de las atenuantes de provocación y de vindicación de ofensa, por considerar que estos supuestos quedaban ya

¹⁰¹ Cfr. TORÍO LÓPEZ, A (1983), “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos*, Bilbao, 1983, pp. 79-114, pp. 106 y ss. *Vid.* sobre estos elementos Cap. IV.2.1.1.2.

¹⁰² Cfr. LAMARCA PÉREZ, C (1989); “Algunas reflexiones sobre la reforma de los delitos de homicidio y asesinato en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, pp. 335-360, pp. 354 y ss.

¹⁰³ TALÓN MARTÍNEZ, F (1980); “Delitos contra las personas”, *RJCat*, pp. 73-99, p. 80.

¹⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1986); “La relación concursal parricidio-asesinato, después de la reforma de 1983”, *EPCr*, Tomo X, 1985-86, pp. 345-357, pp. 349 y ss.

¹⁰⁵ Sobre esta reforma, *vid.* ARROYO ALFONSO (2024), pp. 81 y s., y los autores citados en nota 236.

incluidos en otras circunstancias atenuantes, como el arrebató u obcecación y estado pasional; y también, en parte, por su aplicación abusiva al delito de violación¹⁰⁶.

SILVA SÁNCHEZ se mostró contrario a la desaparición de la atenuante de provocación, por entender que, si el autor reacciona a la provocación con su “imputabilidad intacta, de modo que lo único que disminuya, a consecuencia del comportamiento provocador, sea la exigibilidad al mismo de un comportamiento adecuado a Derecho”, no puede aplicarse la atenuante de estado pasional, quedando, a lo sumo, la posibilidad de aplicar la atenuante analógica para valorar el efecto del comportamiento provocador de la víctima¹⁰⁷.

El Proyecto de Código Penal de 1992 configura el asesinato en el art. 145 sin modificaciones respecto del Anteproyecto de 1983, pero amplía la circunstancia de alevosía en el art. 21.1^a con la cláusula final “cuando el hecho se ejecute sobre persona totalmente indefensa”, que recibió duras críticas por parte de un sector doctrinal¹⁰⁸, aunque también recibió algún apoyo¹⁰⁹.

El Proyecto de 1994 mantuvo la amplia definición de alevosía de su inmediato antecesor y reintrodujo la premeditación conocida¹¹⁰. Debe destacarse el intento de suprimir el *nomen iuris* del delito de asesinato, aunque finalmente no se aceptaron ninguna de estas propuestas.

2.8. EL CÓDIGO PENAL DE 1995 Y LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO

El Código Penal de 1995 presenta un diseño sencillo de los delitos contra la vida. El homicidio se configura como el tipo básico sobre el que se construye el asesinato con

¹⁰⁶ Cfr. De VICENTE REMESAL, J (1997); “La consideración de la víctima a través de la reparación del daño”, en Silva Sánchez (ed) *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, pp. 173-206, pp. 183 y s.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, J-M (1990b); “La victimo-dogmática en el Derecho español”, en BERISTAIN/DE LA CUESTA (Dir.), *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián = VIII Udako Ikastaroak Donostian*, pp. 195-203, p. 197. A favor de la supresión, HERRERA MORENO, M (1996); *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid, pp. 375-379.

¹⁰⁸ Cfr. Díez RIPOLLÉS, J.L (1993); “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992”, *La Ley*, 1993-2, pp. 899-909, *passim*. MESA VALIENTE (2000), p. 43, destaca que fueron las enmiendas 243 y 248 presentadas por el Grupo Popular las que dieron lugar a la desaparición del inciso. En general DEL ROSAL BLASCO, B (1993); “Los delitos contra la vida en el Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, pp. 947-960, *passim*.

¹⁰⁹ *Vid.* ALTÉS MARTÍ (1982), p. 46; GÓMEZ HERNÁNDEZ, J.V (1994); “El delito de asesinato en el Proyecto de código Penal de 1992”, *Tapia*, enero-febrero de 1994, pp. 21-24, p. 23.

¹¹⁰ Más referencias en MORALES PRATS, F. (1995); “Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas”, en Díez RIPOLLÉS J.L (Dir), *Delitos contra la vida e integridad física*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 253-288, pp. 262 y s. y en PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 4, nota 2, sobre la supresión de la premeditación y el parentesco; en p. 7 nota 5 acerca de la discusión en torno a la modalidad de alevosía “ejecutar el hecho sobre persona indefensa”.

la adición de tres circunstancias o elementos (alevosía, precio, recompensa o promesa y ensañamiento) en lugar de las cinco que venían siendo constantes desde el CP de 1848. Además, deben destacarse otras dos novedades: en primer lugar, la definición de la alevosía se modifica ligeramente en su inciso final, pues se sustituye la expresión “defensa *que pudiera hacer* el ofendido” por la de “defensa *por parte del* ofendido”; en segundo lugar, se establece una regla penológica que presenta, por primera vez, un asesinato agravado (art. 140).

Esta reducción a tres de las circunstancias caracterizadoras o elementos definidores del asesinato puede considerarse como un indicio importante de cierta pérdida de su función simbólica, que puede relacionarse con la abolición de la pena capital por la CE de 1978¹¹¹, hasta el punto de que durante el proceso legislativo casi pierde su *nomen iuris* (como acabamos de ver, se había eliminado en el Proyecto de 1994), si bien se recuperó en la tramitación parlamentaria por motivos de tradición¹¹², sin mayores implicaciones respecto de la sustantividad del delito de asesinato.

La nueva regulación fue, en general, bien recibida por la doctrina (a excepción del asesinato agravado) y dio lugar a un cambio de opinión generalizado sobre la naturaleza jurídica del asesinato, que pasa a considerarse mayoritariamente como un tipo cualificado del homicidio¹¹³.

Sin embargo, el CP de 1995 ha sido objeto de numerosas reformas y los delitos contra la vida no han sido una excepción. La primera propuesta de modificación de estos delitos se halla en la enmienda del Grupo Popular al proyecto de reforma de 2009 por la que propone la introducción de la “pena perpetua revisable” para los delitos de homicidio con agresión sexual, homicidio del Rey o la Reina, homicidio en atentados terroristas, homicidio de un Jefe de Estado extranjero, genocidio y delitos de lesa humanidad¹¹⁴. Este Proyecto cristalizó en la reforma de 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio), que, como es sabido, no aceptó aquella enmienda.

El Partido Popular la incorpora a su programa electoral en las elecciones generales de noviembre de 2011 y, ya en el Gobierno, promueve su introducción en los anteproyectos y proyectos que se suceden hasta la aprobación de la reforma del Código Penal con la LO 1/2015, de 30 de marzo.

El primero de estos textos, el Anteproyecto de 16 de julio de 2012, introducía la prisión perpetua para el delito de homicidio o asesinato terrorista, con la denominación

¹¹¹ Ampliamente sobre esta cuestión, PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 71, nota 7. Se refiere también al “debilitamiento del asesinato” relacionándolo con la abolición de la pena capital MAPELLI CAFFARENA (2020), p. 754.

¹¹² Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M. (1996); *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. (Comentario al texto y al debate parlamentario)*, Madrid, p. 86; CASTELLÓ NICÁS, N. (1998); “El asesinato y sus circunstancias”, *CPC*, 64, pp. 5-34, p. 9.

¹¹³ *Vid.*, por todos, DEL ROSAL BLASCO, B. (2015); “Del homicidio y sus formas (I) y (II)”, en MORILLAS CUEVAS (Dir) *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 1-45, p. 24.

¹¹⁴ Cfr. SERRANO GÓMEZ, A. (2013a); “Notas al Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de octubre de 2012”, *RECPC* 15-r1, pp. 1-18, p. 2.

“prisión indeterminada revisable”. Unos meses más tarde se presenta el Anteproyecto de 11 de octubre de 2012, que amplía la previsión de la “prisión permanente revisable” a determinados supuestos agravados de asesinato (art. 140), incorporando, además, dos circunstancias en el art. 139.4^a (para favorecer u ocultar otro delito) de fugaz presencia en nuestro derecho histórico, concretamente, en los Códigos Penales de 1822 y 1928. También se incorpora a estos delitos la libertad vigilada (art. 140 bis)¹¹⁵.

Pese a las numerosas críticas (de académicos, del Consejo Fiscal, del Consejo General del Poder Judicial e incluso del Consejo de Estado) el texto de 2012 finalmente pasa al Anteproyecto de 3 de abril de 2013 que se transformaría en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013, publicado en el BOC el 4 de octubre, finalmente sometido al Parlamento¹¹⁶.

Tan solo se prestó atención, por una parte, a las críticas del Consejo Fiscal respecto de la incoherencia de apreciar agravantes en el asesinato que no estaban presentes en el homicidio, lo que motivó su inclusión en el art. 138.2¹¹⁷; y por otra, a las dudas del Consejo General del Poder Judicial respecto de la custodia de seguridad, que felizmente no fue incorporada a nuestro derecho¹¹⁸.

Finalmente, la LO 1/2015, de 30 de marzo, modificó los delitos de homicidio y asesinato alterando profundamente su sistemática, en parte para justificar la aplicación de la prisión permanente revisable a supuestos que se consideran merecedores de la máxima pena. También se han incluido a través del art. 139.1.4^aCP dos nuevas modalidades de asesinato, basadas en la finalidad del autor de facilitar o de ocultar otro delito. La reforma ha generado un aluvión de críticas doctrinales y numerosos problemas de aplicación¹¹⁹.

¹¹⁵ Vid. por todos, PEÑARANDA RAMOS, E (2013); “Notas críticas sobre los Arts. 139, 140 y 140 bis CP en el Anteproyecto de Reforma de 2012”, en ÁLVAREZ (Dir)/DOPICO (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 491-509.

¹¹⁶ En general, sobre este Proyecto, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R (2014); “De *lege ferenda*: proyecto de Ley de reforma del Código Penal. (Introducción de la pena de «prisión permanente revisable» y modificaciones en las reglas de aplicación de las penas), *Diario La Ley*, N° 8294, www.laley.es (recuperado 13/11/2019), *passim*; VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2014); “Novedades del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales”, *Diario La Ley*, N° 8311 (recuperado 2/07/2015), *passim*; SERRANO GÓMEZ, A (2013b), El Proyecto de Ley de reforma del Código Penal y legislación líquida”, en *Diario La Ley*, N° 8204 www.laley.com (recuperado 2/07/2015), *passim*.

¹¹⁷ CONSEJO FISCAL (2013); *Informe del Consejo Fiscal, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del código penal*, de 8 de enero de 2013.

¹¹⁸ Vid. VAN ZYL SMIT/RODRÍGUEZ YAGÜE (2019), “Un acercamiento a la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos sobre la cadena perpetua y a su posible proyección sobre la prisión permanente revisable en España”, *RGDP*, núm. 31, p. 18.

¹¹⁹ Vid. Cap. III.2.

CAPÍTULO II

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

1. Introducción

El objeto de estudio de la criminología, inicialmente centrado en la persona del infractor, abarca en la actualidad también la conducta delictiva, la víctima y el control social.

Para la aproximación a los perfiles de autor, víctima y conducta, se ha recurrido a estudios de diferente amplitud locativa (mundial, europea, estatal, local) elaborados por instituciones o por particulares, en atención a distintos periodos temporales y con diferentes variables de estudio. Esta heterogeneidad dificulta el análisis del fenómeno homicida, por la complejidad de cruzar y comparar los datos obtenidos en las diferentes fuentes.

2. La conducta homicida y los nuevos criterios de clasificación internacional: de los móviles al contexto delictivo

La criminología, a diferencia del derecho penal, está más interesada en la significación social de la conducta delictiva que en su definición normativa¹²⁰. No obstante, el estudio criminológico de la conducta homicida requiere de una definición que delimite el ámbito de análisis y pueda erigirse en un parámetro que aporte suficiente fiabilidad para el manejo de los análisis criminológicos realizados en países con diferente regulación legal del asesinato y en general, de los delitos dolosos contra la vida¹²¹.

¹²⁰ HASSEMER, W/MUÑOZ CONDE, F (2012), *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 20 y ss. Sobre las diferencias del concepto de delito manejado por ambas ciencias *vid.* GARCÍA PABLOS, A (2014); *Tratado de Criminología* 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 90 y ss.

¹²¹ Destacando las dificultades de comparación estadística de los datos debido a las diversas regulaciones jurídicas de homicidio y asesinato, WOLFGANG, M. E/ FERRACUTI, F (1971), *La subcultura de la violencia: hacia una teoría criminológica*, (Trad. A. Garza y Garza), México D.F. (el original es de 1967), pp. 206 y ss.

Dadas las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos, el primer paso para lograr una definición amplia de este fenómeno consiste en renunciar al binomio conceptual/legislativo “homicidio-asesinato” en pro de una valoración conjunta de los delitos dolosos contra la vida sin intervención de la voluntad de su titular.

De esta manera se evita tener que acudir a la legislación de cada país y se facilita la comparación de datos, si bien se debe ser muy cuidadoso a la hora de extrapolar estudios de otros países con diferentes contextos sociales, jurídicos e incluso políticos¹²².

Por esta razón y, teniendo en cuenta las cautelas mencionadas, se adopta aquí la definición de homicidio propuesta por la Clasificación Internacional del Delito con Fines Estadísticos (ICCS) empleada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés), del siguiente tenor: “*muerte ilegal infligida a una persona con la intención de causar la muerte o lesiones graves*”. Quedarían excluidas las muertes ocasionadas en conflictos armados y guerras, el suicidio, las muertes amparadas por legítima defensa y las derivadas de acciones imprudentes¹²³.

Junto a este concepto amplio, que prescinde de las definiciones jurídicas de cada país, el UNODC aborda el fenómeno en su *Estudio mundial sobre el homicidio (Global Study on Homicide)*¹²⁴ empleando la siguiente clasificación¹²⁵: homicidio relacionado con conflictos interpersonales, homicidio relacionado con actividades criminales y homicidio relacionado con agendas sociopolíticas.

- (1) En los homicidios con dimensión interpersonal se distinguen dos grupos principales: los que ocurren en el seno de la familia y especialmente contra las parejas y a aquellos otros perpetrados fuera del contexto familiar, derivados de la pretensión de resolver un conflicto o de castigar a la víctima por disputas relativas a la propiedad, por venganzas o por peleas (por ejemplo, asesinatos perpetrados por conocidos o vecinos).
- (2) Homicidios relacionados con otras actividades criminales, que incluyen, de una parte, los delitos instrumentales cometidos por pertenencia a grupos (pandillas, bandas, crimen organizado) y de otra, los que acompañan a otros actos delictivos como el robo o los delitos sexuales.

¹²² Advierte sobre ello BARBERET HAVICAN, R. (1999); “La investigación criminológica y la política criminal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, Escuela Judicial, CGPJ, 1999, pp. 41-69, p. 63.

¹²³ UNODC (2019); *Global Study on Homicide 2019*, Vienna, disponible en <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>. Se ha transcrito la traducción recogida en el *Resumen ejecutivo*, disponible en https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIDIOS_EN_ESPAÑOL.pdf, p. 7.

¹²⁴ UNODC (2023) *Global Study on homicide 2023, Chapter 4, Understanding homicide*, p. 94, Las cuatro ediciones (2011, 2013, 2019 y 2023) se hallan disponibles en <https://www.unodc.org/unodc/es/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>.

¹²⁵ Emplea la clasificación propuesta por el ICCS, en UNODC (2016), *International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS)*. En español disponible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/ICCS/ICCS_SPANISH_2016_web.pdf

- (3) Homicidios de carácter sociopolítico, categoría que se refiere a los cometidos por prejuicios sociales, objetivos políticos, disturbios civiles y otras agendas sociopolíticas (por ejemplo, los homicidios ilegítimos cometidos por la policía o los resultantes del conflicto de clases). Engloba, por tanto, los perpetrados por causas étnicas, ideológicas o políticas y también los que se producen en momentos posteriores a grandes conflictos o en plena inestabilidad política y los delitos terroristas. Quedan excluidos los cometidos en periodo de guerra.

Esta clasificación se basa en el contexto del delito, a diferencia de otras más tradicionales, que suelen atender al móvil del autor¹²⁶. Por ejemplo, tomando como criterio el móvil de lucro, quedarían abarcados el robo con homicidio, el asesinato para cobrar un seguro o cobrar una herencia y para evitar ser extorsionado¹²⁷. Evidentemente, entre ellos se encuentra el asesinato por precio. Se incluirían también la muerte del acreedor para zanjar una deuda e incluso los secuestros con condición económica en los que se mata al secuestrado¹²⁸. Sin embargo, conforme a la clasificación de la UNODC, estos casos quedarán incluidos en el homicidio relacionado con otras actividades criminales; mientras que el homicidio para cobrar una herencia o para evitar ser extorsionado se ubicarán en el homicidio con dimensión interpersonal. En cuanto al criterio clásico del homicidio con móvil sexual¹²⁹, según las circunstancias responderá a la dimensión interpersonal (venganza por rechazo de la persona deseada) o bien a la realización del homicidio en el contexto de otras actividades delictivas (muerte subsiguiente a delito sexual).

A esta clasificación he añadido un cuarto ítem en el que recoger aquellos homicidios que sean de difícil inclusión en los tres criterios empleados por la UNODC.

2.1. HOMICIDIO CON DIMENSIÓN INTERPERSONAL

Se trata, como se ha dicho un poco más arriba, de homicidios por conflicto, en los que la interacción autor-víctima cobra una enorme importancia. Este criterio de clasificación abarca los homicidios cometidos en el seno de la familia, destacando el homicidio y el feminicidio de la pareja o expareja. También se incluyen casos moti-

¹²⁶ Como la empleada por SIOL, J. (1973), *Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht—Eine Untersuchung anhand von Gerichtsurteilen*, Otto Schwartz & Co, Göttingen, pp. 7 y s., siguiendo expresamente a von Hentig: para obtener una ventaja económica, sexual, por conflicto, de cobertura y un grupo residual que recogería aquellos asesinatos en los que no se ha podido constatar o conocer el motivo; más pormenorizada en DOTZAUER, G./JAROSCH, K. (1971), *Tötungsdelikte*, Universität zu Köln. Institut für Gerichtliche Medizin, pp. 21-26.

¹²⁷ Vid. MIDDENDORFF (1984) *Kriminologie der Tötungsdelikte*, Boorberg, Stuttgart, pp. 65-87.

¹²⁸ Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, J.M. (1960); "Algunos aspectos criminológicos del asesinato", *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XVIII, núm. 3, Derecho, curso 1959-60, pp. 343-361, p. 353; vid. también VON HENTIG (1960); *Estudios de psicología criminal II. El asesinato*, (Trad. Rodríguez Devesa, J.M.), Madrid (el original es de 1956), p. 63.

¹²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa (1960), p. 355; vid. también VON HENTIG (1960), p. 81.

vados por venganzas o peleas, disputas con conocidos o vecinos, así como aquellos en que se mata para evitar que la víctima cumpla una amenaza o por cualquier otro conflicto interpersonal.

A nivel mundial este homicidio constituye el 31% del total (19% pareja u otros miembros de la familia; 12% conflictos con conocidos y vecinos), si bien debe destacarse que en muchos países se reportan altas cifras de muertes que figuran sin causa conocida. Este hecho da lugar a que un 36% de los homicidios incluidos en el *Global Study* no puedan ser clasificados en alguna de las tres categorías empleadas, si bien en el propio estudio se estima que, en caso de ser conocido el contexto, las cifras correspondientes a esta categoría se incrementarían considerablemente: el 31% correspondería a las muertes cometidas por la pareja u otros miembros de la familia, mientras que las perpetradas por conocidos o vecinas ascenderían al 18%, lo que supone un 49% el total de homicidios dolosos¹³⁰.

Estos datos vienen a confirmar un hecho que se constató empíricamente hace décadas, pues ya WOLFGANG, con su *Estudio de Filadelfia*, llegó a la conclusión de que la mayor parte de los casos de homicidio se producen entre personas conocidas, generalmente con fuertes lazos de amistad¹³¹.

A nivel mundial, el informe de la UNODC (2019) destaca una importante diferencia de género en el homicidio interpersonal, especialmente en el perpetrado por la pareja u otro miembro de la familia, puesto que los casos en que la mujer es víctima suelen responder a un esquema de conflicto interpersonal, al estar determinados por factores estructurales, “como los roles de género, las normas sociales, la situación de la mujer en la sociedad, la discriminación y la igualdad de género, por lo que las tasas de asesinatos de mujeres tienden a ser más estables”. Sin embargo, los homicidios en los que tanto el autor como la víctima son hombres suelen responder a causas determinadas por “desarrollos sociopolíticos, mercados de drogas y otros factores volátiles que causan picos” más altos de homicidios¹³².

En el estudio de THOMSEN ET. AL, sobre los homicidios cometidos en Dinamarca en el periodo 1992-2016, la dimensión interpersonal es determinante en el 76,9% del total de víctimas femeninas de los que el 55.6% fue a manos de su pareja o expareja, mientras que en el caso de las víctimas masculinas el estudio arroja un total del 58.1% (23.6% pareja y familia y 34.5% amigos o conocidos), de los que un reducido 8,9% fue per-

¹³⁰ UNODOC (2023), p. 96.

¹³¹ Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. (2000); *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Tirant lo Blanc, Valencia, p. 125. La afirmación de que la mayoría de los homicidios se comete entre conocidos está ampliamente contrastada: así, entre otros, KAISER, G. (1988); *Introducción a la criminología*, 7ª ed. (Trad. J.A. Rodríguez Núñez), Dykinson, Madrid, p. 321; KOSLOWSKI, R (1999); *Die Kriminologie der Tötungsdelikte*, Peter Lang, Frankfurt am Mein, p. 68; MIETHE/REGOECZI/DRASS (2004), *Rethinking Homicide. Exploring the Structure and Process Underlying Deadly Situations*, Cambridge University Press, pp. 227-255, analizan distintos contextos situacionales en relación con este aspecto del homicidio.

¹³² UNODC (2019), pp. 30 y s.

petrado por la pareja¹³³. En el análisis de KOSLOWSKI sobre la ciudad de Fráncfort se observa que el 77% de las víctimas conocía a sus homicidas.

En España¹³⁴, de los datos se deduce que un 75,17% de las víctimas tenía algún tipo de relación con sus asesinos. En general, las víctimas más frecuentes son los conocidos o vecinos (27,47%), seguida de parejas o exparejas (17,70%) y de otros familiares (13,79%). En el informe sobre el homicidio de 2018 (referente a 2010-2012)¹³⁵ también se destaca como el más frecuente, con un abrumador 78% de los casos, diferenciando los que se deben a discusiones/revertas (22%), a violencia doméstica/familiar (20,1%) y a violencia de género (20,6 %). El resto se debe a otros conflictos interpersonales (13,9%) y de un 2,4% se desconoce la relación.

En su estudio sobre las ciudades de Málaga y Melilla, CEREZO DOMÍNGUEZ constata que solamente poco más del 17% de homicidios se produjeron entre desconocidos. De los cometidos entre conocidos, el porcentaje mayor (31,8 %) tuvo lugar entre amigos; le sigue con un 24,4 % el número de homicidios cometidos por miembros de la familia; mientras que los homicidios entre parejas alcanzan el 12,3 % del total, con importantes diferencias de género¹³⁶.

Por último, el análisis de HAVA GARCÍA de 2023 sobre 497 SSTs dictadas entre 2017 y 2021, arroja los siguientes datos: son de carácter interpersonal el 71,5% de los casos, de los que el 24,1% responden a violencia de género y el 21% a violencia familiar o doméstica (incluyendo el homicidio del hijo/a de la pareja y otros allegados)¹³⁷.

2.2. HOMICIDIO RELACIONADO CON OTRAS ACTIVIDADES CRIMINALES

Se incluyen aquí los llevados a cabo por bandas organizadas y los cometidos para posibilitar u ocultar otro delito (un robo, un delito sexual, un delito contra la seguridad del tráfico, etc.)¹³⁸. Se trata de supuestos muy diferentes entre sí, que tienen en común el hecho de realizarse en el contexto de otro delito diferente al homicidio.

¹³³ Cfr. THOMSEN/LETH/HOUGEN/VILLESSEN/BRINK (2019); "Homicide in Denmark 1992-2016", en *Forensic Science International: Synergy*, DOI: 10.1016/j.fsisyn.2019.07.01, pp 2 y s.

¹³⁴ GRUPO DE EXPERTOS/AS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ (2018), *Análisis de las sentencias dictadas en el año 2016, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o expareja y de menores a manos de sus progenitores*, p. 36.

¹³⁵ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L./SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F./LÓPEZ OSSORIO, J.J./SANTOS HERMOSO, J./CERECEDA FERNÁNDEZ ORUÑA, J (Coord) (2018); *Informe sobre el homicidio. España. 2010-2012*. Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, Gabinete de Coordinación y Estudios. Ministerio del Interior. Gobierno de España. Madrid, p. 22 En el informe se analizan 632 casos de asesinato y homicidio cometidos, consumados y esclarecidos, muestra que representa algo más del 50% del total.

¹³⁶ Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ (2000), pp. 324 y s.

¹³⁷ HAVA GARCÍA, E (2023); "Un estudio descriptivo de los homicidios y asesinatos enjuiciados por el tribunal supremo entre 2017 y 2021", *REIC*, Volumen 21 (1), e751, p. 10, tabla 5.

¹³⁸ Cfr. MIDDENDORFF (1984), pp. 88-92.

En el estudio de la UNODC de 2023 se destaca la gran incidencia de estos homicidios a nivel mundial, ya que en 2021 los perpetrados por crimen organizado y pandillas alcanzaron el 14%, que sumados al 10,3% cometidos en relación con otros delitos, suponen una cuarta parte de todos los homicidios y asesinatos, contando con un 36% de homicidios que no han podido ser clasificados. Si se hace una estimación global que incluya este último porcentaje, se especula que el total de homicidios cometidos en un contexto delictivo sería alcanzaría el 38% del total, de los que el 22% correspondería a grupos organizados y el 16% restante estaría relacionado con otros delitos diferentes al homicidio¹³⁹.

En nuestro país, según el informe de 2018 (con datos de 2010-2012), este conjunto de homicidios supone el 18% del total, destacando el robo como crimen relacionado. En cuanto al homicidio vinculado con un delito sexual, de los 25 casos con algún componente de este tipo, 12 venían motivados por conflictos interpersonales (por ejemplo, sexo consentido sin acuerdo en el precio) y 13 estaban relacionados con actividades criminales, siendo en 3 de ellos donde se produjo una agresión sexual seguida de homicidio (esta modalidad concreta supone un 0,45% del total de los homicidios analizados). En un caso se agredió sexualmente a la mujer pareja del hombre asesinado¹⁴⁰. No obstante, en el *Informe sobre la violencia contra la mujer* de 2021, se aprecia un patrón ascendente de estos delitos que bien podría dar lugar a un incremento de los homicidios en contexto sexual¹⁴¹.

Por último, en el trabajo de HAVA GARCÍA de 2023 se detecta un 19,1% de delitos relacionados con otras actividades criminales, destacando el robo con un 9,2%, tráfico de drogas con el 4,6%, sicariato el 1,5%, delito sexual el 1,1% (frente al 0,45% del estudio de 2018), organización criminal un 0,6% y las bandas, el 0,4%¹⁴².

2.3. HOMICIDIO DE CARÁCTER SOCIOPOLÍTICO

Englobaría los cometidos por causas étnicas, ideológicas o políticas, así como los delitos que se producen en momentos posteriores a grandes conflictos o en plena inestabilidad política. El UNODC destaca en este grupo los homicidios de defensores de derechos humanos, trabajadores de ayuda humanitaria, defensores del medio ambiente, periodistas y los cometidos por terrorismo¹⁴³.

Esta categoría de homicidio es la más difícil de detectar, puesto que los datos con los que se trabaja son ofrecidos por los distintos países y no todos están dispuestos a repor-

¹³⁹ UNODC (2023), p. 96.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ/SÁNCHEZ/LÓPEZ-OSSORIO/SANTOS/CERECEDA (2018), pp. 22-26.

¹⁴¹ LÓPEZ GUTIÉRREZ *et al* (2021); *Informe sobre la violencia contra la mujer (2015-2019)*, Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, p. 52. También se refiere a esta tendencia REQUEJO CONDE, C. (2022); “Los delitos contra la vida humana como hechos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual (los artículos 140.1.2ª y 138.2a del código penal español)”, *RdPP*, num.68/2022, recuperado de <https://insignis.aranzadigital.es>, BIB 2022\3719, p. 5.

¹⁴² HAVA GARCÍA (2023), p. 10, figura 5.

¹⁴³ UNODOC (2023), pp. 121-127.

tarlos. Aun así, el análisis arroja un porcentaje del 9% del total, incluyendo el 36% de casos “desconocidos”. Si se incluyeran estos últimos, se especula que el porcentaje llegaría al 14% del total¹⁴⁴.

En España, actualmente este tipo de homicidio es residual, e incluso no aparecen representados en el informe de 2018. No obstante, los cometidos por motivos xenófobos o discriminatorios suelen ser ampliamente difundidos por los medios de comunicación, generando un gran impacto social¹⁴⁵. Los homicidios terroristas también han experimentado una reducción espectacular, asociada a la desaparición de la banda terrorista ETA, si bien preocupa actualmente el terrorismo asociado al yihadismo¹⁴⁶.

En este grupo podrían incluirse también los homicidios por motivos religiosos o supersticiosos¹⁴⁷, los cometidos siguiendo un rito, por personas pertenecientes a sectas y exorcismos¹⁴⁸ y los homicidios por honor¹⁴⁹, de escasa relevancia en España, si bien estos últimos podrían ser incluidos igualmente en los homicidios con dimensión interpersonal. La dificultad de clasificación se aprecia también respecto de los delitos cometidos por razón de creencias en la brujería, que el informe de la UNODC parece ubicar entre los homicidios con dimensión interpersonal¹⁵⁰.

2.4. HOMICIDIOS DE DIFÍCIL INCLUSIÓN EN LOS GRUPOS ANTERIORES

Aquí podrían ubicarse el homicidio “sin motivo” o absurdo; el *Amoklauf*¹⁵¹, el asesino en serie, el que mata por curiosidad, para saber “qué se siente”¹⁵² o por una nimiedad¹⁵³. Tienen en común la presencia de móviles poco habituales y que la elección de la víctima parece relativamente arbitraria, de forma que no pueden anclarse en la clasificación empleada en el UNODC, que atiende al contexto.

¹⁴⁴ UNODOC (2023), p. 96.

¹⁴⁵ Como ha ocurrido con el asesinato del joven Samuel Luiz a manos de varias personas.

¹⁴⁶ En el estudio de HAVA GARCÍA (2023), p. 9, se destaca un 6,7% de homicidios terroristas, enjuiciados en el periodo objeto de análisis, pero cometidos muchos años atrás.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ DEVESA (1960), p. 357, los incluye entre los asesinatos absurdos, muy escasos.

¹⁴⁸ Cfr. MIDDENDORFF (1984), pp. 146-152.

¹⁴⁹ En España el tratamiento penal privilegiado *honoris causa* desapareció, como hemos visto, en 1963 (Cap. I.2.1.6). En Alemania se ha generado una discusión en torno al tratamiento que hay que dar a estos casos; al respecto *vid.* GRECO L. (2012); “Asesinatos por honor en el derecho penal alemán”, en Elósegui Itxaso (Coord.), *La neutralidad del estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 227-251, *passim*.

¹⁵⁰ *Vid.* UNODC (2023), p. 104.

¹⁵¹ Cfr. MIDDENDORFF (1984), p. 101-104, los incluye entre los asesinos de masas.

¹⁵² RODRÍGUEZ DEVESA (1960), p. 356. Estos casos son muy poco habituales. En las últimas décadas en España, podría destacarse el asesinato de una chica de 16 años a manos de sus amigas de 17 y 16 años “para saber qué se siente” en San Fernando (Cádiz) en el año 2000 que recibió una gran cobertura mediática. Pero este caso presentaba también una dimensión interpersonal.

¹⁵³ Como el caso recogido por RODRÍGUEZ DEVESA (1960), p. 357: “En la noche del 4 al 5 de junio de 1950 José Vallesir Capó dio muerte a la niña Rosa, de 24 días, exasperado porque no le había tocado la lotería”.

En cuanto al homicidio por compasión, en la mayoría de los casos existirá una dimensión interpersonal: el autor actúa en la creencia de hacer un bien a su víctima para ahorrar a ésta graves padecimientos y, generalmente, son cometidos por familiares, amigos o personal sanitario. No lo incluyo en el apartado primero porque responden más bien a un conflicto *intrapersonal* del autor, pero no necesariamente entre autor y víctima.

3. El autor

De la misma manera que se ha cuestionado la necesidad de diferenciar entre asesinato y homicidio, cabe plantearse si se debe distinguir entre homicida y asesino.

A favor podría alegarse que la expresión “asesino” representa de forma más contundente el rechazo a la conducta del autor y que, con el término más neutro de “homicida”, esta reprobación parece suavizarse. Pero en realidad, el reproche al autor es muy subjetivo y depende de la consideración personal de quien hace la valoración.

En la doctrina se ha distinguido un tipo criminológico de asesino diferenciado del homicida¹⁵⁴, si bien actualmente la doctrina mayoritaria rechaza esa tesis¹⁵⁵. Así, por ejemplo, desde la psiquiatría considera GLATZEL que no existen características particulares de la personalidad que predispongan a una persona a la conducta homicida, destacando concienzudos estudios que invitan a negar la existencia del “asesino” u “homicida” típicos. En lugar de tipos de autor, en la psiquiatría se opta por delimitar *constelaciones situacionales* que suelen repetirse en los hechos homicidas. En definitiva, qué factores (situaciones) dan lugar a una quiebra de los frenos inhibitorios en el autor de una muerte dolosa, hasta el punto de contrariar el tabú de matar¹⁵⁶. Esta postura es más coherente con la clasificación del asesinato en función del contexto que se ha realizado en el epígrafe anterior, por lo que en este trabajo no se emplearán tipologías de homicidas basadas en los móviles o en otros criterios subjetivos¹⁵⁷.

Pese a lo acabado de decir, podría tener algún interés mencionar las categorías de “asesino en serie” y de “asesino múltiple” (de ambos quedan excluidos sicarios y terroristas¹⁵⁸), ya que el Preámbulo de la LO 1/2015 justifica la introducción del art.

¹⁵⁴ Entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS (1951), “Voz Asesinato”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ)* III, pp. 39-46, p. 39; FERNÁNDEZ ALBOR (1964), p. 114; DEL ROSAL, J/COBO DEL ROSAL, M/RODRÍGUEZ MOURULLO, G (1962), *Derecho penal español (Parte Especial), Delitos contra las personas*, Madrid, 1962, p. 192; PASTOR SANTIAGO (2000), p. 77; MARTOS NÚÑEZ (2017), p. 24; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ (2019); *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed. Dykinson, Madrid, p. 26.

¹⁵⁵ *Vid.*, por todos, TORÍO LÓPEZ, (1983), p. 80.

¹⁵⁶ Cfr. GLATZEL, J (1987); *Mord und Totschlag. Tötungshandlungen als Beziehungsdelikte. Eine Auswertung psychiatrischer Gutachten*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, pp. 12 y ss.

¹⁵⁷ Suelen ser habituales, por ejemplo, HERRERO HERRERO, C. (2011), *Fenomenología criminal y criminología comparada*, Dykinson, Madrid, pp. 231-240.

¹⁵⁸ Cfr. OTÍN DEL CASTILLO; J.M. (2007), “El crimen en serie: un modelo metodológico”, *RGDP*, n.º 7, mayo, pp. 1-58, p. 5.

140.2 CP para aplicar la prisión permanente revisable a “los asesinatos reiterados o cometidos en serie”.

No existe consenso en cuanto al concepto y requisitos de ambos, si bien suele seguirse la definición elaborada por el Departamento de Ciencias de la Conducta del FBI para diferenciar al asesino múltiple (mata a cuatro personas en un solo acto de violencia y en un mismo escenario) del asesino en serie (mata al menos en dos o tres momentos y lugares diferentes, espaciados en intervalos de duración distintos, pudiendo transcurrir desde tan solo unas horas hasta varios años)¹⁵⁹.

El estudio realizado por SALAZAR/GARRIDO concluye que el tipo de asesino múltiple más frecuente en España es el asesino múltiple que mata a miembros de su familia, a conocidos o desconocidos, motivado por la ira generada por un suceso desencadenante, como, por ejemplo, una discusión o insulto grave, mientras que en EE.UU, por ejemplo, el tipo más común es el pseudocomando¹⁶⁰. Se trata, por tanto, de perfiles de autor muy diferentes que no permiten establecer tipos criminológicos con vocación general¹⁶¹.

La presente investigación pretende trazar un perfil lo más descriptivo posible para aproximarnos al fenómeno homicida, sin mayores pretensiones valorativas. Por este motivo, deben diferenciarse los elementos y condiciones relativas a la conducta homicida de las que se refieren directamente al autor de la muerte dolosa, sin distinguir entre homicida y asesino, concretamente: sexo, edad y consumo de alcohol o drogas.

3.1. EL SEXO

Si la delincuencia es un fenómeno fundamentalmente masculino¹⁶², este rasgo está aún más claramente marcado en los delitos de homicidio.

El informe de UNODC de 2019 establece el porcentaje de autores varones en un 90%¹⁶³, dato que se repite en distintos países y momentos históricos diferentes. Así, por ejemplo, un reciente trabajo de U. SCHNEIDER en Alemania, destaca como sospechosos del asesinato u homicidio a los hombres con un 88%, porcentaje superior al 74% ge-

¹⁵⁹ Cfr. LÓPEZ MELERO, M (2015), “Perfil criminológico de Alfredo Galán Sotillo: «El asesino de la baraja»”, *La Ley Penal*, Nº 114, Sección Criminología, Mayo-Junio, p. 4.

¹⁶⁰ Cfr. SALAZAR FORTEA/GARRIDO GENOVÉS (2017); “Los asesinatos múltiples en España: un estudio a través de las sentencias”, *RDPC*, 3.ª Época, n.º 18, págs. 335-367, pp. 362 y ss.

¹⁶¹ LÓPEZ MELERO (2015), p. 4, considera igualmente que el asesino en serie no es más que una categoría de homicidas, por lo que pueden emplearse los términos indistintamente. De la misma manera, SALAZAR FORTEA/GARRIDO GENOVÉS (2017), p. 8, incluyen en su investigación tanto a homicidas como asesinos.

¹⁶² La escasa inclinación femenina hacia la delincuencia es una constante de tiempo y de lugar y, se ha intentado explicar desde antiguo, con diferentes argumentos. Así, entre otros, BERNALDO DE QUIRÓS, C (1906); *Criminología de los delitos de sangre en España*, Madrid, p. 28; STENGLEIN, G (2012), *Condición femenina y delincuencia. Estudio comparado hispano-alemán y una propuesta sistémica europea*, Ed. Académica Española, pp. 64-150; NÚÑEZ PAZ, M.A. (2014); “La mujer ante el umbral del delito”, *Revista Penal*, núm. 34, pp. 131-148, *passim* y HERRERO HERRERO, C (2017); *Criminología, Parte general y especial*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 519-537.

¹⁶³ UNODC (2019), *booklet 1*, p. 24.

neral de varones sospechosos para todos los delitos, mientras que la estadística judicial ofrece similares cifras: de los 128 condenados en 2012 por asesinato consumado, 118 son hombres y también lo son 254 de las 285 personas condenadas por homicidio¹⁶⁴.

En el informe sobre el homicidio en España de 2018, los porcentajes son prácticamente idénticos a los constatados a nivel mundial: el 89,32% varones y el resto, mujeres. CEREZO DOMÍNGUEZ¹⁶⁵, por su parte, concluye en su estudio de 2000, que sólo el 5,1% de los homicidios cometidos en Málaga y Melilla entre los años 1984 y 1994 fueron cometidos por mujeres.

En general se acepta como un hecho comprobado que “dondequiera son más los homicidas varones”¹⁶⁶, si bien el porcentaje de homicidios cometidos por mujeres suele mantener una gran estabilidad, con independencia de la tasa total de homicidios, que por lo general varía de unas épocas a otras.

Se aprecian diferencias también en cuanto a la clase de homicidio cometido¹⁶⁷. En España, el informe de 2018 constata que las mujeres tienden a cometer más homicidios de carácter interpersonal, con un 80,6%, frente al 67,7% de los hombres y, de hecho, matan más a conocidos (un 92,31% de las mujeres tenía relación con la víctima frente a un 77,36% de los varones). Sin embargo, los hombres destacan en el homicidio relacionado con actividades criminales, con un 28,4% frente al 18,3% de las mujeres.

En el caso de homicidios entre parejas el informe de la UNODC concluye que el hombre es el autor en el 82% de los casos, por lo que la mujer lo es en un 18%¹⁶⁸. El estudio de CEREZO DOMÍNGUEZ sitúa la incidencia en el 16% del total¹⁶⁹ y concluye que, en general, la mujer suele matar a algún miembro de su familia (59% de los casos), especialmente a su pareja, con un índice del 53,8%.

En la criminología actual parece dominante la opinión de que los delitos de homicidio cometidos por mujeres suelen responder al patrón de los delitos interpersonales, que en gran medida se plantean como tentativas de solución de problemas familiares y de pareja¹⁷⁰. Dada la gran diferencia entre sexos a efectos de perpetración del homicidio, se aprecia un número considerablemente menor de estudios dedicados a la mujer homi-

¹⁶⁴ SCHNEIDER, U. (2015); “Der Haustyran und die Reform der Tötungsdelikte. Ein Diskussionsbeitrag aus geschlechtsspezifischer Sicht”, *NStZ*, Vol. 35, Nº. 2, págs. 64-68, pp. 64 y s. Resultados similares reflejan OBERLIES, D. (1990); “Der Versuch, das Ungleiche zu vergleichen. Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen und die rechtliche Reaktion”, *Kritische Justiz* (23), pp. 318-331, pp. 318-331, p. 319 y GRÜNEWALD (2010), p. 20.

¹⁶⁵ CEREZO DOMÍNGUEZ (2000), pp. 343 y s., especialmente tabla 27.

¹⁶⁶ Cfr. WOLFGANG, M. E/ FERRACUTI, F (1971), *La subcultura de la violencia: hacia una teoría criminológica*, (Trad. A. Garza y Garza), México D.F. (el original es de 1967), pp. 268 y s.

¹⁶⁷ GONZÁLEZ/SÁNCHEZ/LÓPEZ /SANTOS/CERECEDA (2018), p. 49.

¹⁶⁸ UNODC (2019), *Resumen ejecutivo*, p. 21.

¹⁶⁹ Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, (2000), p. 345.

¹⁷⁰ Vid. LAMOTT/PFAFFLIN/ROSS/SAMMET/WEBER/FREVERT (1998); “Trauma, Beziehung und Tat. Bindungstheoretische Rekonstruktion interpersonaler Beziehungserfahrungen von Frauen, die getötet haben”, *MschKrim* 81, Heft 4, pp. 235-245, p. 235.

cida. En este sentido, ACALE considera que el género no es sólo un factor condicionante de la victimización, sino también de la criminalidad femenina¹⁷¹.

Un caso aparte lo constituyen los homicidios/asesinatos de menores, en los que la presencia de autoras se aproxima a la de autores e incluso la supera respecto de algunas franjas de edad. En un estudio de 2018, que abarca el periodo de 2000 a 2016, RAMOS VÁZQUEZ constata que el 55% de los autores fueron hombres, frente a un 45% de mujeres. En casi dos tercios (un 64%) el autor era un familiar. Lo más característico de la muerte de menores es que la mayoría de las autoras tenía relación de parentesco con el menor, a diferencia de los autores varones: especialmente las madres biológicas, que suponen un 58% de los familiares que cometen estos homicidios/asesinato y más de un tercio del total de autores (familiares o no)¹⁷². En relación con los menores de un año este fenómeno es especialmente acusado, puesto en el 84% de los casos la autora es una mujer (en concreto, de veintiún casos, veinte madres y una abuela)¹⁷³.

Según el informe de UNODC, cuando un miembro de la familia mata a un niño muy pequeño, uno o ambos padres son responsables en un abrumador número de casos. Las tendencias a largo plazo sugieren que la madre es la responsable más probable durante el primer año de vida del niño, pero ya cumplida esa edad, suele ser el padre¹⁷⁴.

3.2. LA EDAD

En el Informe UNODC 2019 se constata que la franja de edad de 15 a 29 años es la más frecuente en los autores de homicidio, considerándose que cuanto más joven sea la población, mayor será su índice de homicidios, con una ratio de 4,6% por cada 1% de incremento en la población de 15 a 29 años. Una importante excepción la constituyen los países asiáticos que, pese a contar con una población joven, muestran una ratio de homicidios muy baja frente a lo constatado a nivel mundial¹⁷⁵.

En España, según el informe sobre el homicidio de 2018, la edad media de los homicidas varones es de 36 años, siendo 38 años la edad media en las mujeres. Entre la franja de 18 a 30 años (discusiones/revertas, homicidios relacionados con actividades criminales) hay muchos más autores que en la franja de edad de 41 a 64 años, en la que destaca violencia de género¹⁷⁶.

¹⁷¹ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, m (2017), "El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina", *Papers*, 102/2, <http://dx.doi.org/10.5565/rev/papers.2337>, pp. 2 y ss; de la misma opinión DOVA, M (2018); "Defenderse del tirano doméstico: problemas y perspectivas", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 3, p. 12.

¹⁷² Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2018); "Gritos de un mundo desconocido: una aproximación a la muerte violenta de menores a través de la jurisprudencia", *RDPC*, 3ª época, núm. 19, pp. 289-324, pp. 297 y ss.

¹⁷³ Cfr. RAMOS VÁZQUEZ (2018), p. 295.

¹⁷⁴ UNODC (2019), *Resumen ejecutivo*, p. 32.

¹⁷⁵ UNODC (2019), *Booklet 3*, p. 15.

¹⁷⁶ Cfr. GONZÁLEZ/SÁNCHEZ/LÓPEZ/SANTOS/CERECEDA (2018), pp. 39, 54 y s.

Del estudio de CEREZO DOMÍNGUEZ¹⁷⁷, circunscrito a las ciudades de Málaga y Melilla, se deriva que la edad media del general de homicidios está en 32 años, mientras que en los homicidios entre parejas es de 38 años. La mayoría de los autores (54,1%) tienen entre 20 y 39 años (especialmente entre 20 y 29 años), con un 37,2%. Debe tenerse en cuenta que el porcentaje de autores sin determinar su edad es del 19,2%. La cifra más alta entre homicidas de pareja se observa en la franja de los 30 a 39 años, con un 30,2%, frente al 16,9% del resto de homicidios. También es reseñable que el porcentaje de homicidas de 40 a 49 años es del 10,8%, mientras que en la pareja es del 22,6 %, idéntico al de la franja de edad de 20 a 29 años.

Por último, según el estudio de SANZ BARBERO et. al. de 2021, en España la edad media del homicida por razones de género es de 46,3 años¹⁷⁸.

3.3. EL CONSUMO DE ALCOHOL O DROGAS

El consumo de alcohol o drogas es un factor de riesgo que contribuye a la comisión de delitos contra la vida. El informe mundial de UNODC 2019 constata un 37% de homicidios cometidos bajo la influencia de estas sustancias, siendo el alcohol abrumadoramente dominante, con un 90%.

En el *Informe sobre el Homicidio en España* de 2018 se revela que al menos el 22,62% de los autores eran consumidores habituales de alcohol y/o drogas. En el momento de perpetrar el homicidio, el 12,74% estaba bajo el efecto del alcohol, el 2,75% bajo la influencia de las drogas y el 1,03% se hallaba afectado por ambas sustancias¹⁷⁹.

La incidencia en el estudio de CEREZO DOMÍNGUEZ es mayor: un 52,9% de los homicidas era consumidor habitual, sin que apenas se encuentren diferencias respecto de este dato con los homicidios entre parejas¹⁸⁰.

4. La víctima

La incorporación de la víctima como objeto de estudio es esencial para comprender mejor la complejidad del fenómeno delictivo, especialmente en aquellos delitos que, como el homicidio, tienen un fuerte componente interpersonal.

Para trazar el perfil de la víctima de homicidio, se atenderá a los siguientes datos: sexo y edad.

¹⁷⁷ Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ (2000), pp. 345 y s., especialmente tabla 28.

¹⁷⁸ SANZ BARBERO, B et al. (2021); *Análisis temporal de los asesinatos de mujeres por violencia de género en España a lo largo de 15 años (2003-2017)*, Delegación del Gobierno contra la violencia de género. Ministerio de Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 21.

¹⁷⁹ GONZÁLEZ/SÁNCHEZ/LÓPEZ/SANTOS/CERECEDA (2018), p. 42.

¹⁸⁰ CEREZO DOMÍNGUEZ (2000), p. 357.

4.1. EL SEXO

El homicidio es un fenómeno fundamentalmente masculino también en cuanto a las víctimas, pues según el estudio de UNODC de 2023, el 81% de las víctimas son hombres. En países especialmente asolados por la delincuencia de bandas, como América Latina y el Caribe, el porcentaje asciende a un dramático 91%, llegando a ser superado en algunos países como Colombia (92%) y las Bahamas (95%)¹⁸¹.

Pero si eliminamos de la ecuación los países asolados por la criminalidad de bandas, la ratio de víctimas femeninas se incrementa. Efectivamente, cuanto mayor es la cifra de muertes violentas, mayor es la ratio de víctimas masculinas, por lo que cuando la violencia mortal se reduce, se incrementa también el porcentaje de mujeres víctimas de homicidio¹⁸².

De esta forma, frente a la volatilidad que experimenta el número de víctimas masculinas (que depende fundamentalmente de diversos factores que incrementan la conflictividad social o favorecen la delincuencia de grupos organizados), el homicidio de mujeres se mantiene constante debido a condicionamientos de carácter estructural, como los sesgos socioculturales y de género, que experimentan escasos cambios durante largos periodos de tiempo¹⁸³. Por ejemplo, en el estudio de 2019 que analiza los homicidios en Dinamarca en el periodo comprendido entre 1992 y 2016, se constata que el 62,2% de las víctimas son hombres, frente al 37,8 % de víctimas femeninas¹⁸⁴. Las cifras son similares a las constatadas por el informe de 2018 sobre el homicidio en España, en el que las víctimas femeninas alcanzaron el 38,43% frente a un 61,42% de víctimas masculinas¹⁸⁵. Tanto los hombres como las mujeres suelen matar más a varones que a féminas.

Estas cifras son radicalmente distintas en los casos de homicidios en el seno de la familia y de la pareja. En el informe de UNODC de 2019 se constata una disminución de víctimas femeninas en términos absolutos de 2012 a 2017, pero “la proporción de mujeres asesinadas por parejas íntimas u otros miembros de la familia aumentó del 47% de todas las mujeres víctimas de homicidio en 2012 al 58% en 2017”¹⁸⁶. El estudio concluye que, aunque “las mujeres y las niñas representan una proporción mucho menor de víctimas de homicidio en general que los hombres, llevan por mucho la mayor carga de homicidios relacionados con la pareja/familia y el homicidio de pareja íntima”. Similares conclusiones se derivan del estudio de 2023: efectivamente, si del total de homicidios a nivel mundial el hombre es víctima en un 81% y la mujer en un 19%, en el total de homicidios de la pareja y a manos de la familia, el varón resulta víctima en un 36% de los casos, mientras que la mujer en el 64%. Los índices cambian radicalmente si solo se

¹⁸¹ UNODC (2023), *Chapter 4*, p. 102; UNODC (2019), *Booklet 3*, p. 9.

¹⁸² UNODC (2019), *Booklet 5*, p. 21. A este efecto se le conoce como “ley de Verkko”.

¹⁸³ UNODC (2019), *Booklet 3*, p. 10.

¹⁸⁴ THOMSEN/LETH/HOUGEN/VILLENSEN/BRINK (2019), p. 1.

¹⁸⁵ GONZÁLEZ/SÁNCHEZ/LÓPEZ-OSSORIO/SANTOS/CERECEDA (2018), p. 33.

¹⁸⁶ UNODC (2019), *Resumen ejecutivo*, p.20.

computan los homicidios de la pareja: en estos casos, el hombre es víctima en un 18%, mientras que la mujer lo es en un 82%¹⁸⁷.

En una amplia revisión sistemática que cruza datos obtenidos de 66 países realizada por STÖCKL *et.al*, se llega a la conclusión de que al menos uno de cada siete homicidios en el mundo son cometidos por la pareja, de los cuales la proporción de mujeres asesinadas sextuplica la proporción de hombres asesinados por su pareja. Concretamente, frente al 38,6% de casos en que una mujer muere a manos de su pareja o expareja masculina, tan solo el 6,3% de los hombres resulta víctima del homicidio cometido por su pareja o expareja mujer. En todos los países de los que se obtuvieron datos, el principal riesgo para la mujer de morir por violencia interpersonal procede de la pareja, puesto que entre un tercio y casi la mitad de todos los homicidios de mujeres son perpetrados por su pareja masculina¹⁸⁸.

El Informe del homicidio en España de 2018 señala que el 78 % de los homicidios son interpersonales, de los que el 57,8 % de víctimas son hombres. Pero también se constata que la principal causa de homicidio de mujeres es la violencia de género: el 85,9% de las víctimas mortales femeninas lo fueron en homicidios de carácter interpersonal, constituyendo el feminicidio a manos de la pareja masculina un 51%, seguidas de las víctimas a manos de otros familiares (22,4%). Es más, en este estudio todas las víctimas de homicidio de la pareja fueron mujeres (el 100 % de los casos), lo que supone el 22 % del total de homicidios y asesinatos analizados¹⁸⁹.

El estudio del Grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ de 2018 muestra, al igual que los anteriores, “el desproporcionado mayor riesgo de las mujeres a ser asesinadas por sus parejas o exparejas”, pues de las 48 sentencias dictadas en 2016 por homicidio/asesinato en el ámbito de la pareja, en 38 la víctima era mujer (79%) y en 10 casos era un hombre (21%), siendo la mujer autora tan solo en 7 de los casos. Debe tenerse en cuenta respecto de estas últimas cifras, que en el estudio no se computan las víctimas de una agresión mortal seguida del suicidio del autor¹⁹⁰.

A similares resultados llega GONZÁLEZ ÁLVAREZ¹⁹¹: “En España, entre 2010 y 2014 las mujeres fueron víctimas mortales de violencia por parte de su pareja en mucha mayor medida (88,72%) que los hombres (9,57%)”.

¹⁸⁷ UNODC (2019), resumen ejecutivo, p.20.

¹⁸⁸ Cfr. STÖCKL/DEVRIES/ROTSTEIN/ABRAHAMS/CAMPBELL/WATTS/GARCÍA MORENO (2013); “The global prevalence of intimate partner homicide: a systematic review”, *Lancet*, Vol 382 September 7, pp. 859-865, p. 863.

¹⁸⁹ GONZÁLEZ/SÁNCHEZ/LÓPEZ/SANTOS/CERECEDA (2018), p. 37; SANTOS-HERMOSO/LÓPEZ-HEREDIA/SÁNCHEZ-MARTÍN/GONZÁLEZ-ÁLVAREZ (2021); “La ruptura de la pareja y su influencia en la dinámica relacional en casos de feminicidio”, *REIC*, Artículo 7, Volumen 19 (1) <https://doi.org/10.46381/reic.v19i1.455>, p. 3. *Vid.* también FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2013); “Riesgo de feminicidio de género en situaciones de ruptura de la relación de pareja”, *EPCr*, vol. XXXIII, pp. 149-173, *passim*.

¹⁹⁰ GRUPO DE EXPERTOS/AS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ (2018), p. 6.

¹⁹¹ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L. (2018); “Perfiles de víctima y agresor en violencia de género: implicaciones para la valoración del riesgo. Presentación del último estudio de casos sobre homicidios de violencia de género”, *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 14, pp. 219-245, p. 238.

Estos datos son similares en el resto de Europa, pues en los casos de homicidios de pareja o familiar, las mujeres son las principales víctimas, con un porcentaje del 55% del total, frente al 18% de todas las víctimas masculinas¹⁹².

Así, por ejemplo, en un estudio de 1980 realizado en Berlín se constató que, de 55 casos de homicidios de pareja intentados o consumados, la mujer fue la víctima en 52 de ellos¹⁹³. Más recientemente U. SCHNEIDER¹⁹⁴, en su estudio de la estadística criminal alemana del año 2013, ha observado el mismo patrón: mientras que el 72% de las víctimas femeninas lo fueron a manos de sus parientes (allegados), en víctimas masculinas el porcentaje tan solo es del 26%.

También en Dinamarca THOMSEN *et al.* constatan en relación con el homicidio de la pareja que la ratio de víctimas femeninas asciende al 79.3%, suponiendo el 55.6% del total de las víctimas femeninas de homicidio. Estas cifras contrastan con el exiguo 8,9% de hombres que murieron a manos de su pareja o expareja femenina¹⁹⁵.

En el estudio realizado por CAMAN *et al* sobre los homicidios de la pareja cometidos en Suiza en el periodo comprendido entre 1990 y 2013, se arrojan resultados similares: el 57% de todas las mujeres víctimas de homicidio lo fueron a manos de su pareja, mientras que en el caso de los hombres el porcentaje es tan solo de un 7%. El promedio de homicidios de la pareja en el total de homicidios fue de un 26%¹⁹⁶.

A la vista de estos datos, se confirma la conclusión a la que llega CEREZO DOMÍNGUEZ¹⁹⁷:

“se puede afirmar que la mujer es siete veces más proclive a ser víctima de un homicidio de manos de su pareja que de una persona desconocida, o expresado de otra manera, la mayor parte de las mujeres víctimas de homicidios lo son de su pareja o expareja sentimental (...) se da el hecho paradójico de que es más común que una mujer sufra un homicidio en su habitación que en una calle solitaria de nuestra ciudad a las cuatro de la madrugada”.

Junto a ello, se debe tener también en cuenta que cuando el homicidio se dirige contra la mujer suele conducirse más frecuentemente hacia la consumación que en el caso de ir dirigido contra el varón. Esta diferencia se observa claramente en el análisis de CEREZO DOMÍNGUEZ¹⁹⁸, donde se constata que las mujeres de su estudio recibieron una media de

¹⁹² Cfr. GONZÁLEZ/SÁNCHEZ/LÓPEZ-OSSORIO/SANTOS/CERECEDA (2018), p. 10.

¹⁹³ OBERLIES, D. (1990); “Der Versuch, das Ungleiche zu vergleichen. Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen und die rechtliche Reaktion”, *Kritische Justiz* (23), pp. 318-331, p. 320, citando un trabajo de Becker/Groß.

¹⁹⁴ U. SCHNEIDER (2015), p. 65.

¹⁹⁵ THOMSEN/LETH/HOUGEN/VILLESSEN/BRINK (2019), p. 2.

¹⁹⁶ Cfr. CAMAN/KRISTIANSSON/GRANATH/STURUP (2017); “Trends in rates and characteristics of intimate partner homicides between 1990 and 2013”, *Journal of Criminal Justice*, Volume 49, March–April 2017, pp. 14-21, p. 16.

¹⁹⁷ CEREZO DOMÍNGUEZ (2000), p. 343. En el mismo sentido, UNODC (2019); resumen ejecutivo, p. 20: “El hogar sigue siendo el lugar más peligroso para las mujeres, quienes continúan soportando la mayor carga de victimización letal como resultado de la desigualdad y los estereotipos de género”.

¹⁹⁸ CEREZO DOMÍNGUEZ (2000), p. 386.

9 puñaladas a manos de su pareja, pero “todas las mujeres que utilizaron el cuchillo para atentar contra la vida de sus parejas lanzaron una sola puñalada”.

A parecidas conclusiones llega U. SCHNEIDER en su estudio de la estadística criminal policial del año 2013 en Alemania, donde se produjeron 2122 casos de asesinato y homicidio, de los que 1591 quedaron en grado de tentativa. Del total de 2550 víctimas, un 32% fueron de sexo femenino. El porcentaje de mujeres víctimas de delito consumado es de un 50%, claramente superior al porcentaje de víctimas masculinas de delito en grado de tentativa, que es de un 27%¹⁹⁹.

La contundencia de los datos en todos los niveles de análisis (mundial, europeo, español), ha dado lugar a una abundante literatura en las dos últimas décadas. En la mayoría de los estudios se relaciona la violencia de género con parámetros macro, de estructura social, que podría influir en el individuo motivando la comisión del delito y favoreciendo una mayor tolerancia a este tipo de hechos.

La preocupación sobre los homicidios de género en España ha propiciado diferentes iniciativas con una gran implicación de la sociedad y de las instituciones, con la finalidad de comprender mejor este fenómeno para tomar medidas más eficaces que contribuyan, en la medida de lo posible, a prevenir y evitar estas muertes²⁰⁰. Entre estas iniciativas se encuentra la creación de un Equipo Español de Revisión Pormenorizada de Homicidios de Pareja en el Contexto de la Violencia de Género (EHVdG), que empezó a gestarse en 2015, coordinado desde la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior. A pesar de su reciente implantación, la gran implicación estatal y autonómica de organismos públicos y privados (FCS, IIPP, Fiscalía, CGPJ, COP-M, Universidades, etc.) ha facilitado que se constituyan grupos de revisores compuestos por profesionales multidisciplinares altamente especializados en diferentes territorios (Madrid, Cataluña, Andalucía, etc.), con un marco de actuación común²⁰¹.

4.2. LA EDAD

La franja de edades de las víctimas suele coincidir con la de los asesinos.

En el informe sobre el homicidio en España de 2018 se observa que la media de edad de las víctimas de homicidio es de 42 años: en el caso de los hombres en torno a los 40 años y los 45 en las mujeres²⁰². Por su parte, CEREZO DOMÍNGUEZ señala que la edad

¹⁹⁹ SCHNEIDER (2015), p. 65

²⁰⁰ En opinión de Díez RIPOLLÉS/CEREZO DOMÍNGUEZ/BENÍTEZ JIMÉNEZ (2017), *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014). Su efectividad, eficacia y eficiencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 249 y s. los esfuerzos están dando frutos, pues observan un descenso en el número de feminicidios.

²⁰¹ Cfr. GONZÁLEZ/GARRIDO/LÓPEZ/MUÑOZ/ARRIBAS/CARBAJOSA/BALLANO (2018); “Revisión pormenorizada de homicidios de mujeres en las relaciones de pareja en España”, *APJ*, vol. 28. Núm. 1, pp. 28-38, p.36.

²⁰² GONZÁLEZ/SÁNCHEZ/LÓPEZ/SANTOS/CERECEDA (2018), p. 33. En el estudio de PÉREZ MANZANO, M. (2016); “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”, *RJUAM*, n.

media de las víctimas de homicidio es de 36 años, siendo la media de 37 años para las víctimas de homicidio entre parejas²⁰³.

La franja de edad de 65 años en adelante resulta víctima en un 14, 22% de los casos²⁰⁴, pero en la actualidad se observa una tendencia de victimización al alza en este grupo de edad: en 2021 el porcentaje asciende al 16,88%²⁰⁵. Este incremento se achaca a varios factores, como el progresivo envejecimiento de la población, la mayor estima social hacia la juventud y la dificultad de las familias para conciliar en la atención a los mayores²⁰⁶.

Un grupo especial lo constituyen los menores de edad, sobre el que existen menos investigaciones. RAMOS VÁZQUEZ²⁰⁷, en un estudio jurisprudencial que abarca el periodo de 2000 a 2016, constata 64 homicidios/asesinatos dolosos de menores y 32 tentativas. Como afirma el autor citado, este grupo de edad tiene gran importancia en España, dado que la muerte dolosa de un menor de 16 años es, estadísticamente, la de más probable aplicación de la prisión permanente revisable y, también, porque la posible correlación entre la violencia de género y el homicidio/asesinato de menores está despertando un importante interés mediático.

Al igual que en otros países, llama la atención la alta incidencia en el grupo de edad de los menores de un año, con un 20% de muertes consumadas y un 38% de tentativas, así como el grupo de 1 a 6 años, con un 42% de muertes consumadas y un 19% de tentativas²⁰⁸.

5. El control social y los medios de comunicación

Con anterioridad hemos visto que la muerte de una persona podía castigarse con la máxima pena o quedar prácticamente impune debido a la protección de determinado orden social conculcado previamente (homicidio de los adúlteros)²⁰⁹. Como producto social que es, la norma penal se gesta y se aplica de acuerdo con las valoraciones sociales

²⁰³ 34, 2016-II, pp. 17-65, p. 27, la principal franja de edad entre las víctimas de muerte es entre 25-34 años (17,30%), con poca diferencia respecto de la franja de 35-44 años (15,90%).

²⁰⁴ Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ (2000), pp. 345 y s., especialmente tabla 28.

²⁰⁵ GONZÁLEZ/SÁNCHEZ/LÓPEZ/SANTOS/CERECEDA (2018), p. 34, concretamente, en 94 de 661 homicidios.

²⁰⁶ Vid. SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N (2023); “Mayores vulnerables y Derecho penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad”, en MOYA GUILLEM (Dir)/BONSIGNORE FOUQUET (Coord), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables: Aspectos penales, procesales y político-criminales*, pp. 161-204, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 173.

²⁰⁷ Cfr. SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (2023), pp. 163.

²⁰⁸ Cfr. RAMOS VÁZQUEZ (2018), pp. 291-295.

²⁰⁹ Cfr. RAMOS VÁZQUEZ (2018), p. 296. Vid. también, RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2021); “Muerte violenta de menores en la jurisprudencia (2017-2019): Reforzando las conclusiones del estudio de los años 2000-2016”, en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (Dir)/GÓMEZ BELLVÍS (Coord), *El Derecho penal ante lo “empírico”. Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, pp. 197-214, p. 205.

²¹⁰ Vid. referencias en Cap.I.

imperantes. Pero al mismo tiempo, también contribuye a la configuración de la ética social señalando los hechos más graves.

Las emociones que despierta el asesinato pueden llegar a ser muy extremas. Estos sucesos suelen convertirse rápidamente en objeto de interés por parte de los medios de comunicación, que contribuyen a configurar una imagen distorsionada del hecho y de su autor. No es este un fenómeno actual, pues ya en la Edad Media los trovadores contaban historias sobre asesinatos²¹⁰. Un caso muy expresivo de esta fascinación es el relatado por VON HENTIG: el asesinato en 1892 (Nueva Jersey) de un reverendo y una corista llegó a tener tal impacto social, que el manzano bajo el que se encontraron los cuerpos sin vida de los amantes “desapareció hasta sus últimas raíces en manos de miles de cazadores de recuerdos venidos de muchas leguas a la redonda; al fin se llevaron consigo incluso la tierra”²¹¹.

En España también pueden señalarse sonados casos de asesinato que hace más de un siglo tuvieron una enorme relevancia social y que, aún hoy, se recuerdan por el sensacionalismo con el que fueron tratados por la prensa de la época. El “Crimen de Fuencarral” en 1888 fue probablemente el primero en recibir esta atención desmedida y sigue siendo analizado en la actualidad²¹².

El modo en que los *media* presentan y analizan algunos hechos luctuosos contribuye a la alarma social y al sentimiento de que “no se ha hecho justicia”. La sensibilidad de la población se acentúa aún más en sucesos vinculados con campañas de solidaridad emprendidas por algunos colectivos y seguidas por los medios de comunicación y por el Ejecutivo en relación con las víctimas de determinados delitos, como los asesinatos/homicidios de género y los de carácter sexual²¹³ y, sobre todo, aquellos en los que las víctimas son menores de edad²¹⁴.

No es extraño que numerosos estudios establezcan una relación directa entre esta atención de los medios de comunicación y la reintroducción de la prisión permanente revisable, que se ha considerado, al mismo tiempo, el detonante que ha dado lugar a la modificación legislativa de los delitos de asesinato y homicidio, plasmada en la LO 1/2015, de 30 de marzo. Ambos factores suponen un importante cambio de rumbo de la política criminal, especialmente respecto de estos delitos, que se aborda el siguiente capítulo.

²¹⁰ Cfr. CUERDA RIEZU, A (2001), “Los medios de comunicación y el derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, pp. 187-207, p. 190.

²¹¹ VON HENTIG (1960), pág. 16, nota (4)

²¹² El caso ha dado lugar a una abundante bibliografía, también literaria (el propio Galdós escribió las crónicas del caso, que enviaba a un periódico argentino) y sigue siendo objeto de estudio en nuestros días. Vid. PETIT CALVO, C (2005); “La célebre causa del crimen de Fuencarral. Proceso penal y opinión pública bajo la Restauración”, *AHDE*, T. LXXV, pp. 369-412, *passim* y, más recientemente, TÉLLEZ AGUILERA, A. (2018); “El crimen de la calle Fuencarral y la reforma penitenciaria”, en *Revista de Estudios Penitenciarios* Nº 261, pp. 9-48, *passim*.

²¹³ Sobre esta cuestión, RODRIGO ALSINA, M. (1999), “El conocimiento del sistema penal: alarma social y medios de comunicación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial IV*, Escuela Judicial, CGPJ, pp. 71-89, p. 79.

²¹⁴ Vid. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, N (2017); “El discurso protector de las víctimas menores de edad. Populismo punitivo en España y Colombia”, *Revista Criminalidad*, 59 (I), pp. 117-127, *passim*.

CAPÍTULO III

ASPECTOS DE POLÍTICA CRIMINAL:

LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y LA NUEVA CONFIGURACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

1. La prisión permanente revisable

1.1. INTRODUCCIÓN

La cadena perpetua desapareció de nuestro derecho con el Código Penal de 1928, durante la dictadura de Primo de Rivera, si bien es cierto que, desde la reforma de 2003²¹⁵, la estancia máxima en prisión puede alcanzar la nada desdeñable cifra de 40 años. No debe extrañar que ya con anterioridad a la reintroducción de la prisión permanente revisable se afirmara en la doctrina que nuestro Código Penal es el “más represivo de la Europa occidental”²¹⁶.

Habría sido de esperar que el legislador de 2015 hubiera explicado larga y seriamente los motivos que le llevaron a decidir reincorporar esta pena al acervo punitivo español. Sin embargo, se ha limitado a dedicarle unos párrafos meramente descriptivos, insistiendo en su compatibilidad con la resocialización²¹⁷, con el derecho comparado europeo y

²¹⁵ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE núm. 156, de 1 de julio de 2003).

²¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E. (2009); “La reforma del código penal”, en *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, disponible en www.laley.es p. 4.

²¹⁷ De *excusatio non petita* califica VARONA GÓMEZ, D (2016); *El debate ciudadano sobre la justicia y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un derecho penal democrático*, Marcial Pons, Madrid, p. 14, nota 6, el cambio de denominación eufemísticamente realizado: de “prisión *perpetua* revisable” en 2010 a “prisión *permanente* revisable” en 2015. Por su parte, CARBONELL MATEU, J.C. (2015); “Prisión permanente revisable I (Arts. 33 y 35), en GONZÁLEZ CUSSAC, (Dir), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*,

con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El legislador ha obviado el debate sobre su fundamentación, privando a esta pena, por tanto, de una explicación sobre su legitimidad, que habría merecido un amplio desarrollo. Se ofrece una justificación que no solo resulta deficiente, sino también preocupante:

“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”.

El propio legislador parece reconocer que la reintroducción de esta pena no se ha basado en la necesidad de reforzar el control social ante una situación de incremento de los delitos más graves. En lugar de ello, se adopta una decisión político criminal que afecta a todo el sistema penal sobre la base de una “demanda ciudadana”²¹⁸ que se da por cierta sin ofrecer estudios empíricos que sustenten esa afirmación.

A la vista de lo anterior, no parece que sean razones político-criminales de peso las que motivaron su reintroducción en el sistema penal, sino, tan solo, la “percepción” que el partido político en aquel momento en el Gobierno tuvo respecto de la “demanda social generalizada” en relación con esta pena²¹⁹. Pero esto supondría admitir que la inseguridad ciudadana y la exigencia de “mano dura” a los gobernantes se han normalizado de tal manera en nuestras sociedades, que la exasperación del derecho penal criminalizando más conductas y con penas más graves parece haber cerrado el paso, al menos en relación con la delincuencia violenta, a otro tipo de intervenciones de menor intensidad y (quizás) más imaginativas y eficaces (amén de más respetuosas con las garantías ciudadanas).

El temor a una reacción social contraria a un tratamiento menos punitivo de los delitos más graves, alentada o amplificada por los medios de comunicación, se une a la función simbólica de esta pena como respuesta a la necesidad de justicia de la sociedad para estos

Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 211-221, p. 215, critica el “particular cinismo” del Preámbulo al afirmar que “de ningún modo se renuncia a la reinserción del penado”, que tiene posibilidad de acceder a la libertad tras el cumplimiento de una parte “mínima” de la pena.

²¹⁸ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M (2018), “Política criminal falseada y medios de comunicación”, en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, diciembre 24/2018, pp. 134-148, p. 135; JUANATEY DORADO, C. (2016b); “Asesinato”, en *en Boix Reig (Dir), Derecho penal. Parte Especial*, Vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, pp. 45-70, p.31; RODRÍGUEZ YAGÜE, C (2019); “Seis frentes abiertos de la prisión permanente revisable”, en *Diario La ley*, disponible en www.laley.com, p. 1.

²¹⁹ *Vid.* GARCÍA RIVAS, N. (2017), “Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable”, *RGDP* núm. 28, p. 8.

supuestos. De esta forma, las penas más elevadas se ligan a los delitos de homicidio/asesinato en refuerzo del tabú de matar y se les atribuye una importante función preventiva²²⁰.

Sin embargo, el efecto simbólico viene determinado en gran medida por la manera en que se comunica la norma al cuerpo social. Esta labor viene mediada por el tratamiento que ofrecen los medios de comunicación sobre la “cuestión penal”, que suele ser apasionada y emocional y orientada a captar la atención del público, contribuyendo a generar alarma social. En esta tarea, lo expertos en materia penal quedan orillados del debate, desplazados por los especialistas en medios de comunicación y el entretenimiento²²¹. No se trata de un fenómeno de reciente aparición. Como afirma ORTEGO GIL²²², la atención prestada por los periódicos a los sucesos criminales en el s. XIX,

“generó y fructificó una publicidad ajurídica que, sin embargo, toma información judicial para reelaborarla. A partir de ella, cualquier persona opina sobre el buen o mal funcionamiento de la administración de justicia (...) No son los juristas los que explican a la sociedad el desarrollo de los procesos criminales y sus resultados penales, son los periodistas cuyos conocimientos e intereses no son, en la mayor parte de los casos, jurídicos”.

De esta manera se pierde o, al menos, se debilita, el posible contrapeso que pudieran ejercer los expertos en pro de un derecho penal más comedido, quedando el papel mediador casi exclusivamente en manos de los medios de comunicación. Los medios se convierten, así, en agentes básicos de la tendencia al punitivismo de nuestro actual sistema penal²²³.

1.2. EL PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA DERIVA PUNITIVISTA DE LA POLÍTICA CRIMINAL

El “populismo punitivo” —expresión acuñada por BOTTOMS en 1995²²⁴— se incardina en el neoliberalismo surgido a partir de los años 80 del siglo XX, del que se

²²⁰ Al respecto resulta muy llamativo que en el *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte* (§§ 211-13, 57a StGB) (2015), dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, pp. 53 y s., se insista en este argumento para limitar la reforma del delito de asesinato y sobre todo para evitar la sustitución de la pena de prisión de por vida (*lebenslange Freiheitsstrafe*) por un marco penal temporal, incluso de la misma duración efectiva.

²²¹ Cfr. FERNÁNDEZ CRUZ, J.A. (2023); “¿Cuándo podemos calificar una medida penal como populista? Una propuesta metodológica”, en MUÑOZ SÁNCHEZ/GARCÍA PÉREZ/CEREZO DOMÍNGUEZ/GARCÍA ESPAÑA (Dir.) en *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje Al Profesor José Luis Díez Ripollés*, pp. 201-212, p. 210. Sobre el papel de los expertos, *vid.* ARROYO ALFONSO (2024), pp. 170-173.

²²² ORTEGO GIL, P (2021); “La otra publicidad del proceso penal: la crónica periodística del crimen de Nava de Roa (1888)”, *ADPCP*, pp. 127-171, pp. 170 y s. El Crimen de Nava de Roa fue coetáneo al Crimen de Fuencarral.

²²³ VARONA GÓMEZ, D (2011); “Medios de comunicación y punitivismo”, *inDret* 1/2011, p.2.

²²⁴ PENNA, G, (2019); “Entrevista a John Pratt. Populismo penal, democracia y expertos”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 4/2019, p. 4, nota 2, considera que la traducción es errónea: “en castellano

destacarían tres elementos nucleares²²⁵: la sustitución del paradigma resocializador por la neutralización del infractor; la sobredimensión del protagonismo de las víctimas y el tratamiento sentimental de sucesos luctuosos; y, por último, la politización y uso electorista de los miedos e inseguridades ciudadanas a través de los medios sensacionalistas de comunicación de masas.

La función de los medios es esencial en una democracia y, en lo que al sistema penal se refiere, contribuyen a hacer aflorar la cifra oscura y el problema social subyacente en algunos ámbitos de criminalidad (por ejemplo, respecto de la violencia de género), así como con otras formas de marginación social. El problema se plantea cuando la información genera una imagen distorsionada de la realidad criminal, por deficitaria, sesgada, sensacionalista y mediada por los intereses económicos claramente dependientes de las audiencias²²⁶. En este sentido, afirma VARONA GÓMEZ²²⁷:

“la atención excesiva a un tipo determinado de delincuencia y la narrativa simplista y emotiva que se utiliza junto con la construcción de una tipología determinada de delincuente y la imagen de una justicia benévola e ineficaz, ha conllevado la dispersión de toda una serie de mitos que favorecen una determinada línea político-criminal”.

Esos mitos son fundamentalmente los siguientes:

- (1) Aumento constante de la delincuencia²²⁸;
- (2) La delincuencia es fundamentalmente violenta y obra de delincuentes extremadamente peligrosos (psicópatas, bandas criminales, delincuentes profesionales, inmigrantes, etc.);
- (3) La justicia penal es excesivamente benévola (penas blandas, penas que no se cumplen, jueces que buscan resquicios legales para absolver, delincuentes que “entran por una puerta y salen por otra”, etc.)²²⁹.

Estos mitos generan presión sobre el sistema penal, especialmente sobre los agentes políticos que, con la finalidad de apaciguar los miedos generados por los medios en la opinión pública, anuncian la creación de nuevas leyes penales más duras y las aprueban

se ha asociado la expresión “populismo punitivo” a Bottoms. Sin embargo, él utiliza la idea de “*populist punitiveness*”, es decir “punitivismo populista”.

²²⁵ Cfr. ANTÓN MELLÓN, J./ANTÓN CARBONELL, E. (2017), “Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, I Época, Vol. 12, pp. 133-150, pp. 133-137.

²²⁶ En este sentido, FUENTES OSORIO, J.L. (2005); “Los medios de comunicación y el derecho penal”, *RECPC*, núm. 07-16, p.2 y Díez RIPOLLÉS, J.L. (2001); “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *AP*, I-2001, marg. 1-22, marg. 2.

²²⁷ VARONA GÓMEZ (2011), p. 29.

²²⁸ Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. (2010); *El protagonismo de las víctimas en la elaboración y reforma de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 28.

²²⁹ Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ (2010), p. 28.

con gran celeridad. El resultado es un rédito electoral más o menos efímero y una legislación penal parcheada que adolece de graves errores técnicos²³⁰.

Pero el fenómeno del populismo punitivo no se agota en la manipulación electoralista del derecho penal por parte de los políticos, sino que abarca también un fenómeno más actual, por el que el político, ante la alarma social generada, parece verse abocado a endurecer la presión penal en cada reforma para contentar a un electorado ansioso e indignado ante lo que consideran un derecho penal “blando” o que sencillamente no responde a su idea de justicia²³¹.

Lo sorprendente es que esta dinámica se haya exacerbado precisamente en un momento de reducción de la delincuencia, empoderamiento de las víctimas y mayores índices de encarcelamiento. Esta deriva de la política criminal no afecta solo al sistema penal español, sino que tiene carácter global²³².

La relación entre punitivismo y tratamiento de las noticias penales en los medios de comunicación ha sido constatado en numerosas investigaciones: la preocupación por la delincuencia, el miedo al delito y la sensación de inseguridad aumentan cuando los medios de comunicación colocan el tratamiento de la delincuencia en primer plano²³³.

Además, como agentes informales de control social que se ocupan profusamente del fenómeno criminal, los medios no solo ejercen su influencia en el legislador y los políticos en general, sino también sobre el resto de actores que intervienen en el sistema penal: reo, abogados, fiscales, jueces, agentes del orden, víctimas, testigos, peritos, etc.²³⁴.

El reconocimiento de esta influencia mediática no supone que pueda achacárseles ni mucho menos toda la responsabilidad de la deriva punitiva actual, pues en última instancia quien tiene la responsabilidad del sistema penal es el Estado, que potencia este efecto populista cuando se emplea como arma política o, aún peor, cuando es el propio gobierno el que “manipula los sentimientos de miedo al delito y el deseo de venganza en favor de la adhesión a un gobierno que promete protección”²³⁵.

²³⁰ Vid. FUENTES OSORIO (2005), p. 41 y ACALE SÁNCHEZ (2018), p. 140.

²³¹ En este sentido, ANTÓN-MELLÓN/ANTÓN CARBONELL (2017), pp. 138 y s.

²³² Sobre esta cuestión FERRAJOLI, L. (2006); “Criminalidad y globalización” (trad. M. Carbonell), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril, pp. 301 a 316.

²³³ Una relación sobre estas investigaciones y sus conclusiones puede verse en VARONA GÓMEZ, D (2011); “Medios de comunicación y punitivismo”, *inDret* 1/2011, p.4.

²³⁴ Sobre esta influencia particularizando sobre los distintos sujetos que intervienen en la justicia penal, *vid.* CUERDA RIEZU (2001), pp. 198-207.

²³⁵ ARROYO ZAPATERO, L (2014); “Opinión pública y castigo en España. La manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales”, en *Securitarismo y derecho penal: por un derecho penal humanista*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 241-255, p. 242; un diagnóstico similar en JUANATEY DORADO, (2012); “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, *ADPCP*, Vol. XV, pp. 127-153, p. 134; en sentido similar, SIERRA LÓPEZ, M.V (2014); “Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas. (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013), *RdPP*, nº 33, pp. 127-161, p. 129.

El efecto conjunto de todos estos mitos difundidos por los medios acaba propiciando una política criminal de mano dura²³⁶ porque, al sobredimensionar²³⁷ y desfigurar el fenómeno delictivo²³⁸, se genera un incremento del sentimiento de inseguridad e impunidad. Ante este escenario la opinión pública se convence de que no hay más camino que el castigo más duro e inflexible, con menores garantías para el reo.

Sin embargo, las reformas del Código Penal acaban teniendo un efecto paradójico respecto de la percepción social de la delincuencia, porque, como afirma FUENTES OSORIO²³⁹, las reformas reiteradas acaban apoyando el tópico de que el derecho penal es blando²⁴⁰, que favorece a los delincuentes y, por lo tanto, requiere un perfeccionamiento constante. Este tópico, que parece perpetuarse en los medios de comunicación tradicionales, se presenta a menudo sin más fuerza argumentativa que su mera repetición.

Queda por determinar si la irrupción de las redes sociales, como medio alternativo de transmisión de la información, tiene capacidad para cambiar esta dinámica o si, más bien al contrario, tenderá a fortalecer las percepciones sociales habituales sobre el funcionamiento del sistema penal y delincuencia²⁴¹. En un reciente estudio sobre el tratamiento de los temas penales en la red social antes llamada *Twiter*, MIRÓ LLINARES destaca la instrumentalización política que se hace del derecho penal como arma en la guerra cultural²⁴², así como la capacidad de la red para trasladar el mensaje a los medios de comunicación y de ahí, a la opinión pública²⁴³.

²³⁶ Sobre la relación entre populismo, medios de comunicación y reformas *vid.* ANTÓN-MELLÓN, J./ÁLVAREZ, G./ROTHSTEIN, P.A. (2017); “Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas”, *Revista Española de Ciencia Política*, 43, 13-36, *passim*. También RODRÍGUEZ DÍAZ/BOUZA ÁLVAREZ (2017); “La justicia, los medios de comunicación y la opinión pública en España”, en de León/López, *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 168, consideran que la prensa contribuye al populismo punitivo porque la atención constante a los casos más escabrosos “refuerza la presencia de la criminalidad”.

²³⁷ FUENTES OSORIO (2005), p. 8, señala que un trabajo de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior indicaba que los españoles visionaban en 1996 por semana: 887 homicidios, 155 asesinatos, 70 parricidios y 1308 violaciones.

²³⁸ Como afirma MIRÓ LLINARES, F. (2023); “El Derecho penal como coartada. Aproximación a la estructura de la comunicación sobre el crimen y la ley penal en Twitter”, *InDret*, núm.2, pp. 445-492, p. 452, es el *modo* en que los medios informan sobre los temas penales lo que configura la percepción social sobre la delincuencia.

²³⁹ FUENTES OSORIO (2005), pp. 11 y ss.,

²⁴⁰ AIZPURÚA GONZÁLEZ/FERNÁNDEZ MOLINA (2016); “Opinión pública hacia el castigo de los delincuentes: La importancia del delito cometido”, *Boletín Criminológico*, Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, Málaga, Artículo 1/2016, enero-febrero (nº 161), p. 1, señalan que esta creencia está muy arraigada en diferentes países.

²⁴¹ PICKETT, J.T (2019); “Public Opinion and Criminal Justice Policy: Theory and Research”, *Annual Review of Criminology*, Vol. 2, pp. 405-428, considera que debe ser área prioritaria para futuras investigaciones.

²⁴² Cfr. MIRÓ LLINARES (2023), p. 463. En p. 469, afirma: “El tema es la política, el Derecho penal es la excusa para atacarse”.

²⁴³ Cfr. MIRÓ LLINARES (2023), p. 472. Sobre el papel de las redes en la formación de la opinión pública y su influencia en los *media*, *vid.* DE SOUZA DE ALMEIDA, D. (2020); “Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático”,

1.3. LA INFLUENCIA DEL ACTUAL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA

En el epígrafe anterior se ha señalado la “sobredimensión del protagonismo de las víctimas” como uno de los elementos nucleares del populismo punitivo que empieza a gestarse en los años 80 del s.XX. Efectivamente, el sistema penal actual acusa la influencia de una nueva tendencia que coloca a la víctima en primer plano. Se habla, en este sentido, de “redescubrimiento” frente a la tradicional “neutralización” sufrida con la progresiva asunción de la cuestión penal por el derecho público²⁴⁴.

En las últimas décadas se ha ido fraguando un movimiento de empatía con las víctimas, cuyas asociaciones han acabado constituyéndose en auténticos grupos de presión que ejercen su influencia en la política criminal.

La víctima se convierte, así, en un actor esencial de la política criminal, pues interacciona con los medios de comunicación, difundiendo su mensaje y logrando mayor apoyo hacia sus intereses. Los políticos prestan más atención a la opinión de las víctimas en la búsqueda de políticas más populares e incluso prescinden del debate parlamentario para responder con más rapidez a los problemas que generan alarma social, desplazando la forma tradicional de hacer política legislativa en materia penal²⁴⁵.

De esta manera, como afirma CEREZO DOMÍNGUEZ, las fuerzas políticas establecen “una relación inmediata entre las demandas populares y la elaboración de las leyes penales” y, en última instancia, se benefician de ello en las urnas²⁴⁶. En definitiva, se instrumentaliza a la víctima para justificar el endurecimiento de las políticas penales²⁴⁷, pero al mismo tiempo, la víctima adquiere un claro protagonismo en las decisiones de política criminal. La reforma relativa al “cumplimiento íntegro de las penas” de 2003 respondería a esta sinergia entre medios y víctimas en el ámbito del endurecimiento de la respuesta penal a la delincuencia violenta, pues vino en gran parte motivada por la campaña de recogida de firmas (alcanzaron tres millones) que emprendieron los familiares tras la violación y asesinato de las niñas de Alcásser²⁴⁸.

Revista Penal, nº 45, pp. 194-213, pp. 206-209. LÓPEZ LÓPEZ, I (2021); La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida, *Revista Penal* nº 48, julio, pp. 94-109, pp. 96 y s. señala la enorme importancia de los medios y las redes en la sociedad actual en la configuración de la agenda político criminal.

²⁴⁴ *Vid.* Cap.V.2

²⁴⁵ *Vid.* PENNA (2019), p.5, donde Pratt explica que esta vertiente es lo que debe llamarse “populismo penal”, distinto del concepto de Bottoms, y pone el ejemplo de Nueva Zelanda, donde la presión sobre los políticos ha propiciado más poder para las víctimas y mayor presión carcelaria.

²⁴⁶ *Vid.* CEREZO DOMÍNGUEZ (2010), p. 93.

²⁴⁷ El protagonismo de las víctimas favorece su instrumentalización y se convierten en coartada de las políticas de *Law and Order*; *vid.* HÖRNLE, T (2006); “Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht”, *JZ*, 19/2006, pp. 950-958, p. 952. Por su parte, CEREZO DOMÍNGUEZ (2010), pp. 12 y ss. señala la confluencia de intereses de las víctimas y los políticos en las políticas represivas de “ley y orden” de Reagan y Thatcher de los años 80, que fomentan los derechos de las víctimas en detrimento de los derechos del delincuente.

²⁴⁸ *Vid.* CUERDA RIEZU (2001), p. 194,

El fenómeno no es, desde luego, exclusivamente español. Así, por ejemplo, hechos similares acontecidos en Alemania dieron lugar a una “revitalización” y sucesivas reformas iniciadas en 1998 en clave agravatoria de la custodia de seguridad —incorporada al Código Penal alemán en 1933, pero que apenas se aplicaba—, hasta el punto de su aplicación *a posteriori*, dando lugar a un pronunciamiento contrario por parte del TEDH en 2009 que llevó a la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional alemán en 2011²⁴⁹. Pueden destacarse igualmente el “caso Megan” en EE.UU, el de Sarah Payne en Reino Unido y el caso Dutroix en Bélgica, todos ellos ocurridos también en la década de los 90 del s. XX²⁵⁰.

La reintroducción de la prisión permanente revisable tiene mucho que ver con este fenómeno de progresiva influencia de estos agentes de control social informal. El impacto mediático y emocional de casos como el de Mari Luz Cortés, Marta del Castillo y Diana Quer entre otros²⁵¹, que tienen en común la juventud y género de niñas y adolescentes asesinadas en un contexto sexual, genera un sentimiento de empatía con los familiares de las víctimas, la necesidad de ofrecerles comprensión y consuelo y un lógico deseo de “hacer justicia”. En relación con estos casos se comenzaron campañas para la instauración de la cadena perpetua, que consistieron en la recogida de firmas y en la realización de sucesivas encuestas y sondeos de opinión²⁵².

Siguiendo en este punto la dinámica de la legislación penal tal y como la analiza Díez RIPOLLÉS²⁵³, son estos los primeros momentos de la fase prelegislativa, que daría lugar a la primera propuesta de reintroducción de la pena de cadena perpetua en España. Como afirma el autor citado²⁵⁴, una vez en “la agenda temática social”, la idea se generaliza y difunde en la sociedad mediante dos estrategias: “La primera es su estabilización cognitiva, es decir, una cierta resistencia a desaparecer de la agenda social. La segunda es su capacidad de involucración emocional de la población”. Parece innegable que la reintroducción de la prisión permanente revisable cumple sobradamente ambos requisitos, convirtiéndose, además, en un claro ejemplo de populismo punitivo²⁵⁵.

²⁴⁹ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E (2012); “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, *RGDP*, núm.18, pp. 24 y ss.

²⁵⁰ Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ (2010), pp. 85 y s.

²⁵¹ Cfr. ANTÓN-MELLÓN/ÁLVAREZ/ROTHSTEIN (2017), p. 17. En concreto sobre la influencia de los casos mediáticos, con varios ejemplos. Con anterioridad también en ANTÓN MELLÓN, J/ÁLVAREZ, G/ROTHSTEIN, PA (2015), “Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 9, marzo, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, pp. 32-61, *passim*. Sobre la influencia de estos casos en la introducción de la prisión permanente revisable, también FERNÁNDEZ GARCÍA, G. (2019b); “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo”, *Misión Jurídica. Revista de derecho y ciencias sociales*, nº 16, pp. 163-195, pp. 166-170.

²⁵² Para un análisis de las encuestas que suelen emplearse para afirmar la amplia aceptación de esta pena por parte de la opinión pública, *vid.* ARROYO ALFONSO (2024), pp. 162-170.

²⁵³ Cfr. Díez RIPOLLÉS, J.L. (2003); *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, pp. 17-65, especialmente pp. 18 y s.

²⁵⁴ Díez RIPOLLÉS (2003), p. 23.

²⁵⁵ *Vid.*, por todos, PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (2022); “Retóricas populistas en política criminal”, en Oliver-Lalana (Edit), *Debatiendo leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*, Dykinson, Madrid, pp. 373-416, pp. 399-404.

En definitiva, la influencia de los medios sería directa, pues generan un miedo al delito en el ciudadano que acaba reclamando más seguridad²⁵⁶. Desde esa perspectiva es fácil reivindicar la inocuización del delincuente peligroso²⁵⁷, puesto que al no valorar los aspectos estructurales que influyen o incluso determinan su comportamiento, el individuo se hace culpable de su propia desviación. Si él es el problema, la solución reside en neutralizarlo. A esta tendencia parece responder la prisión permanente revisable, introducida por la LO 1/2015.

1.4. DE LA CRÍTICA GENERALIZADA A LA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

España no ha seguido en este aspecto la evolución de otros países europeos, pues la cadena perpetua desapareció en el CP de 1928²⁵⁸ y no se recuperó para sustituir a la pena de muerte con su abolición en 1978²⁵⁹. Por eso su reintroducción, una vez superados los peores años del terrorismo y en un momento histórico de tan escasa incidencia de la delincuencia de sangre, ha generado tanta oposición doctrinal.

Probablemente la incorporación de la prisión permanente revisable al acervo punitivo español no sea más que el último —y definitivo paso— en la transformación del sistema de penas que se ha estado produciendo desde su diseño original en el Código Penal de 1995. En la tendencia hacia el derecho penal enfocado en la seguridad y en la inocuización del delincuente, solo quedaba por subir este peldaño, desechada, al menos por ahora, la introducción de la custodia de seguridad²⁶⁰. Junto a los autorizados argumentos empleados por la doctrina contra la introducción de esta pena, también se ha señalado que el endurecimiento de las consecuencias jurídicas es expresión del derecho penal del enemigo que se ha ido desarrollando desde finales del s. XX²⁶¹.

La consecuencia natural de esta focalización en el autor es la de relegar el hecho a la mera prueba de su peligrosidad. De esta forma, adquieren un protagonismo exagerado, por una parte, los móviles del autor y, por otra, la prevención especial negativa o inocuización del delincuente (neutralización del peligro).

²⁵⁶ Vid. Díez RIPOLLÉS (2003), pp. 27 y ss., acerca de la relación entre la formación de la opinión pública y los medios de comunicación.

²⁵⁷ Vid. GARCÍA ARÁN, M. (2008); “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.85 a 113, p. 89 y Díez RIPOLLÉS, J.L (2004); “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Jueces para la Democracia*, 2004, pp. 25 a 42, pp. 25 y s, publicado también en *RECPC* 06-03 (2004).

²⁵⁸ Vid. Cap. I.2.4.

²⁵⁹ Con anterioridad a la CE existió un proyecto para sustituir la pena de muerte por la de reclusión mayor con la cláusula de que su duración sería de 40 años; vid. BOIX REIG, J. (1978); “Comentario al Proyecto de Ley sobre abolición de la pena de muerte en el Código Penal”, en *CPC*, núm. 5, pp. 207-212, *passim*.

²⁶⁰ Sobre la pretensión inicial, plasmada en el Anteproyecto de 2012, BORJA JIMÉNEZ (2012), *passim*; RÍOS MARTÍN, J.C. (2013); “La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013”, *RDPC*, Extraordinario, N° 1, Págs. 177-211, *passim*.

²⁶¹ Cfr. SÁNCHEZ BENÍTEZ (2020), *passim*.

Aunque en un principio se estableció el punto de referencia de la prisión permanente revisable en el asesinato terrorista, era de esperar que el efecto de exasperación punitiva alcanzara a más delitos y que acabara filtrándose a todo el sistema penal²⁶². No puede negarse que los supuestos para los que está prevista la PPR son de una gravedad extrema²⁶³, pero queda por ver si la forma de ejecución de esta pena cumple con unas mínimas garantías de seguridad jurídica y de posibilidades de resocialización para el penado.

En este sentido, al estar prevista como *pena única*, su imposición deviene obligatoria, pues solo admite la aplicación de las reglas que atenúen la pena en uno o dos grados, por la vía del art. 70.4 CP. Esta dificultad ha sido puesta de manifiesto en el voto particular formulado por los magistrados DEL MORAL y PALOMO DEL ARCO a la STS 418/2020, de 21 de julio (ponente: Marchena Gómez) criticando duramente que la PPR se haya configurado como pena única, en un marco cerrado, “por ser refractaria a cualquier graduación: opera como un agujero negro”. Además, como afirma TAMARIT SUMALLA, de esta forma se “contradice la pretensión, anunciada en la Exposición de Motivos, de que quede reservada a supuestos de excepcional gravedad”²⁶⁴.

Pese a su previsión como pena única, la ejecución penitenciaria de la PPR es diferenciada según los casos, pues el régimen general se endurece severamente para los delitos de terrorismo (arts. 36.1 y 92.2 CP) y para los casos de concurso de delitos (art. 78 bis CP), llegándose a exigir un plazo mínimo de 25 años de cumplimiento -que en algunos casos llega a los 35- para solicitar por primera vez el acceso a la libertad condicional.

El mismo día de su entrada en vigor se interpuso un recurso de inconstitucionalidad por parte del Grupo socialista y de numerosos diputados de otros partidos. El recurso se basaba en el dictamen realizado por LASCURAÍN SÁNCHEZ, PÉREZ MANZANO, ALCÁZER GUIRAO, ARROYO ZAPATERO, DE LEÓN VILLALBA y MARTÍNEZ GARAY, siendo posteriormente firmado por más de 60 Catedráticos de Derecho Penal²⁶⁵. Se le achaca la conculcación de los siguientes preceptos constitucionales: principio de humanidad de

²⁶² Advirtieron de este efecto, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B. (2010); “La cadena perpetua”, *El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 12, p.31; CANCIO MELIÁ, M. (2013); “La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, Nº 8175, pp. 7 y s.; PEÑARANDA RAMOS (2013), p. 49.

²⁶³ Asesinato de los arts. 139 y 140 CP; homicidio del Rey, Reina, Príncipe o Princesa de Asturias (art. 485.1); homicidio de Jefe de un Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España (art. 605.1); genocidio cuando el autor perpetra un homicidio (art. 607.1.1º), o una agresión sexual o alguna de las lesiones del art. 149 CP (art. 607.1.2º); lesa humanidad del art. 607 bis 1 cuando el autor perpetra un homicidio (art. 607 bis 2. 1º) y el homicidio o asesinato terrorista (art. 573 bis.1.1ª CP (por LO 2/2015, de 30 de marzo)

²⁶⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M. (2015); “La prisión permanente revisable”, en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, pp. 96 y s.

²⁶⁵ LASCURAÍN/PÉREZ/ALCÁZER/ARROYO/DE LEÓN/MARTÍNEZ (2016), “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en ARROYO/PÉREZ/LASCURAÍN (Edit), RODRÍGUEZ (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Estudios de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 17-75. Debe destacarse también la iniciativa del Grupo de Estudios de Política Criminal en 2018, en forma de manifiesto contra la cadena perpetua, firmado por 200 profesionales entre profesores, jueces y fiscales, disponible en www.elpais.com/política/2018/02/10/actualidad/1518218133_810497.html

las penas (art. 15)²⁶⁶, derecho a la libertad (art. 17), principio de legalidad (art. 25.1) por contravenir el mandato de determinación o certeza²⁶⁷, principio de resocialización (art. 25.2)²⁶⁸, principio de igualdad (art. 14)²⁶⁹ y por contradecir los principios de culpabilidad y de proporcionalidad²⁷⁰.

Tras varios años de espera, el Tribunal Constitucional, en Sentencia del pleno 169/2021, de 6 de octubre, con siete votos a favor y tres en contra, declaró la PPR acorde con la Constitución. La sentencia ha sido criticada por su escasa argumentación, entre otras cuestiones²⁷¹.

El aspecto más preocupante de la PPR, la dificultad de conciliación con la resocialización del condenado debido a los largos plazos de cumplimiento mínimo, ha sido obviado por el Tribunal Constitucional, que se ha limitado a dar unas orientaciones interpretativas relativas a la libertad condicional sin entrar a examinar si la regulación favorece o no el derecho a la reinserción que tiene el penado²⁷². En efecto, como ha señalado la doctrina, los instrumentos de resocialización se están empleando para una pena indeterminada, de manera que se “trastoca todo el sistema de ejecución hasta hacerlo inoperante ... sin conseguir que efectivamente la prisión permanente pueda considerarse una condena en todo caso determinada”²⁷³.

En relación con los (pocos) pormenores establecidos para la ejecución de la pena de prisión permanente revisable²⁷⁴, la doctrina ha criticado fundamentalmente las enormes dificultades que entrañará lograr el informe favorable de reinserción social, a la vista de los criterios elegidos para ello, que más parecen ir referidos a una medida de seguridad dirigida a conjurar a sujetos peligrosos, que al cumplimiento de una pena.

²⁶⁶ Cfr. LASCURAÍN/PÉREZ/ALCÁCEER/ARROYO/DE LEÓN/MARTÍNEZ (2016), pp. 28-32, especialmente p. 29.

²⁶⁷ Cfr. LASCURAÍN/PÉREZ/ALCÁCEER/ARROYO/DE LEÓN/MARTÍNEZ (2016), pp. 49-60.

²⁶⁸ LASCURAÍN/PÉREZ/ALCÁCEER/ARROYO/DE LEÓN/MARTÍNEZ (2016), p. 63.

²⁶⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, F. (2024); “Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”, *Revista Penal*, núm. 54, pp. 169-177, p. 174.

²⁷⁰ Cfr. LASCURAÍN/PÉREZ/ALCÁCEER/ARROYO/DE LEÓN/MARTÍNEZ (2016), pp. 42-49, especialmente p. 42; también SOLAR CALVO, P. (2018); “¿Es el tratamiento penitenciario voluntario? Valoración de la cuestión a la luz de la prisión permanente revisable”, *ADPCP*, VOL. LXXI, pp. 307-345, p. 327.

²⁷¹ *Vid.* CASALS FERNÁNDEZ, A. (2021); «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable», *La Ley*, núm. 153, *passim*; COLOMO IRAOLA, H (2022); “La pena interminable: una reflexión crítica sobre la prisión permanente revisable a propósito de la STC 169/2021, de 6 de octubre”, *RDPC*, nº 28, pp. 13-57, *passim*; LEÓN ALAPONT, J (2024); “Delitos a los que se aplica la prisión permanente revisable: estado de la cuestión, críticas y una propuesta de reforma”, en *Revista Penal*, núm. 54, pp. 97-117, pp. 98-101.

²⁷² Como señala el voto particular, *vid.* ATIENZA/JUANATEY DORADO (2022); “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable”, *Diario La Ley*, Nº 10017, 24 de Febrero de 2022, p. 7.

²⁷³ SOLAR CALVO, P (2022); “Revisando la prisión permanente revisable. ¿De verdad que es constitucional?”, *ADPCP*, VOL. LXXV pp. 557-588, pp. 574-579.

²⁷⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE (2019), p.7, crítica la dejadez del legislador, que no ha previsto la ejecución penitenciaria de la PPR, denunciando que “a día de hoy, los condenados a esta pena están cumpliendo con un modelo de ejecución pensado en 1979 para penas determinadas”.

Prácticamente toda la doctrina considera que los periodos mínimos de cumplimiento difícilmente van a permitir la resocialización, pues en torno a los 15 años de privación de libertad se produce la “prisionización” del condenado, con efectos devastadores sobre su personalidad y su capacidad para llevar una vida en sociedad al salir de la prisión²⁷⁵. Se ha señalado que “la prisionización conlleva desocialización”²⁷⁶ y se cae en la paradoja tantas veces denunciada, de pretender socializar a una persona apartándola de la sociedad²⁷⁷.

Además, como ha señalado ROIG TORRES²⁷⁸, al exigir el art. 92.1 c) CP que el tribunal considere la personalidad del penado para realizar el pronóstico de reinserción social —aspecto ya valorado para la individualización del tratamiento penitenciario ex art. 62 LOGP— se está incurriendo en una confusión, puesto que si bien es importante conocer la personalidad del penado para dirigir las actividades que le ayudarán en su reinserción social, no lo es sin embargo, hacer depender de ella su liberación. En su opinión, esto hace que se trate de “una opción más propia de un derecho penal de autor, donde los rasgos personales del responsable influyen en la medida de la pena, sin vincularla únicamente a la gravedad del hecho y de la culpabilidad”.

A todas estas críticas hay que sumar una no menos importante: el juicio de peligrosidad, la llave que permitiría la obtención de la libertad condicional, no es ni mucho menos infalible, destacándose su alto número de falsos positivos²⁷⁹, dada la escasa fiabilidad de los factores que deben valorarse. Cabe la posibilidad de que *todos* los condenados a esta pena sean considerados, de entrada, como peligrosos, lo que dificultará aún más el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a la libertad condicional²⁸⁰. Si a ello añadimos la falta de tratamientos especialmente diseñados para internos condenados a PPR²⁸¹, se hace aún más probable que esta

²⁷⁵ Vid. ROIG TORRES, M (2018); “El pronóstico de reinserción social en la prisión permanente revisable”, *InDret* 1/2018, p. 20. Sobre la forma en que el propio sistema carcelario provoca la destrucción de la personalidad de los internos, Cervelló Donderis, V (2015); *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 19.

²⁷⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A (2013); “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, *RDPC*, 3ª Época, nº X, pp. 65-114, p. 97; *vid.* también, SOLAR CALVO (2018), p. 338.

²⁷⁷ Sobre ello SOLAR CALVO (2018), pp. 314 y ss. La autora denuncia que la confusión entre adaptación al régimen y éxito del tratamiento beneficia al penado más prisionizado.

²⁷⁸ ROIG TORRES (2018), p. 18.

²⁷⁹ Cfr. LASCURAÍN/PÉREZ/ALCÁCER/ARROYO/DE LEÓN/MARTÍNEZ (2016), pp. 52 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, C (2018); “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, *RECPC* 20-30, pp. 1-49, p. 34; ampliamente, MARTÍNEZ GARAY, L (2016), “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, en ARROYO/PÉREZ/LASCURAÍN (Edit), RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.) (2016), *Contra la cadena perpetua*, Estudios de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 139-162, p. 140.

²⁸⁰ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO (2016), p. 77.

²⁸¹ Detalladamente sobre este problema, SOLAR CALVO (2018), pp. 332 y ss; DE LEÓN VILLALBA, F.J. (2016); “Prisión permanente revisable y derechos humanos”, en ARROYO/PÉREZ/LASCURAÍN (Edit), RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.) (2016), *Contra la cadena perpetua*, Estudios de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 91-113, p. 91.

pena acabe siendo, de facto, una pena a perpetuidad. Para evitarlo, se ha propuesto aplicar el mismo límite de cumplimiento que a la pena de prisión, es decir, 40 años, conforme al artículo 76.1 CP²⁸².

Ante esta regulación, se despierta la sospecha de que la pena de prisión permanente revisable, más que por la culpabilidad del autor, se ha establecido para neutralizar su peligrosidad. Es decir, que responde principalmente a criterios político-criminales defensistas. En este sentido, CASALS FERNÁNDEZ²⁸³ afirma sin ambages que el legislador español se aparta del garantismo para incluir una pena que responde a los parámetros del derecho penal del enemigo.

Por último, debe señalarse que la regulación de la prisión permanente revisable está incompleta, pues el legislador no ha establecido el marco legal para la ejecución de la medida de seguridad privativa de libertad que podría imponerse al declarado inimputable de un delito condenado a esta pena. Como afirma RODRÍGUEZ YAGÜE, con este “olvido” el legislador ha abierto la puerta también a las medidas de seguridad privativas de libertad indeterminadas²⁸⁴.

Pese a la oposición prácticamente unánime de la doctrina penal, todo hace presagiar que a la prisión permanente revisable le espera un largo futuro en España²⁸⁵. La declaración de constitucionalidad efectuada por la STC 169/2021, de 6 de octubre ha despejado las dudas sobre su posible derogación²⁸⁶.

Por el momento ya se han producido varias iniciativas para ampliar los supuestos de aplicación de la PPR. La “Proposición de Ley Orgánica relativa a la ampliación de la prisión permanente revisable” presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y publicada el 11 de enero de 2019²⁸⁷, pretendía la incorporación al art. 140

²⁸² CUELLO/MAPELLI (2015), p. 269.

²⁸³ CASALS FERNÁNDEZ, A (2019); “La ejecución penitenciaria de la pena de prisión permanente revisable”, *ADPCP*, VOL. LXXII, pp., 669-699, pp. 696 y s.

²⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE (2019), p. 5. *Vid.* también en LÓPEZ PEREGRÍN (2018), p. 21, la referencia a la SAP de Valencia 73/2017, de 8 de febrero, que impuso una “pena (sic) de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable” en un caso de asesinato del art. 140 con eximente completa, igualmente SIERRA LÓPEZ, M.V (2021); “La medida de ‘internamiento permanente revisable’: una consecuencia de la prisión permanente revisable en el ámbito de las medidas de seguridad”, *RECPC* 23-11, pp. 20 y s.

²⁸⁵ VAN ZYL SMIT/RODRÍGUEZ YAGÜE (2019), p. 16, se mostraban poco optimistas respecto de su desaparición. En sentido similar, RODRÍGUEZ YAGÜE (2019), p.6; MAPELLI CAFFARENA, B. (2023); “Política criminal y prisión permanente revisable”, en MUÑOZ SÁNCHEZ/GARCÍA PÉREZ/CEREZO DOMÍNGUEZ/GARCÍA ESPAÑA (Dir.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje Al Profesor José Luis Díez Ripollés*, pp.1087-1106, p. 1101.

²⁸⁶ *Vid.* un análisis muy crítico de esta sentencia en ROIG TORRES, M (2024); “La regulación de la prisión permanente revisable a debate tras la última jurisprudencia del TEDH”, en *Revista Penal* núm. 54, pp. 216-237, pp. 221 y ss. y en PENA GONZÁLEZ, W (2024); “La pena de prisión permanente revisable como pena proporcionada, taxativa y no contraria a la resocialización: Comentario a la STC 169/2021, de 6 de octubre”, en *Revista Penal* núm. 54, pp. 363-366, *passim*.

²⁸⁷ 122/000315 Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la ampliación de los supuestos de prisión permanente revisable (congreso.es)

CP estos dos supuestos: “*que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o detención ilegal o de secuestro, que el autor hubiera cometido sobre la víctima*” y “*que al delito le hubieran seguido actos de ocultación o destrucción del cadáver para dificultar la investigación por parte de la autoridad o de sus agentes*”.

Pocos meses más tarde, el Grupo Parlamentario Popular presenta en el Senado la “Proposición de Ley Orgánica relativa a la ampliación de la prisión permanente revisable”, publicada el 24 de julio de 2019²⁸⁸. En esta ocasión, se contempla la ampliación de esta pena a 15 nuevos supuestos: además de los anteriores, se incluyen también los asesinatos producidos por incendios, estragos o liberación de energía nuclear o elementos radioactivos, asesinato después de secuestro; violaciones en serie y violación a un menor tras privarlo de libertad o torturarlo, entre otros.

La última iniciativa, de momento, se ha plasmado en la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentada en el Congreso por los Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso, Ciudadanos y Mixto y publicada el 27 de diciembre de 2021²⁸⁹. En esta ocasión se limita a los supuestos de reincidencia (“*que el autor hubiere sido condenado con anterioridad como reo de asesinato*”) y de asesinato con ocultación del cadáver (“*que el autor hubiere hecho desaparecer el cadáver de la víctima o no diere razón de su paradero*”). Debe destacarse el progresivo apoyo de los partidos políticos que en un primer momento se opusieron a su reintroducción²⁹⁰.

Ese parece ser el efecto *natural* de la prisión permanente revisable en el sistema penal. Una vez establecida, resulta muy difícil eliminarla de nuevo. En España esto fue posible porque el CP de 1928 contemplaba la pena de muerte y se logró no incluirla tras su abolición en 1978 gracias al convenio generalizado que reinaba en aquel momento respecto de su inconstitucionalidad.

La doctrina ha señalado con carácter general que, a luz del escaso índice de delincuencia que representan los delitos seleccionados para su imposición y, dadas las largas penas de prisión (de hasta 40 años) con que puede responderse a la comisión de esos delitos en caso de concurso, la introducción de la PPR era innecesaria²⁹¹, por lo que, en general, se considera que adolece de una justificación de política criminal que sustente semejante decisión. Todo apunta a que la reforma de los delitos de homicidio y

²⁸⁸ https://www.senado.es/legis13/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_13_15_367.PDF

²⁸⁹ 122/000189 Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (congreso.es). En sentido crítico sobre esta Proposición, CARBONELL MATEU, J.C. (2022b); “Homicidio y sus formas (II): asesinato” en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord), *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 69-84, p. 82; también COLOMO IRAOLA (2022), pp. 48-52.

²⁹⁰ Vid. BARQUÍN SANZ, J. (2018); “Retos de la justicia penal: avance de un diagnóstico”, en SUÁREZ LÓPEZ *et al* (Coord)/ *Estudios jurídico-penales y criminológicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. HC. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Vol. I., pp. 27-52, pp. 50 y s., sobre la proposición de ley que el PNV presentó en 2016 y el cambio de opinión de algunos partidos.

²⁹¹ Prácticamente toda la doctrina ha incidido en su absoluta innecesariedad, ver por todos, RODRÍGUEZ YAGÜE (2019), p. 1.

asesinato ha sido un efecto secundario a la decisión prioritaria de incorporar la prisión permanente revisable al acervo punitivo español²⁹². La doctrina se ha pronunciado sobre el particular con contundencia y, en ocasiones no sin cierta indignación²⁹³. PEÑARANDA destaca la “apelación emotiva, demagógica y peligrosa al sentimiento popular de justicia supuestamente desatendido hasta ahora por nuestro sistema legal” que hace el Preámbulo de la LO 1/2015, señalando la semejanza con el legislador nacionalsocialista de 1941 y con las voces que reclaman la necesidad de reforma en Alemania²⁹⁴.

En Alemania, cuya prisión de por vida es también pena única, se debate desde hace años su eliminación o, al menos, la apertura del marco penal con una pena temporal alternativa²⁹⁵, para que los tribunales no se vean en la tesitura de calificar por asesinato y aplicar la prisión de por vida en situaciones de claro conflicto entre autor y víctima. Pero si hace 30 años la opinión mayoritaria era proclive a prescindir de esta pena, en la actualidad la tendencia es justamente la contraria, pues más bien se aboga por su mantenimiento. En un país en el que la primera revisión de la prisión de por vida se establece a los 15 años de cumplimiento, en el que su Tribunal Constitucional en su influyente sentencia de 1979 establece que la posibilidad de salir en libertad debe ser “real” y que cuenta con una media de cumplimiento de esta pena situada en 19 años²⁹⁶, se contempla con preocupación cualquier propuesta de supresión de esta pena porque se teme perder el efecto simbólico que la acompaña.

No obstante, la prisión de por vida encuentra un decidido respaldo en un amplio sector de la doctrina alemana, que se apoya en su función simbólica como sustituta de la pena de muerte y en la satisfacción de las expectativas sociales de retribución, es decir, de cara a la opinión pública²⁹⁷. Sobre la base de su simbolismo se justifi-

²⁹² En este sentido, PEÑARANDA RAMOS (2013), p. 491; ALONSO ÁLAMO, M (2015b); “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, *CPC* n.º. 117, pp. 5 a 49; SANZ MORÁN, A.J. (2016); “La reforma de los delitos contra la vida”, en MAQUEDA/MARTÍN/VENTURA (Coord.), *Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios Penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid pp. 821-838, p. 823.

²⁹³ Con referencia a la fase prelegislativa ya PEÑARANDA RAMOS (2013), p. 500. Por su parte, SANZ MORÁN (2016), p. 832: “merece absoluto rechazo que una modificación tan radical de los delitos contra la vida se aborde de manera tan repentina” También es muy crítico con el proceso de reforma, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2015); “Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología”, *Teoría & Derecho*, n.º 17, pp. 168-177, pp. 170 y ss.

²⁹⁴ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E (2016); “Los delitos de homicidio y asesinato tras la Reforma de 2015 del Código Penal”, en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 1257-1281, pp. 1259 y s.

²⁹⁵ Esta es una característica muy criticada de la legislación alemana, *vid.*, GRÜNEWALD (2010), p. 11. La doctrina mayoritaria aboga por la apertura del marco penal, *vid.*, por todos, SALIGER, F. (2015); “Grundfragen einer Reform der Tötungsdelikte”, *ZIS* 12/2015, pp. 600 a 604, p. 602.

²⁹⁶ Sobre los pormenores en la ejecución de esta pena en Alemania puede consultarse ROIG TORRES (2024), pp. 219 y ss.

²⁹⁷ En este sentido destaca SCHNEIDER, H. (2009); “Das systematische Verhältnis von Mord und Totschlag und die Reform der Tötungsdelikte –ein Kurzstatement“, en JAHN/NACK (Edrs) *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog am 19. Juni 2009*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, pp.44-60, p. 55, que defiende la consideración

ca también por un sector doctrinal la resistencia a sustituir esta pena por un marco temporal, incluso de la misma duración efectiva²⁹⁸. También se alega que su eliminación podría tener un efecto *atenuante* en todo el sistema penal. En este sentido se ha pronunciado recientemente RISSING-VAN SAAN: “la abolición de la prisión de por vida conduciría —así es temido por muchos— a una reducción de las penas en su conjunto”²⁹⁹.

Se trata de un cambio de tendencia, habida cuenta de que en 1992 unos 150 expertos firmaron un manifiesto contra la cadena perpetua, incluyendo algunos que ahora aceptan su mantenimiento por razones de pragmatismo, a la vista del punitivismo actual, alentado por los medios de comunicación³⁰⁰. Hoy en día, no solo los políticos conservadores se niegan a suprimir esta pena (expresamente la *Unionsfraktion* a finales de marzo de 2016), sino que ni siquiera ya los Verdes (*die Grünen*) se mantienen en la actualidad en la exigencia de abolición que plantearon en 1998³⁰¹. Me parece muy significativo que en el *Strafrechtsdialog* celebrado en Karlsruhe en 2009, se llegara a argumentar contra la apertura del marco penal del asesinato sobre la base del titular que sacaría el periódico sensacionalista *Bild* (que por cierto es el de mayor tirada en Alemania) al respecto, como expresión clara del rechazo popular que causaría la posibilidad de apreciar asesinato con una pena de corta duración³⁰².

psicológico-social y ético jurídica que esta pena tiene para el derecho penal, por lo que su desaparición podría parecer una debilitación del bien jurídico vida.

²⁹⁸ Vid. *Abschlussbericht* (2015), pp. 53 y s.

²⁹⁹ RISSING-VAN SAAN, R (2019); Vor §§ 211 ff, en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (ed), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (LK), Großkommentar*, 12 ed., Siebenter Band, 1. Teilband, §§ 211 bis 231, pp. 1-16, p. 16.

³⁰⁰ Así, expresamente, KREUZER, A (2010); “Notwendigkeit der Reform des Tötungsstrafrechts und der “AE Leben”, en DÖLLING/GÖTTING/MEIER/VERREL, *Verbrechen-Strafe-Resozialisierung. Festschrift für Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010*, pp. 495-510, en <http://www.arthurkreuzer.de/FS-Schoech-2010.pdf>, con la numeración 1-11, (8); también HAAS, V. (2016); “Zur Notwendigkeit einer Reform der Tötungsdelikte. Zugleich eine kritische Würdigung des Abschlussberichts der Expertengruppe“, *ZStW*, 128 (2), pp. 316-369, p. 348 y KINZIG, J. (2014), “Die Zukunft der lebenslangen Freiheitsstrafe”, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-13, 57a StGB)*, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, 2015, pp. 529-591, p. 576, que no la considera peor que las largas penas temporales previstas en otros países.

³⁰¹ Cfr. KREUZER, A. (2016); “Zur anstehenden Neuregelung der Tötungsdelikte. Erwartungen zwischen Jahrhundertreform und bloßer Kosmetik”, *Neue Kriminalpolitik (Monika Frommel zum 70. Geburtstag)*, Vol. 28, No 3, pp. 307-321, pp. 312 y s.

³⁰² En concreto, el comentario procede de HIRSCH, recogido por PINTASKE/SITZER (2010); “Die Erarbeitung gemeinsamer Grundlagen zum systematischen Verhältnis von Mord und Totschlag und zur Reform der Tötungsdelikte“, en Jahn/Nack (Edrs) *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog am 19. Juni 2009*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, pp. 61-67, p. 62. Se trataba de un reproche hacia el *AE-Leben* de 2008, debido a la amplitud del marco penal que prevé. El autor pronosticaba el siguiente titular en el *Bild*: “Nueva reforma del StGB – 5 años de prisión para el asesinato”.

También se aprecia una evolución más favorable a la prisión perpetua por parte del TEDH. En el fallo del caso *Hutchinson vs. Reino Unido*, de 17 de enero de 2017, la Gran Sala del TEDH acababa aceptando que el derecho inglés podía considerarse compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, contradiciendo una sentencia anterior. En el caso *Vinter y otros vs. Reino Unido*, 9 de julio de 2013, se afirmó que en Inglaterra no existía ninguna posibilidad de puesta en libertad para los condenados a pena de cadena perpetua permanente (*Whole Life Order*), pues los motivos humanitarios no podían suponer, para el condenado, una expectativa real de ser liberado³⁰³. Aquella sentencia dio lugar a unas lamentables declaraciones del ministro de Justicia del momento (que por cierto es quien tiene potestad para decidir la puesta en libertad en estos casos) al sensacionalista diario *The Sun*, en las que afirmaba que “era justo que aquellos que cometen los crímenes más atroces pasen el resto de su vida entre rejas”³⁰⁴.

Frente a esta interpretación tan flexible de la legislación británica, la STEDH de 28 de octubre de 2021, sobre el caso *Bancsök y László Magyar contra Hungría*, la Corte establece que el plazo de revisión de 40 años es excesivo y vulnera el art. 3 CEDH, que prohíbe las penas inhumanas o degradantes. Como afirma ROIG TORRES, todo parece indicar que los 35 años previstos en la regulación española son contrarios al Convenio³⁰⁵.

La deriva punitiva no es, desde luego, un problema autóctono de España, pero sí que sorprende la aceleración que ha adquirido este fenómeno en los últimos 15 años y no puede dejar de insistirse en que nuestro sistema penal contaba ya con suficientes penas (largas) y recursos para expresar el reproche a estas gravísimas conductas.

En cualquier caso, una vez reinstaurada la prisión permanente revisable, los esfuerzos deben ir dirigidos a limitar las posibilidades de su aplicación, de manera que queden reducidas a los casos más graves³⁰⁶. En este sentido, me parece imprescindible eliminar su previsión como pena única, especialmente en el asesinato. Por otro lado, también es importante optar por interpretaciones de los tipos penales que se aparten lo más posible de la acentuación de los elementos subjetivos y de la imagen peligrosista del autor, que parecen justificar esta pena en necesidades inocuizadoras.

³⁰³ Sobre esta cuestión, ROIG TORRES, M. (2013); “La cadena perpetua: Los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La prisión «permanente revisable» a examen”, *CPC* n° 111, pp. 97-144, *passim*; VAN ZYL SMIT/RODRÍGUEZ YAGÜE (2019), pp. 5-12; GARCÍA PÉREZ, O (2018); “La legitimidad de la prisión permanente revisable a la vista del estándar europeo y nacional”, *EPCr*, vol. XXXVIII, pp. 409-459, <http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.5512>, p. 432 y ss.

³⁰⁴ VAN ZYL SMIT/RODRÍGUEZ YAGÜE (2019), p. 10, en la que continúan: “Este tipo de declaraciones no estaban sino haciéndose eco de la posición de los jueces de primera instancia que en los últimos meses habían estado diciéndoles a los condenados a este tipo de penas de cadena perpetua permanente, con una sinceridad brutal, que morirían en prisión”.

³⁰⁵ *Vid.* ROIG TORRES (2024), pp. 216-237, pp. 218 y s.

³⁰⁶ MAPELLI CAFFARENA (2023), p. 1105, propone que la PPR se reserve para aquellos sujetos que, además de cometer un delito castigado con esta pena, sufran alguna patología psíquica que elevara considerablemente el riesgo de reincidencia.

2. El impacto de la prisión permanente revisable en los delitos contra la vida: la nueva configuración sistemática de homicidio y asesinato

VON LISZT afirmaba que el asesinato debía su existencia a la pena de muerte. Adaptada a la cadena perpetua por ARZT, esta afirmación se ha convertido prácticamente en un lugar común de los estudios sobre este delito:

“No necesitamos la pena de prisión de por vida porque existan casos especialmente graves de homicidio, sino al contrario: porque tenemos la pena de prisión de por vida, necesitamos un ámbito de aplicación para ella y por eso casos especialmente graves de homicidio”³⁰⁷.

Con anterioridad SCHRÖDER³⁰⁸ había señalado que, desaparecida la pena de muerte, la persistencia de un tipo de asesinato solo tiene sentido si se prevé para este último la pena de prisión de por vida. En realidad, la distinción asesinato/homicidio no depende necesariamente de la existencia de una pena cargada de especial simbolismo y la regulación de estos delitos en el CP de 1995 es buena muestra de ello³⁰⁹.

Sin embargo, la regla señalada por ARZT parece haberse cumplido finalmente también en España, a la luz de los antecedentes prelegislativos que precedieron a la LO 1/2015³¹⁰, que han llevado a la doctrina a afirmar que primero se tomó la decisión de reintroducir la prisión permanente revisable y después, en consecuencia, se modificó el asesinato para ampliar sus presupuestos y establecer circunstancias agravantes específicas³¹¹.

La doctrina ha señalado que esta pena no es solo objetable en sí misma, sino que también ha provocado la redacción casuística de estos delitos, orientada a casos determinados y no suficientemente reflexionada³¹². Comparto la crítica, puesto que un giro de tal calibre en un delito tan significativo habría requerido de una técnica legislativa más depurada. La previsión de agravaciones sobre supuestos agravados complica innecesariamente la aplicación de estos delitos y quiebra la tendencia simplificadora que se había venido observando desde los primeros esfuerzos codificadores.

³⁰⁷ ARZT (1971), p. 11. En España se hizo eco Torío López (1983), p. 95.

³⁰⁸ SCHRÖDER (1952), *SJZ*, pp. 560-569, pp. 565 *in fine* y s.

³⁰⁹ PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 70.

³¹⁰ *Vid.* Cap.III.1.4

³¹¹ Tras la reforma operada por la LO 1/2015 se suele citar la frase de Arzt para criticar la ampliación del delito de asesinato realizada junto con la introducción de la pena de prisión permanente revisable. Así, entre otros, PEÑARANDA RAMOS (2013), p. 491; ALONSO ÁLAMO (2015b) y SANZ MORÁN (2016), p. 823.

³¹² En este sentido se ha manifestado prácticamente toda la doctrina. Entre otros, PEÑARANDA RAMOS (2013), pp. 491 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, J/VENTURA PÜSCHEL, A (2015); “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 Y 140 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 313 a 332, p. 321; ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 6 y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2015); “Del homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss.)”, en González Cussac, (Dir), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 465- 486, p. 465.

La vida humana es el bien jurídico de mayor valor, por lo que se prevé para su lesión la pena más gravosa prevista en el ordenamiento. Esta pena máxima sirve, además, de referencia del principio de proporcionalidad en relación con la amenaza de pena por la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos. En otras palabras, la regulación de los delitos dolosos contra la vida debería ser el ejemplo a seguir en la tipificación del resto de delitos³¹³, pero mucho me temo que ahora se ha convertido en el modelo a evitar. Si esto es así en un delito referencial, situado en el núcleo esencial del derecho penal clásico, en torno al cual se ha ido creando el sistema del hecho punible y que suele servir de banco de pruebas de cualquier teoría, asusta pensar en lo que sucede respecto de delitos de nueva incorporación destinados a intervenir en realidades menos conocidas³¹⁴.

También es frecuente señalar que la introducción de nuevos casos y de la prisión permanente revisable se ha inspirado en otras legislaciones, haciendo especial referencia a la alemana. Aparte de la cuestión político criminal, sobre la pertinencia de estos nuevos supuestos en nuestra realidad jurídica, el objeto de crítica en este momento es el impacto de un sistema ajeno que se encaja sin tener en cuenta las peculiaridades del propio, que contiene circunstancias genéricas y específicas³¹⁵ y que desde el CP de 1848 no contemplaba un marco penal cerrado como el que impone el nuevo art. 140³¹⁶.

En el presente epígrafe se ofrece una breve exposición de la nueva sistemática de estos delitos y se pone el acento sobre la compleja integración de las nuevas modalidades del asesinato recogidas en el art. 139.1.4ª CP y de las nuevas agravantes específicas.

2.1. LA SISTEMÁTICA MULTINIVEL DE LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y ASESINATO

2.1.1. *El tipo básico: homicidio (art. 138.1 CP)*

En la base del sistema se encuentra el delito de homicidio del art. 138.1 CP, bajo cuya sencilla redacción —*el que matare a otro*— se cobija una amplia variedad de supuestos

³¹³ TORÍO LÓPEZ, A (1998); “Delitos contra la vida en el Código Penal de 23-XI-1995”, en ASÚA BATARRITA (Coord), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco=Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, p. 105, destaca la importancia de los delitos contra la vida en el sistema penal, en atención a “su función simbólica y sistemática (...) La configuración de los delitos contra la vida se erige así en paradigma metódico de toda posible reforma”.

³¹⁴ En el mismo sentido GONZÁLEZ CUSSAC (2015), pp. 174 y s.: “si el nuevo Código Penal no logra ofrecer una mínima seguridad jurídica al definir las figuras clásicas de delitos contra bienes personalísimos, resulta estremecedor adentrarse en la descripción de conductas complejas en materia socioeconómica o de seguridad y riesgo.”; igualmente SANZ MORÁN, A.J. (2015); “La última reforma penal: los delitos contra la vida humana como paradigma”, *RdPP* nº 38, abril-junio, pp. 15 a 18, p. 18.

³¹⁵ ALONSO ÁLAMO (2015b), pp. 15 y ss. Como bien señala la autora, “es importante recordar que Códigos penales que posiblemente han servido de modelo al legislador español —como el alemán, el francés o el portugués— carecen de catálogos de circunstancias generales, lo que explica que el amplio elenco de circunstancias especiales”.

³¹⁶ El CP de 1870 abrió el marco penal de cadena temporal (de 12 años y 1 día a 20 años) a muerte.

sancionados con un marco penal de 10 a 15 años de prisión, junto a las penas accesorias (arts. 54 a 57) y la privación de la patria potestad, así como la posibilidad de imponer la libertad vigilada (art. 140 bis).

No se contemplan tipos privilegiados de homicidio en atención a una conducta lesiva previa de la víctima (provocación, agravio) ni por circunstancias vinculadas al autor. No obstante, tan solo con la presencia de circunstancias atenuantes genéricas (art. 21 CP) se posibilita un descenso de la pena hasta los dos años y seis meses, conforme a las reglas 2ª y 8ª del art. 66.1 CP. En cuanto a la conducta contemplada en el art. 143.4 CP, que para un sector doctrina configura un tipo privilegiado³¹⁷, desde mi punto de vista la voluntad del suicida se constituye en un elemento esencial que permite su diferenciación típica del homicidio³¹⁸.

Por otro lado, y pese a que la presencia de las circunstancias agravantes genéricas del art. 22 CP permite aplicar la pena superior en grado en su mitad inferior (art 66.1.4ª CP) e incluso en toda su extensión (art. 66.1.5ª CP), pudiendo llegar hasta los 22 años y seis meses de prisión, la actual regulación va incorporando diversas circunstancias específicas que configuran sucesivos niveles de agravación.

2.1.2. *El primer nivel de agravación: homicidio agravado (art. 138.2 CP)*

Este primer nivel de agravación —que no supone variación alguna del *nomen iuris*— viene constituido por las circunstancias agravantes específicas incorporadas al novedoso art. 138.2 CP que, con pésima técnica legislativa, se remite en parte al art. 140.1 CP, previsto para el asesinato. Dado que el homicidio del art. 138.1 CP constituye el tipo básico, habría sido más correcto incorporarlas al art. 138.2 a) CP. Estoy de acuerdo, por tanto, con CARBONELL MATEU en que resulta “insólito ... que se produzca en la regulación del tipo básico una remisión al agravado; una regla técnica elemental habría obligado a que fuera a la inversa”³¹⁹.

En concreto, las agravaciones específicas del homicidio por remisión del art. 138.2 a) al art.140.1 CP, son: 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*.

³¹⁷ Vid. NÚÑEZ PAZ, M.A. (1999); *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, p. 388; más recientemente, PEÑARANDA RAMOS, E (2024a); “Homicidio”, en MOLINA FERNÁNDEZ (edit), *Memento Penal 2025*, Lefebvre, ed. online, marg. 6902-7020, marg. 6903.

³¹⁸ Tan importante es el dominio del hecho por parte del suicida, que de no existir estaríamos probablemente ante un asesinato u homicidio e incluso, en algún supuesto, podríamos calificar de asesinato en autoría mediata; sobre esto último, MUÑOZ CONDE, F. (1987); “Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio”, *ADPCP*, 1987, pp. 301-317, *passim*.

³¹⁹ CARBONELL MATEU, J.C. (2022a); “Homicidio y sus formas (I): Homicidio”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 49-68, p. 58.

A estas hay que añadir la recogida en el art. 138.2 b) CP, solo aplicable al tipo básico de homicidio, que establece la misma agravación de la pena *cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550*.

El marco penal previsto para estos casos supone la aplicación de la pena superior en grado siempre que concurra alguno de los cuatro supuestos de agravación previstos. Es decir, de 15 años a 22 años y 6 meses, más sus correspondientes accesorias (arts. 54 a 57) y la privación de la patria potestad, así como la posibilidad de imponer la libertad vigilada (art. 140 bis)

La presencia de circunstancias genéricas dará lugar igualmente a la aplicación de las reglas del art. 66.1 antes comentadas. En definitiva, y solamente con el juego de las circunstancias genéricas y con limitación establecida en el art. 70. 3.1ª CP, el homicidio agravado por circunstancias específicas del art. 138.2 CP puede alcanzar los 30 años de prisión.

Este precepto plantea varios problemas de implementación, en la medida en que, siendo algo más que un homicidio con agravantes genéricas, no llega a ser un asesinato, si bien se le aproxima. Especialmente compleja resulta la delimitación de los supuestos de homicidio con abuso de superioridad de los casos de homicidio sobre menores de 16 años y personas vulnerables del art. 140.1.1ª CP, que configuran este primer nivel de agravación. No menos complicada es su diferenciación del asesinato con alevosía de pre-avalimiento. Sobre esta cuestión se volverá más adelante³²⁰.

Por otro lado, se han planteado también las dificultades para encontrar un ámbito propio de aplicación al homicidio subsiguiente a un delito sexual de los arts. 138.2 a) y 140.1.2ª CP, puesto que por lo general concurrirán alevosía y/o la finalidad de ocultar el delito previo, quedando este homicidio agravado prácticamente vacío de contenido³²¹.

También se prevé de escasa aplicación práctica al homicidio de agravante específica de pertenencia del autor a una organización o grupo criminal, si bien puede citarse la STSJ Madrid 13/2022, de 18 de enero (Ponente: Chacón Alonso), en un caso protagonizado por miembros de *Domenican Don't Play*.

Por último, también ha generado críticas la agravación específica del art. 138.2 b) CP. Más allá de la conveniencia de su introducción, se reprocha al legislador la técnica de tipificación, pues plantea como agravante específica y por tanto como delito agravado, lo que en realidad es una figura de delito complejo puesto que ataca dos bienes jurídicos diferentes³²². En cualquier caso, apreciado como un delito complejo también por la

³²⁰ Vid. Cap. V. 3.1.1 y 3.1.5.

³²¹ Vid. CARBONELL MATEU (2022a), p.59.

³²² Vid. ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 31, JUANATEY DORADO, C. (2016a); "Homicidio", en Boix Reig (Dir), *Derecho penal. Parte Especial*, Vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, pp. 17-44, p. 35; MORENO VERDEJO, J (2016); "Novedades en la tipificación de los delitos de homicidio y asesinato dolosos", *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 1, pp. 4 a 23, p. 6; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L (2019b); "Los nuevos tipos de muerte dolosa agravada por ser subsiguiente a delito contra la libertad sexual", en CANCIO ET AL (edt), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, pp. 1241-1259, pp. 1254 y s., ESQUINAS VALVERDE (2021), p.5.

jurisprudencia³²³, sorprende que el tratamiento sea distinto cuando la muerte puede ser calificada de asesinato, pues en este caso se sigue manteniendo el tradicional concurso ideal entre los delitos de asesinato y de atentado³²⁴.

2.1.3. *El segundo nivel de agravación: asesinato (art. 139.1 CP)*

Conforme a un sector de la doctrina, el asesinato sería un delito independiente del homicidio. Esta era la tesis casi unánime en la doctrina hasta que con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se volvió mayoritaria su comprensión como tipo cualificado³²⁵. Aunque la presencia de agravantes específicas comunes al homicidio y al asesinato podría abonar la tesis de su consideración como tipo autónomo o *delictum sui generis*, desde mi punto de vista la cuestión no tiene ya la relevancia que se le otorgaba entonces, pues se han relajado las consecuencias dogmáticas que se vinculaban a cada una de estas posturas en el ámbito del dolo, error, participación y concurso³²⁶. Permanecen, no obstante, algunas discrepancias relevantes en cuestiones de autoría y participación, especialmente tras la incorporación del art. 65.3 CP³²⁷.

En la doctrina es relativamente usual la expresión “delito circunstanciado” para referirse al asesinato³²⁸. Se pretende con ello, en parte, acentuar su naturaleza de tipo derivado o agravado del homicidio, en tanto que contiene meras “circunstancias agravantes específicas”.

Tras la reforma de 2015, el término “circunstancias” puede dar lugar a equívocos en este ámbito, debido a su empleo para referirse a una triple situación: en primer lugar, puede estar designando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los arts. 21 a 23 CP; en segundo lugar, se conoce igualmente con este término las “circunstancias” que caracterizan el asesinato diferenciándolo del homicidio. Por último, ahora también se designan como “circunstancias agravantes específicas” las que agravan tanto el homicidio como el asesinato. Tomando como ejemplo la figura de la alevosía, con este sistema una determinada forma de comisión puede cumplir la función de circunstancia genérica (art. 22.1 CP), específica (art. 148.1.2^a CP) o elemento esencial/caracterizador de un delito (art. 139.1.1^a CP).

³²³ Así, en la reciente SAP Valladolid 174/2024, de 26 de junio (ponente: Donis Carracedo).

³²⁴ A salvo de los supuestos de homicidio o asesinato terrorista del art. 573 bis 1. 1^o CP.

³²⁵ *Vid.*, por todos, ÁLVAREZ GARCÍA (2024), pp. 145-150. Por su parte, MUÑOZ CONDE, F (2023), *Derecho Penal. Parte Especial*. 25^a ed. revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 48, considera que es un tipo autónomo del homicidio; recientemente se ha pronunciado en este sentido, ORTEGA MATESANZ, A (2024); “La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa. Principales cuestiones que plantea”, en *RECPC* 26-14, pp. 1-54, p. 50.

³²⁶ En la doctrina alemana ha caído en desuso la expresión “*delictum sui generis*” e incluso ROXIN, C/ GRECO, L (2020); *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5^a Aufl., C.H. Beck, Múnich, marg. 136, p. 441, afirman que la caracterización de un delito como autónomo no tiene un valor dogmático propio.

³²⁷ Sobre esta cuestión, ampliamente PEÑARANDA RAMOS (2014), pp. 99-268.

³²⁸ En este sentido es utilizada, entre otros, por CARBONELL MATEU (2022b), p. 69; JUANATEY DORADO (2016b), p. 46 y MAPELLI CAFFARENA (1988), p. 436.

Actualmente se empieza a emplear la expresión “circunstancia caracterizadora” para referirse a las contempladas en el art. 139.1 CP³²⁹, en lugar del tradicional de “circunstancias específicas”. Para evitar una constante concreción del término, he optado por utilizar más a menudo en el texto la expresión “elementos” del asesinato (y ocasionalmente “modalidades” de asesinato), para referirme a las “circunstancias caracterizadoras” recogidas en los números 1.^a a 4.^a del art. 139.1 CP. Espero, de esta forma, evitar constantes precisiones en aras a logra una mayor claridad expositiva.

En definitiva, el asesinato del art. 139.1 CP tan solo define un segundo nivel de agravación del homicidio, con diferente *nomen iuris*. Recoge cuatro (en realidad cinco) *elementos* o *circunstancias caracterizadoras* cuya presencia da lugar a este delito: 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 (5.^a) para evitar que se descubra.

Tras la reforma, el asesinato del art. 139.1. CP contempla un marco penal de 15 a 25 años, junto a las penas accesorias y la de privación de la patria potestad, así como la medida de libertad vigilada. La elevación del límite máximo del asesinato “básico” hasta los 25 años de prisión ha recibido una amplia condena por parte de la doctrina³³⁰ y del CGPJ³³¹ no solo por el incremento punitivo en sí, sino también en atención a la gran amplitud que adquiere el marco penal, que pasa a ser de 10 años de prisión frente a los 5 de la anterior regulación, que establecía de 15 a 20 años de prisión. Por la aplicación de los arts. 66.1 y 70.3.1.^a CP, la presencia de circunstancias agravantes genéricas puede llevar al límite de los 30 años de prisión, al igual que en el homicidio agravado del art. 138.2 CP.

La mayor novedad, consistente en la introducción de dos nuevas modalidades en el art. 139.1.4.^a CP, es también el principal motivo de crítica. Como se verá más adelante³³², estas nuevas modalidades de asesinato, además de suscitar cautelas respecto de su posible orientación hacia un derecho penal de autor, también generan problemas sistémicos y de alcance de su ámbito de aplicación.

2.1.4. *El tercer nivel de agravación: asesinato cualificado del art. 139.2 CP*

La introducción de este precepto en el Código Penal de 1995 (antiguo artículo 140) fue muy criticada por el importante endurecimiento de pena a que daba lugar y la doc-

³²⁹ Así, por ejemplo, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. (2019a); “Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente”, *Revista Penal*, n.º 43, pp. 156-171, p. 158.

³³⁰ En este sentido, MUÑOZ RUIZ, J. (2015); “Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVAS (Dir), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, pp. 335-379, p. 353; CUENCA GARCÍA (2016), p. 118 y s.; ÁLVAREZ/VENTURA (2015), p. 330.

³³¹ CGPJ (2013), p. 151.

³³² *Vid.* Cap.V.3.4.

trina solía llamarlo “asesinato hipercualificado”. Actualmente ese nombre se reserva para los supuestos del art. 140 CP, en tanto que se castigan con PPR.

Pese a las críticas, el incremento de pena puede fundamentarse en la mayor gravedad de injusto que implica la presencia de más de un elemento caracterizador del asesinato, con independencia de la opinión que merezca la elección de alguno de ellos³³³. Contempla una regla penológica que sitúa el marco penal en su mitad superior, es decir, de 20 a 25 años de prisión, más las consabidas accesorias, privación de la patria potestad y la posibilidad de libertad vigilada.

Se ha planteado que la aplicación conjunta de algunas de las circunstancias del art. 139.1 CP podría suponer un *bis in idem* y, con ello, una vulneración del principio de legalidad. En concreto, MUÑOZ CONDE afirma que cuando el sujeto mata a una persona para facilitar otro delito lo normal será que su forma de ejecución sea alevosa³³⁴, de manera que el fundamento sería coincidente: “la esencia o razón de ser de las dos circunstancias es la misma: toda la actuación se dirige hacia una ejecución hábil, óptima del delito”³³⁵.

La jurisprudencia (salvo error por mi parte) no se ha pronunciado sobre el particular —dado que no se ha planteado ningún recurso en ese sentido— pero varias sentencias del TS confirman condenas en las que se aplican conjuntamente los elementos “alevosía” y “para facilitar la comisión de otro delito”³³⁶.

Este solapamiento puede plantearse también respecto de la modalidad de asesinato por precio, recompensa o promesa, que suele ir acompañada de una ejecución alevosa de la muerte³³⁷ y es frecuente —sobre todo en sentencias de los últimos años— que el ensañamiento concorra con la alevosía³³⁸. Me temo que este problema concreto se debe a la amplitud con que se interpreta el elemento “alevosía”, que favorece su frecuente aplicación.

Desde mi punto de vista, el principal defecto que se deriva de la nueva regulación respecto del art. 139.2 CP reside en que la concurrencia de dos elementos del

³³³ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 188. De otra opinión, PEÑARANDA RAMOS, E (2017); “Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal”, *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 17, pp. 13-45, p. 36, considera que debería quedar restringida a los supuestos en que el ensañamiento concurre con alguno de los otros elementos del asesinato.

³³⁴ Vid. MUÑOZ CONDE (2023), p. 54.

³³⁵ SIERRA LÓPEZ, M.V (2019); El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra”, *RECPC* 21-13, p. 19.

³³⁶ STS 102/2018, de 1 de marzo, STS 391/2020, de 15 de julio (ponente: Lamela Díaz); 636/2020, de 26 de noviembre (ponente: Magro Servet); STS 584/2022, de 13 de junio (ponente: Palomo del Arco).

³³⁷ SSTs 278/2014, de 2 de abril (ponente: Colmenero Menéndez de Lurca) y 268/2012, de 12 de marzo (ponente: Sánchez Melgar).

³³⁸ SSTs 765/2022, de 14 de septiembre (ponente: Magro Servet), 513/2022, de 26 de mayo (ponente: Magro Servet) y 398/2022, de 21 de abril (ponente: Llanera Conde), entre muchas otras. También la premeditación solía coincidir con la alevosía en los pocos casos en que se aplicaba en los últimos años antes de ser suprimida, *vid.* PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 9, n. 8.

asesinato permite la imposición de una pena inferior (de 20 a 25 años de prisión) a la que cabría aplicar ante la presencia de un elemento de este delito junto a una agravante específica común al delito de homicidio (PPR). Como afirma SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO,

“sorprende que dos circunstancias caracterizadoras simultáneas *pesen* menos que la acumulación de una caracterizadora y una agravante específica, siendo así que las caracterizadoras deberían ser consideradas más graves puesto que determinan el salto cualitativo a asesinato”³³⁹.

En el mismo sentido se manifiesta la STS 716/2018 de 16 de enero de 2019 (ponente: Palomo del Arco), en la que se aplica el art. 139.2 CP ante la concurrencia de alevosía sobre persona especialmente vulnerable y ensañamiento, en lugar de optar por la aplicación conjunta de los arts. 139.1.3ª y 140.1.1ª CP, al tiempo que critica el sinsentido o incoherencia que supone castigar con una pena menor en este supuesto, poniendo de manifiesto el importante error de carácter técnico en el diseño de estos delitos.

No obstante, en los últimos años se ha impuesto la opción de considerar que la aplicación de los arts. 139.1 y 140.1 CP es ley especial respecto del art. 139.2 CP, puesto que las circunstancias específicas unidas a la calificación de asesinato en virtud de cualquiera de sus elementos, imponen la aplicación de la prisión permanente revisable, por lo que fundamentan una mayor gravedad. En este sentido se han manifestado, por ejemplo, LÓPEZ LÓPEZ³⁴⁰, GARROCHO SALCEDO³⁴¹ y DEVÍS MATAMOROS³⁴².

Finalmente, también la jurisprudencia ha resuelto esta incoherencia optando por la aplicación de la PPR con apoyo en los principios de especialidad y alternatividad en las SSTS 180/2020, de 19 de mayo y 113/2022, de 10 de febrero (en ambas es ponente Palomo del Arco), con lo que se acepta la consideración de que un asesinato en el que concurre una circunstancia agravante específica del art. 140.1 CP expresa mayor gravedad que la presencia de dos caracterizadoras o elementos del asesinato del art. 139 CP.

³³⁹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2019a), p. 158. En sentido similar, también ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 45; DEL ROSAL BLASCO (2015), p. 35 y FERNÁNDEZ GARCÍA, G (2019a); “Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable”, *Revista Penal*, núm. 44, pp. 42-60, p. 55. Por su parte, deduce de este salto cualitativo de la pena que “las nuevas agravantes del art. 140.1 son de mayor gravedad que las definitorias del asesinato”.

³⁴⁰ En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, C.I. (2020); “La víctima menor de 16 años en los delitos de homicidio y asesinato: reflexiones sobre la indefensión como fundamento de la agravante”, en DE VICENTE REMESAL *et al* (Dir.) *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, Volumen II, Reus, Madrid, pp. 1711-1721, p. 1712.

³⁴¹ GARROCHO SALCEDO, A.M. (2024); “El asesinato de personas constitucionalmente indefensas: una propuesta para una interpretación razonable del asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1ª del Código Penal español”, *REDPC*, 26-06, pp. 1-28, p. 17.

³⁴² DEVÍS MATAMOROS, A (2023); “Crónica de una confusión anunciada: tratamiento jurisprudencial del asesinato de personas especialmente vulnerables”, *La Ley Penal*, Nº 160, enero, p. 5, que se apoya también en el principio de alternatividad.

Desde mi punto de vista, el argumento es cuestionable y se apoya más en el principio de alternatividad que en el de especialidad, pero esta interpretación cuenta con la ventaja indudable de evitar posibles contradicciones valorativas.

Por último, en la doctrina también se ha discutido sobre cómo proceder cuando concurren más de dos elementos del asesinato para aplicar el art. 139.2 CP. Un sector considera que a partir del tercer elemento podrían recuperar su naturaleza de agravante genérica³⁴³. Este sería el caso, por ejemplo, de un asesinato con alevosía y precio en el que también concurriera el ensañamiento. Debe tenerse en cuenta que la aplicación de esta tercera circunstancia, de concurrir con otras dos agravantes genéricas como, por ejemplo, parentesco y género y sin presencia de atenuantes, conforme al art. 66.1.4^a CP podría dar lugar a la pena superior en grado en su mitad inferior, es decir, de 25 a 27 años y 6 meses.

La mayoría de la doctrina viene considerando, ya desde su precedente en el CP de 1995, que el marco penal aplicable es el mismo, tanto en el caso en que concurren dos, como si concurren todas³⁴⁴. En igual sentido, la STS 716/2018 comentada unas líneas más atrás, afirma que el ensañamiento no podría “recuperar” su naturaleza de agravante genérica.

2.1.5. El cuarto nivel de agravación: asesinato hiperagravado del art. 140 CP

El cuarto nivel de agravación viene establecido en el art. 140, estructurándose en dos apartados. Aunque las circunstancias del art. 140.1 CP son las mismas que se recogen en el art. 138.2 a) CP, en este caso dan lugar a la aplicación de la prisión permanente revisable y generan sus propios problemas interpretativos.

De la regla contenida en el art. 140.2 CP se discute si se trata de una reincidencia específica, o si más bien supone una regla penológica *ad hoc* que vendría a desplazar las correspondientes al concurso de delitos. El marco penal previsto para el art. 140.2 CP es, igualmente, la prisión permanente revisable.

Para todos los supuestos del art. 140 CP se contempla la posibilidad de libertad vigilada, así como la privación de la patria potestad (art. 140 bis CP), aunque se discute si son aplicables las penas accesorias del art. 57 CP³⁴⁵. Se establece la prisión permanente revisable como pena única, en el sentido de configurar un marco penal cerrado, de manera que apenas es posible valorar las circunstancias genéricas de la responsabilidad

³⁴³ MUÑOZ CONDE (2023), pp. 57 y s.; de la misma opinión GÓMEZ RIVERO, M.C. (2015); *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, Vol. I, 2^a ed., Tecnos, Madrid, p. 50.

³⁴⁴ Entre otros, JUANATEY DORADO (2016b), p. 48; CARBONELL MATEU (2022b), p. 79; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2024); “Asesinato”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir)/VENTURA PÜSCHEL (Coord), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia pp. 139-214, pp. 189.

³⁴⁵ Sobre los problemas que genera la falta de previsión expresa sobre la aplicación de las penas accesorias en caso de condena a PPR, *vid.* LÓPEZ PEREGRÍN (2018), pp. 23 y s. No obstante, la reciente STS 765/2022, de 14 de septiembre (ponente: Magro Servet), las aplica sin mayores planteamientos.

penal, pues queda vetada la aplicación de la mayor parte del art. 66.1 CP, salvo las reglas 2ª y 7ª. La pena inferior en grado, *ex art.* 70.4 CP, es de 20 a 30 años.

Se aplicará la pena de prisión permanente revisable, conforme al art. 140.1.1ª, cuando en el asesinato concurra alguna de las siguientes circunstancias agravantes específicas: (1) que la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por edad, enfermedad o discapacidad; (2) que sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y (3) que se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Si, como se ha venido diciendo a lo largo de este capítulo, la introducción de la prisión permanente revisable parece el principal objetivo de la reforma de los delitos de homicidio y asesinato, sorprende que la elección de los supuestos a los que debe aplicarse no haya sido suficientemente explicada por el legislador, dando la impresión de haber acudido a estereotipos de criminales peligrosos, en lugar de basar su decisión en criterios materiales de fundamentación y de sistemática interna de los tipos penales³⁴⁶.

La falta de unos criterios claros capaces de ofrecer una explicación algo más profunda que la mera referencia al sentimiento de justicia, provoca una desazón si cabe aún mayor dado el peso que tienen estas circunstancias en la agravación de la pena. Como se ha denunciado en el epígrafe anterior, nos encontramos ante el despropósito de considerar más grave la presencia de un elemento definidor del asesinato más una circunstancia agravante específica común con el homicidio (prisión permanente revisable), que la concurrencia de dos elementos definidores (de 20 a 25).

Esta consecuencia se muestra aún más grave cuando se analizan los problemas de implementación de estas nuevas agravantes específicas con los elementos del asesinato, debido al riesgo cierto de vulneración del principio de legalidad en su vertiente de *non bis in idem*. Se plantea este problema especialmente por la coincidencia de fundamentación (por ejemplo, alevosía y especial vulnerabilidad) o de finalidad (así, el asesinato para ocultar la comisión de otro delito y la agravante específica de ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual)³⁴⁷. Menos dificultades ofrece, respecto del principio indicado, el asesinato por persona perteneciente a grupo u organización criminal, pues existe amplio acuerdo en entender que estamos ante un concurso de leyes a solucionar conforme a la regla de la alternatividad, dado que la regla del art. 570 quater segundo párrafo conduce a la misma solución³⁴⁸.

³⁴⁶ Este desinterés del legislador queda plasmado en la parquedad del Preámbulo, y es una crítica prácticamente unánime en la doctrina. *Vid.* recientemente, GARROCHO SALCEDO (2024), pp. 2 y s.

³⁴⁷ Esta más que posible vulneración del principio *non bis in idem* ha sido destacada por toda la doctrina que se ha ocupado del tema. *Vid.* una amplia exposición en ARROYO ALFONSO (2024), pp. 234-259.

³⁴⁸ Así, tempranamente, CGPJ (2013), p. 152; CADENA SERRANO (2015), p. 15; MUÑOZ RUIZ (2015), p. 344; MORENO VERDEJO (2016), p. 15; MORALES PRATS, F. (2016); “Del homicidio y sus formas”, en QUINTERO OLIVARES (Dir) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 10ª ed., pp. 27-79, p. 43. De otra opinión, FELIP I SABORIT, D (2019); “El homicidio y sus formas”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, (Dir. Silva Sánchez), 6ª ed., Atelier, Barcelona, pp. 27-56, p. 35, que opta por el concurso

En cuanto a la fórmula agravada del art. 140.2 CP, el CGPJ recomendaba, en su Informe al Anteproyecto de 2013, que su aplicación quedara limitada a la presencia de dos condiciones: que concurren al menos tres asesinatos y que sean enjuiciados en un mismo proceso³⁴⁹.

La doctrina mayoritaria considera que la agravación solo es aplicable solamente cuando concurren “más de dos” asesinatos del art. 139 C, por lo que se excluye cuando las muertes anteriores sean calificadas de homicidio del art. 138 CP³⁵⁰.

Comparto la opinión mayoritaria, aunque esta interpretación no se derive de la literalidad del precepto, que podría llevar a entender que basta con que la tercera muerte dolosa que propicia la condena sea un asesinato, de manera que las anteriores podrían ser constitutivas de homicidio³⁵¹. Pero lo cierto es que el propio Preámbulo justifica la introducción del art. 140.2 en la conveniencia de imponer la pena más grave a los “asesinatos reiterados o cometidos en serie” en un código que distingue el *nomen iuris* “asesinato” como forma cualificada de homicidio doloso. A ello cabría añadir que, al igual que el homicidio contiene una regla propia de agravación —el art. 138.2 b) CP, el art. 140.2 CP puede entenderse aplicable solamente al delito de asesinato. Por último, la propia excepcionalidad y gravedad de la prisión permanente revisable es ya un argumento de peso para exigir que todas las condenas lo sean por asesinato.

Se observa mayor disparidad de opiniones respecto a la propuesta de interpretar que todas las condenas deban establecerse en la misma sentencia. Así, por ejemplo, algunas voces consideran indiferente que la condena se imponga en un único procedimiento judicial³⁵² y tampoco tendría relevancia que los asesinatos se cometieran en el mismo contexto temporal o en momentos distintos³⁵³. Otro sector doctrinal y jurisprudencial mantiene, por el contrario, que se trata de un supuesto específico de reincidencia cualificada y, por tanto, es necesario que las sentencias condenatorias se hayan dictado con anterioridad al proceso en el que se pretende aplicar el art. 140.2 CP³⁵⁴.

Puede decirse que es mayoritaria la primera opción, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

real de delitos; SIERRA LÓPEZ, M.V (2023); “El asesinato hipercualificado por quien perteneciere a un grupo u organización criminal”, en *RECPC* 25-31, pp. 1-39, pp. 8 y s. que analiza otras posibilidades interpretativas.

³⁴⁹ CGPJ (2013), p. 153.

³⁵⁰ *Vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ (2014), p. 17; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (2015), p. 459; MORALES PRATS (2016), p. 63; FELIP I SABORIT (2019), p. 48; JUANATEY DORADO (2016b), p. 63.

³⁵¹ En este sentido, ALONSO ÁLAMO (2015b) p. 48, considera que las muertes anteriores pueden ser constitutivas de homicidio doloso; también ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 204; MUÑOZ CONDE (2023), p. 63. Todos excluyen los homicidios imprudentes, en cualquier caso.

³⁵² CGPJ (2013), p. 153.

³⁵³ Así, GÓMEZ RIVERO (2015), p. 54 y MORENO VERDEJO (2016), p. 16. En contra podría alegarse, con PEÑARANDA RAMOS (2019), p. 832, que, en atención a la excepcional gravedad de la pena, debe optarse siempre por la interpretación más restrictiva.

³⁵⁴ ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 47; QUINTERO OLIVARES (2015), p. 53; LEÓN ALAPONT (2024), p. 109 y ss; ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 204; MUÑOZ CONDE (2023), p. 62.

2.2. VALORACIÓN CRÍTICA

El sistema resultante es tremendamente complejo³⁵⁵ y adolece de una visión de conjunto, probablemente por haber sido diseñado para dar respuesta a casos concretos (muy graves y mediáticos) pero sin buscar criterios materiales que justifiquen, a la luz de los principios del sistema, semejante salto cualitativo en la punición de las conductas homicidas.

La reincorporación de la prisión permanente revisable al acervo punitivo español, producto del populismo punitivo, ha generado numerosos problemas en el sistema penal. Dejando ahora al margen los retos que plantea su ejecución en el ámbito penitenciario y la presión punitiva que provoca en todo el sistema, su irrupción en los delitos dolosos contra la vida ha dado lugar a una reconfiguración sistemática y material de los delitos de homicidio y asesinato. Así ha sido, en efecto, pues la reforma de 2015 no solo ha previsto esta pena para el asesinato, sino que también ha introducido un nuevo supuesto de homicidio agravado que permite llegar a los 22 años y 6 meses de prisión y, además, ha incrementado en 5 años el marco penal del homicidio del art. 139.1 CP, pasando ahora a ser de 15 a 25 años³⁵⁶. La reforma establece también la medida de libertad vigilada³⁵⁷ en su art. 140 bis CP por el tiempo máximo previsto con carácter general en el art. 105 CP, es decir, no superior a 5 años.

El análisis de los principales problemas de la nueva regulación muestra la unánime crítica a la sistemática resultante de la reforma de 2015, tanto desde el punto de vista técnico como de los principios de legalidad y proporcionalidad.

La técnica legislativa empleada es pésima, puesto que, junto a las tradicionales agravantes genéricas convertidas en elementos del asesinato, se colocan ahora las agravantes específicas del delito de homicidio (la de atentado) y las de común aplicación a ambos delitos (art. 140.1 CP), sin olvidar las agravantes genéricas, en principio aplicables a cualquiera, más las reglas penológicas específicas del 139.2 y del 140.2 CP. El riesgo de solapamiento entre ellas era tan evidente, que sorprende la poca previsión del legislador sobre el particular. En su obligación de poner orden en ese galimatías legal y de aplicar las normas, la jurisprudencia ha optado por dar preferencia al principio de exhaustividad³⁵⁸, buscando diversidad de fundamentaciones donde nunca las hubo, aceptando finalmente la nueva regulación como “voluntad del legislador” y justificando con ello

³⁵⁵ En este sentido, ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 48.

³⁵⁶ Incrementadas las penas para los delitos de homicidio doloso, el efecto no ha tardado mucho en hacerse sentir para el homicidio imprudente. En este sentido, la LO 2/2019 ha endurecido la respuesta penal en los supuestos de homicidio con varias víctimas.

³⁵⁷ Vid. sobre esta medida, SÁNCHEZ BENÍTEZ, C. (2020); *Derecho penal del enemigo en España*. Madrid, Reus, pp. 19-93.

³⁵⁸ En este sentido, ESQUINAS VALVERDE (2021), p. 14; también VIVES ANTÓN, T.S. (2022); “Introducción”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 43-47, pp. 45 y s.

más que posibles infracciones del *non bis in idem* en abstractas razones de política criminal.

Es posible que la confluencia entre una ley confusa y el punitivismo actual del sistema penal explique la tendencia expansiva en la aplicación del asesinato frente al homicidio. Buena muestra de ello es, en mi opinión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación de las nuevas agravantes específicas del art. 140.1 CP, que prácticamente solo se han contemplado respecto del asesinato³⁵⁹ y que claramente ha superado la prudencia inicial. La aplicación conjunta de la alevosía como circunstancia caracterizadora y la circunstancia agravante específica de especial vulnerabilidad es la que ha dado lugar al mayor número de condenas por PPR, pese a la más que probable vulneración del principio *non bis in idem*.

Con estas interpretaciones extensivas la jurisprudencia ha validado una regulación insostenible desde la fundamentación tradicional de los elementos del asesinato. El siguiente capítulo se dedica al estudio del fundamento de los distintos elementos y agravantes del asesinato, en la búsqueda de un criterio común que contribuya, en la medida de lo posible, a trazar una interpretación más respetuosa con los principios penales.

³⁵⁹ Porque en la práctica no es habitual encontrar un supuesto en que el ataque a una persona especialmente vulnerable no sea constitutivo de un asesinato con alevosía. En lo que he alcanzado a ver, se aplica el art. 138.2 junto al art. 140.1.1^a en tres sentencias: la STS 462/2021, de 27 de mayo (ponente: Martínez Arrieta), pese a que parece un supuesto de alevosía doméstica o convivencial; la STS 459/2018, de 10 de octubre (ponente: Magro Servet), confirma una condena por homicidio en comisión por omisión con la agravante específica de vulnerabilidad, en el caso de la muerte de una anciana desvalida por omisión de deberes asistenciales de sus hijos y la STS 33/2018, de 23 de enero (ponente: Varela Castro), tentativa de homicidio sobre el hijo menor de 16 años, no consta que el ataque fuera alevoso y se aprecia eximente completa de alteración psíquica.

CAPÍTULO IV

HOMICIDIO Y ASESINATO. LOS CRITERIOS TRADICIONALES DE FUNDAMENTACIÓN

1. Introducción. El § 211 del Código Penal alemán (StGB) como inspiración de la reforma de 2015. Breve referencia a la teoría de los tipos de autor

La reforma de 2015 ha pergeñado una estructura compleja y asistemática, provocando un aluvión de críticas por parte de doctrina y jurisprudencia, llegándose a comparar los esfuerzos de implementación de las nuevas figuras y supuestos agravados con la “cuadratura del círculo”³⁶⁰. En la doctrina alemana son frecuentes esta y otras expresiones parecidas, puesto que su sistema de delitos contra la vida da lugar a numerosas contradicciones e incoherencias³⁶¹. Ciertamente, cuanto más casuística sea la formulación del tipo de asesinato y más se aleje de unos principios generales de imputación, más dificultades encontrará tanto su interpretación como su aplicación práctica³⁶².

A veces resulta difícil entender por qué se han elegido unas circunstancias y no otras como base de los supuestos agravados, más aún cuando se comprueba que en otros países, o bien el elenco es más numeroso³⁶³, o bien se realiza con cláusulas más abiertas, requiriendo ser concretada su interpretación para cada caso concreto³⁶⁴. Como dijera HOLTZENDORF en 1875, ninguna ciencia jurídica o legislador en el mundo ha podido

³⁶⁰ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. (2019b); “Los nuevos tipos de muerte dolosa agravada por ser subsiguiente a delito contra la libertad sexual”, en CANCIO ET AL (ed), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, pp. 1241-1259, p. 1242.

³⁶¹ Entre otros, HASSEMER, W. (1971); “Die Mordmerkmale, ins besondere “heimtückisch” und “niedrige Beweggründe” -BGHSt 23, 119”, *JuS 12/1971*, pp. 626 y ss., p. 630 y GRÜNEWALD (2010), p. 9.

³⁶² Vid. MÜSSIG, B. (2005); *Mord und Totschlag. Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München p. 114, muy crítico con el sistema casuístico.

³⁶³ Como en los códigos penales de Francia y Portugal, por ejemplo.

³⁶⁴ Así el código austriaco, por ejemplo.

siquiera acercarse a lograr encontrar un elemento legalmente viable según el cual, los homicidios más graves puedan diferenciarse de los que le siguen en gravedad³⁶⁵.

El establecimiento de supuestos de diferente penalidad en el homicidio se debe a una decisión de política criminal, por lo que cada ordenamiento jurídico basa la distinción en sus propios criterios, en consonancia con su derecho histórico y con los valores sociales dominantes. Por ello, una vez que el legislador configura el tipo de muerte dolosa para el que prevé las sanciones más graves, los esfuerzos del intérprete deben ir dirigidos a la búsqueda de las razones por las que fueron esos y no otros los supuestos elegidos. Estos criterios pueden ser de carácter general o diferenciarse según los elementos de agravación. De esta forma, se puede intentar reconducir todos los elementos definidores del asesinato a un único criterio, pero también cabe aceptar que cada elemento tenga un fundamento diferente.

En cualquier caso, el fundamento de agravación debería ser el criterio principal que guiara al juzgador en la aplicación de la norma para evitar incurrir en posibles lesiones de los principios de legalidad y proporcionalidad. Por otro lado, su identificación puede contribuir a la crítica del sistema y a la elaboración de propuestas de *lege ferenda*.

Para determinar cuáles son estos criterios, se debe partir de las líneas político-criminales seguidas en la selección de los elementos o circunstancias que han configurado el delito de asesinato. En este sentido, podríamos advertir la influencia de estos dos modelos³⁶⁶:

- (1) El inspirado en el Código Penal napoleónico de 1810, que se apoya en la premeditación como criterio diferenciador entre homicidio y asesinato³⁶⁷. Su influencia se deja sentir en los esfuerzos codificadores de los países de su entorno y se acusa claramente en el Código de 1822. En este se concedía tal importancia a la premeditación, que se incorporaba a la definición de homicidio que podía ser agravado por las circunstancias específicas establecidas, llevando aparejada la pena de muerte. Como es sabido, este ha sido un elemento constante en nuestra definición del asesinato en los sucesivos códigos penales hasta que finalmente fue eliminado en el de 1995.
- (2) El casuismo. Junto a la premeditación, el Código Penal de 1822 recogió la influencia de nuestra tradición histórica e introdujo numerosas circunstancias en el asesinato. Los códigos penales españoles se fueron simplificando en estos delitos hasta que la tendencia se invirtió sorpresivamente con la reforma de 2015.

³⁶⁵ Es una cita habitual: *vid.*, p.ej. SOTELSEK, M. (2012); *Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen. Ein Beitrag zur Reform der Tötungsdelikte*, Peter Lang, Frankfurt am Main, p. 270; KÖHNE, M. (2014); „Die Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte: Warum ist sie bisher gescheitert und wie könnte sie aussehen?“, *Kritische Justiz*, 2014, Vol. 47, N° 3, pp. 283-297, p. 288; PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 6, nota 4.

³⁶⁶ Destaca también estas dos líneas SANZ MORÁN, A.J. (1995); „Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida“, *ADPCP*, XLVIII, pp. 783 a 848, p. 805. Sobre la evolución histórica en España, *vid.* Cap. I.

³⁶⁷ Sobre la introducción de la premeditación en España, *vid.* Cap. I.2.1

En la doctrina se ha señalado que la principal fuente de inspiración (cuando no de mera copia) de esta reforma ha sido la regulación alemana³⁶⁸ que, por su gran influencia dogmática en el derecho penal español, se comenta a continuación.

La influencia del Código Penal francés de 1810 se deja sentir en el Código Penal bávaro de 1813, que hacía de la *Überlegung* (suele traducirse como *premeditación*, aunque más bien significa *deliberación*, *reflexión*³⁶⁹) el único criterio diferenciador. Pero la doctrina se mostraba muy crítica con esa delimitación, debido a las dificultades interpretativas inherentes a la premeditación y a consideraciones de justicia material³⁷⁰.

Con la reforma de 1941 Alemania transitó del modelo basado en la premeditación al modelo casuista. La nueva configuración del delito de asesinato se basaba claramente en el Anteproyecto de Código Penal suizo de STROOS (1894), que se había hecho muy conocido gracias a VON LISZT. Parece ser que el legislador nacionalsocialista se inspiró en él porque en su art. 50 establecía un elenco de circunstancias de base ético social que se apoyaba en las raíces germánicas y centraba la atención en el autor³⁷¹.

Desde entonces, el § 211 StGB configura el asesinato sobre la base de alguno de estos elementos (*Merkmale*) o circunstancias, distribuidos en tres párrafos, según se refieran a móviles (grupo 1), formas de comisión (grupo 2) y fines (grupo 3).

Grupo 1, móviles: sed de sangre o placer de matar (*Mordlust*), para satisfacer el instinto sexual (*zur Befriedigung des Geschlechtstriebes*), codicia (*Habgier*) y otros móviles bajos (*sonst niedrige Beweggründe*).

Grupo 2, formas o modos de comisión: alevosía (*Heimtücke*), crueldad (*Grausam*) y medios de peligro común (*mit gemeingefährliche Mitteln*).

Grupo 3, finalidad del autor: con la intención de posibilitar o de ocultar otro delito (*zur Ermöglichung oder Verdeckung anderen Straftat.*).

Junto al asesinato, se encuentran el homicidio como tipo básico del § 212.I StGB (si bien la jurisprudencia considera que son tipos autónomos), el tipo de casos más graves de homicidio del § 212 II StGB —que también conlleva la cadena perpetua como pena única— y los supuestos menos graves de homicidio del § 213 StGB, que recoge un conjunto de atenuantes *no aplicables al asesinato*.

³⁶⁸ Expresamente, ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (2013); “Las prioridades de la justicia criminal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, (Dir)/ DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord); *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25 a 47, p. 25.

³⁶⁹ Vid. ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 11.

³⁷⁰ Vid. ESER, A (1980); Empfiehlt es sich, die Strattabestände des Mordes, des Totschlags und der Kindertötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?, en *Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages*, Band. I, Gutachten D, München, pp. 23-30.

³⁷¹ Cfr. KUBICIEL, M. (2014); „Reform der Tötungsdelikte. Vorschlag zum tatbestandlichen Neuzuschnitt von Mord und Totschlag“, *Kölner Papier zur Kriminalpolitik (KPKp)* 6/2014, pp. 2-9, p. 4. Sobre la evolución histórica del asesinato en Alemania, puede verse Thomas (1985), *passim*.

Pese a los múltiples esfuerzos posteriores de reforma, el párrafo del asesinato se mantiene inalterable, salvo en la pena prevista (la pena de muerte fue sustituida por la cadena perpetua en 1949) desde que fuera aprobado en plena época nazi. Este origen ha dado lugar a numerosas críticas motivadas por la influencia que ejercieron en su momento las concepciones de la culpabilidad como conducción de vida (MEZGER) y del derecho penal de autor³⁷². Las acusaciones que ha recibido la reforma de 2015, en el sentido de orientarse hacia un derecho penal de autor junto al hecho de que, como se ha comentado anteriormente, la legislación alemana parece ser la principal referencia de las nuevas modalidades del asesinato, justifican, en mi opinión, dedicar unas líneas a la teoría de los tipos normativos de autor y su íntima conexión con la valoración de la actitud interna.

En 1932 dictaría WOLF su conocida lección inaugural en la Universidad de Friburgo que, partiendo de la concepción *lisztiniana*, se aparta de su naturalismo para definir al autor desde una perspectiva valorativa-cultural, centrada sobre todo en su *actitud interna* (la continuidad en la voluntad) corrompida, de manera que “los tipos de autoría son indicios de la corrupción de la persona”³⁷³. La teoría criminológica de los tipos de autor de v. LISZT fue, de esta forma, convertida en una teoría normativa. En este sentido, afirma VORMBAUM: “La teoría de los tipos de autor, más tarde una figura dogmática del derecho penal nacionalsocialista, comenzó su carrera en la criminología”³⁷⁴.

La plasmación de los tipos de autor se produjo con la introducción del concepto de “delincuente habitual peligroso” en la Ley de Delincuentes Habituales de 24 de noviembre de 1933³⁷⁵. Su desarrollo se intensificó sobre todo con la Ordenanza contra los Parásitos del Pueblo de 5 de septiembre de 1939³⁷⁶ y con la Ordenanza contra delin-

³⁷² Entre los que cabe destacar, el Proyecto de Reforma de 1962 (E 62) y el Proyecto Alternativo elaborado por un amplio grupo de profesores en 1970 (AE 70); el 53. *Deutscher Juristentag* celebrado en Berlín en 1980, especialmente el informe elaborado por Eser (*Gutachten 53. DJ*); el Proyecto alternativo para los delitos contra la vida elaborado por un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos (*AE-Leben 2008*) y el *Informe final del grupo de expertos para la reforma de los delitos contra la vida* (§§ 211-13, 57a StGB) encargado por el Ministerio de Justicia y para la Protección de los Consumidores en 2015 (*Abschlussbericht*). También son reseñables numerosas propuestas de tipificación elaboradas por autores individuales o en grupo, de la asociación alemana de abogados e incluso la iniciativa del Consejo Federal (*Bundesrat*) del Land Schleswig-Holstein.

Sobre las críticas, *vid.*, por todos, AMBOS, K (2020), *Derecho penal nacionalsocialista. Continuidad y radicalización*, (trad. Beguelín/Días), Tirant lo Blanc, Valencia, pp. 194 y s.

³⁷³ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, V. (2007); *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 123-133; KELKER, B (2007); *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, p. 93, señala además que esta teoría apenas cosechó críticas y sus principales defensores, junto a Wolf, fueron Dahm, Freisler, Gleispach, Mezger y Schaffstein.

³⁷⁴ VORMBAUM (2009), p. 134. En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN (2007), p. 84, sitúa el nacimiento de esta teoría a finales del s. XIX en Alemania con v. Liszt y en Italia con Lombroso y Ferri. Cfr. VORMBAUM, T (2009); *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg, p. 140.

³⁷⁵ *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung.*

³⁷⁶ *Verordnung gegen Volksschädlinge*. Destaca también la importancia de estas dos leyes para el desarrollo de la actitud interna, AMBOS (2020), p. 105.

cuentos violentos de 5 de diciembre de 1939³⁷⁷. A partir de ellas, se hace cada vez más frecuente en las leyes la referencia a los tipos de autor³⁷⁸.

La actitud o fuero interno del autor impregna el hecho de tal manera que forman una unidad. La teoría de los tipos de autor se completa con la doctrina del derecho penal de la voluntad —que pretendía superar el dogma del bien jurídico— de manera que el hecho se castiga como expresión de una voluntad que se enfrenta a la comunidad nacionalsocialista³⁷⁹. En el ámbito que nos ocupa, la explicación original de esta teoría, promovida por FREISLER —desgraciadamente conocido por ser uno de los juristas nazis más crueles y sanguinarios— consiste en que el legislador no debe resolver la cuestión de *qué* es un asesinato, sino de *quién* es asesino³⁸⁰.

Esta nueva doctrina permite una técnica legislativa más flexible, pues al estar orientada a la percepción popular de la imagen del autor, el juzgador puede calificar de asesinato o de homicidio *con independencia de que se hayan dado o no los elementos del tipo de asesinato* recogidos en el § 211 StGB³⁸¹.

Entre sus defensores destaca DAHM. Suele afirmarse que este autor empleaba la teoría de los tipos de autor con la finalidad de evitar la calificación de asesinato (eludiendo así la pena de muerte) cuando una situación de grave conflicto entre autor y víctima hubiera funcionado como detonante del delito. En este sentido, DAHM defiende que no debe tenerse por asesino a todo el que mata realizando un elemento del asesinato. En su opinión, el hijo que dispara por la espalda durante el sueño al padre maltratador que tiene torturada a la familia, mata alevosamente, pero no es un “asesino”. Tampoco puede ser visto, sin más, como asesino, el que mata estrangulándolo cruelmente, a quien le hace chantaje o pretende extorsionarle. De esta manera, en casos excepcionales y pese a la presencia de un elemento del asesinato, se aplicaría homicidio (§ 212 StGB), permitiendo así el acceso a la modalidad privilegiada (§ 213 StGB)³⁸². Sin embargo, este autor también acepta —aunque con reservas— la tesis de FREISLER de aplicar el § 211 al sujeto que, pese a haber realizado formalmente un homicidio, sea considerado “asesino” conforme a la valoración global de su personalidad³⁸³. En realidad, como afirma DAHM, la nueva redacción perseguía el objetivo de amenazar con la pena de muerte a quien matara de forma “especialmente reprochable”³⁸⁴.

³⁷⁷ *Verordnung gegen Gewaltverbrecher*.

³⁷⁸ KELKER (2007), pp. 78 y s.

³⁷⁹ Cfr. HAAS (2016), pp. 322 y s.

³⁸⁰ Cfr. HAAS (2016), p. 321. Sobre la concepción de Freisler respecto de la alevosía y los tipos de autor, *vid.* BECK, M. (2016); “Die Heimtücke -ein unzeitgemäßes und moralisierendes Mordmerkmal. Unter Berücksichtigung des Abschlussberichts der von Justizminister Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission”, *ZIS* 1/2016, pp. 10-18, p. 17.

³⁸¹ Cfr. HAAS (2016), p. 323. GRÜNEWALD (2010), p. 43, afirma que de esta forma se garantizaba una „manipulación flexible del tipo de asesinato“.

³⁸² Cfr. DAHM, G. (1942), „Todesstrafe und Tätertyp nach der Strafgesetznovelle vom 4. Sept. 1941“, *DR*, pp. 401-406, p. 404.

³⁸³ Cfr. DAHM (1942), p. 405; *vid.* GRÜNEWALD (2010), p. 43.

³⁸⁴ Cfr. DAHM (1942) p. 405

No obstante, y a pesar de que el § 211 StGB es expresión de la deriva moralizante del derecho penal en el Tercer Reich, la jurisprudencia del *Reichsgericht* rechazaba que el “asesino” fuera un tipo de autor³⁸⁵. La dificultad de establecer la correspondencia entre tipos de autor normativos y criminológicos respecto del homicida y del asesino, pese a tratarse de los modelos de autor más representativos, fue un factor de primer orden del rechazo de la teoría de los tipos normativos de autor en doctrina y jurisprudencia³⁸⁶. Sin embargo, pese a este rechazo, el alto tribunal no se libró de las tendencias moralizantes de la política criminal de su tiempo³⁸⁷.

Con independencia de su aceptación formal, lo cierto es que el derecho penal nacionalsocialista adaptó el concepto de delito a los postulados del derecho penal de autor, de forma que lo relevante no es tanto la realización de un hecho típico, cuanto el análisis del comportamiento del sujeto en su conjunto, como expresión de su personalidad contraria a los valores nacionalsocialistas y al “sano sentimiento jurídico del pueblo”. Consecuentemente, los aspectos subjetivos adquieren una enorme relevancia, valorándose la actitud interna del sujeto como manifestación de su rebeldía frente al derecho³⁸⁸, que acentúa su mayor reprochabilidad.

Aunque aquellas teorías han sido superadas, la especial reprochabilidad sigue siendo, seguido de la peligrosidad, el criterio fundamentador del asesinato más manejado por la doctrina alemana para explicar la mayor gravedad del asesinato frente al homicidio³⁸⁹. Ambos criterios deben analizarse desde un doble punto de vista, pues pueden vincularse tanto al hecho como a su autor, si bien no suele ser fácil diferenciar ambas perspectivas. Pese a los esfuerzos dirigidos a reducir a un criterio único la justificación material de la mayor gravedad del asesinato, los elementos de base ético social son tan variados y diferentes entre sí, que resulta difícil reconducirlos a un fundamento común³⁹⁰.

³⁸⁵ Cfr. FROMMEL, M (1980); „Die bedeutung der Tätersypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941“, *JZ*, pp. 559-564, p. 563.

³⁸⁶ Cfr. GÓMEZ MARTÍN (2007), p. 94.

³⁸⁷ Vid. FROMMEL, M (1982); „Die Rechtsfolgenlösung des BGH bei Mord“, *StV*, pp. 533-539, especialmente p. 538.

³⁸⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, D.M. (2016); *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 135; MÜSSIG (2005), pp. 81 y ss. AMBOS (2020), pp. 184 y s, destaca que el concepto de bien jurídico es reemplazado por la actitud interna respecto de los deberes de lealtad.

³⁸⁹ Esto es reconocido por toda la doctrina alemana, pueden verse ESER (1980), p. 158; ALBRECHT, P-A (1982); “Das Dilemma der Leitprinzipien auf der Tatbestandsseite des Mordparagrafen”, *JZ*, pp. 697-706, p. 698; SOTELSEK (2012), p. 8. Por su parte, MERKEL, R (2015); “Grundlagenprobleme der *Leitprinzipien* und der *Motivgeneralklausel* des Mordtatbestands”, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-13, 57a StGB)*, pp. 658-686, p. 658, señala que para una parte de la doctrina no es posible (o de poca utilidad) reconducirlo a un único criterio rector, por lo que las circunstancias se relacionarán con uno u otro criterio o incluso algunos con ambos.

³⁹⁰ Vid. HOYER, A (2019); „Vorsätzliche Tötung“ en Maurach/Schoeder/Maiwald/ Hoyer/ Momsen; *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1. Persönlichkeits- und Vermögenswerte*; 11. Aufl. C. F. Müller, Heidelberg, p. 43, afirma que los intentos de reconducir todos estos elementos a un único criterio, ya sea peligrosidad (*Gefährlichkeit*) o reprochabilidad (*Verwerflichkeit*) no han alcanzado suficiente consenso.

En cualquier caso, la *ratio legis* que se defiende para cada elemento no condiciona necesariamente la cuestión de si la especial gravedad del asesinato frente al homicidio se debe a un mayor desvalor de injusto o a una culpabilidad más grave, por más que los defensores de la concepción de la reprochabilidad suelen preferir su ubicación en la culpabilidad y quienes defienden la idea de la peligrosidad los ubican, por regla general, en el injusto, mientras que otros autores consideran que no pertenecen al injusto ni a la culpabilidad, sino a la medición de la pena³⁹¹.

En la doctrina y jurisprudencia alemanas la cuestión cobra aún una mayor importancia si cabe, puesto que el asesinato forma una trabazón con la prisión de por vida, de manera que no se admiten supuestos atenuados más allá de la concurrencia de causas que afecten a la imputabilidad del autor³⁹². Por este motivo, hallar un fundamento que diferencie claramente entre ambos tipos se convierte en una cuestión de capital importancia y condiciona en gran medida su interpretación y aplicación.

La tradicional influencia de la dogmática alemana, así como la introducción de nuevos elementos de agravación en la reforma de 2015 que parecen inspirarse en el Código Penal alemán (StGB) justifican, a mi juicio, el empleo de estos criterios para testar su capacidad en orden a fundamentar la mayor gravedad de los elementos que configuran el asesinato en Alemania y conducen a la aplicación de la cadena perpetua, así como su compatibilidad con el derecho penal del hecho. Todo ello sin perjuicio, por supuesto, de atender a las peculiaridades del modelo español.

2. Los criterios tradicionales de fundamentación del delito de asesinato: el binomio reprochabilidad-peligrosidad

2.1. EL CRITERIO DE LA REPROCHABILIDAD EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL ASESINATO

En el epígrafe anterior se ha esbozado el origen del actual § 211 StGB, destacando la importancia que se atribuía en el derecho penal nacionalsocialista a la valoración moral sobre la base del “sano sentimiento popular”. El fundamento de la gravedad del asesinato descansaba en la reprochabilidad de la actitud interna del autor³⁹³, de manera que el juez debía realizar una valoración global. Esta nueva manera de entender el delito de asesinato se hallaba en consonancia con la teoría de los tipos de autor que se venía defendiendo desde la década anterior, conforme a la cual, la valoración de la actitud interna revelada

³⁹¹ Cfr. SOTELSEK (2012), p. 323. HOYER (2019), p. 43, afirma que para la doctrina mayoritaria todos son elementos del tipo (*Tatbestandsmerkmale*).

³⁹² Por todos GRÜNEWALD (2015), p. 480 y GRÜNEWALD, A (2016) *Reform der Tötungsdelikte, Playdoyer für ein Privilegierungskonzept*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2016, p. 2.

³⁹³ Advierte KELKER (2007), p. 7, que, a la luz de los antecedentes históricos, no puede afirmarse que los elementos de la actitud interna fueran una invención del legislador nacionalsocialista.

por el autor primaba sobre el hecho³⁹⁴. A su vez, el concepto de culpabilidad “por la conculción de vida” se hallaba ligada de forma esencial a la “actitud” mostrada por el sujeto durante toda su vida frente al ordenamiento jurídico en su conjunto³⁹⁵.

Una vez superada la perspectiva nacionalsocialista se eliminó cualquier criterio de corrección del tipo basado en la teoría de los tipos de autor. Sin embargo, se mantiene la valoración ética de la actitud interna, aunque ya no desde la perspectiva del sujeto como miembro de una comunidad, sino como persona con identidad jurídica propia³⁹⁶.

Esta continuidad se observa claramente en los años cincuenta del s. XX, cuando la actitud interna se funde con la culpabilidad. Un ejemplo de esta tendencia es el concepto de culpabilidad de SCHMIDHÄUSER, entendida como “conducta espiritual inmoral” (*sittlich-wertwüdriges geistiges Verhalten*)³⁹⁷ que buscaba, precisamente, una mayor “etización” del derecho penal³⁹⁸. En consonancia, los motivos adquieren una gran importancia porque expresan una oposición individual a los valores ético-sociales³⁹⁹.

En la actualidad, la doctrina dominante parece orientarse en favor de hallar el fundamento en la mayor reprochabilidad del hecho, diferenciando entre la especial reprochabilidad del motivo, de la forma de comisión y de la finalidad⁴⁰⁰. Pero lo cierto es que, al considerar varios de los elementos (los relativos a los motivos y a la finalidad) como “elementos especiales de la personalidad”, en la medida en que se definen precisamente porque caracterizan de forma principal al autor y no al hecho, la mezcla de criterios es inevitable⁴⁰¹.

Este efecto se hace evidente, a mi juicio, en la aplicación de los móviles bajos (o motivos reprochables⁴⁰²), que requieren de una *valoración global* “que incluya las circunstancias del crimen, las condiciones vitales del autor y su personalidad, así como todos los factores externos o internos que fueron decisivos para motivar la acción del autor”⁴⁰³. HAAS denuncia que esta valoración global ha generado un incontrolable mo-

³⁹⁴ Vid. AMBOS (2020), pp. 194 y s.; FROMMEL (1980), p. 561; MÜSSIG (2005), pp. 81 y ss. En contra de esta opinión, ESER (1980), p. 31.

³⁹⁵ Cfr. Señala esta relación, MUÑOZ CONDE, F. (2001); *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 30, nota 21.

³⁹⁶ Cfr. MÜSSIG (2005), p. 92. WOESNER, H (1978); “Moralisierende Mordmerkmale”, *NJW*, pp. 1025-1028 p. 1025, considera que “los elementos del asesinato (...) mantienen reminiscencias del derecho penal de la actitud interna de la época nazi y de la teoría de los tipos de autor”; también SOTELSEK (2012), p. 170, destaca la pervivencia de esa perspectiva en la interpretación del asesinato.

³⁹⁷ SCHMIDHÄUSER (1958); *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1958, p. 186.

³⁹⁸ Cfr. GRÜNEWALD, A (2015); „Die vorsätzlichen Tötungsdelikte“, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-13, 57a StGB)*, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, p. 492 y GRÜNEWALD (2016), p. 23.

³⁹⁹ En este sentido PERALTA, J.M (2012); *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, p. 37.

⁴⁰⁰ Cfr. HAAS (2016), p. 324.

⁴⁰¹ Cfr. HAAS (2016), p. 325.

⁴⁰² Como los llama PERALTA (2012), *passim*.

⁴⁰³ HAAS (2016), p. 326.

ralismo judicial (*Richtermoral*) enfrentado con los principios de determinación, igualdad y proporcionalidad⁴⁰⁴.

Pese a todo, el criterio es defendido por un sector mayoritario de la doctrina alemana, si bien con diferencias según se vincule al hecho o a su autor.

2.1.1. La reprochabilidad del autor. Breve referencia a los elementos de la actitud interna.

“La reprochabilidad del autor es un concepto tradicionalmente ligado a los aspectos subjetivos y a la culpabilidad”⁴⁰⁵. En la doctrina alemana suele ir relacionada con la valoración del fuero interno, plasmada en los llamados “elementos de la actitud interna” (*Gesinnungsmerkmale*).

Como se ha comentado en el apartado anterior, el criterio de la especial reprochabilidad del autor ha sido criticado porque no es admisible en un derecho penal del hecho, dado que acaba mezclando los ámbitos de la moral y el derecho⁴⁰⁶. Frente a estas críticas, autores como MERKEL⁴⁰⁷ defienden que el riesgo de “moralización” del derecho penal procedente de la valoración jurídica de la actitud interna puede neutralizarse al centrar el reproche en el injusto del hecho. En su opinión, en un Estado liberal estaría proscrito fundamentar el injusto sobre la base de meras intenciones o motivos por sí mismos, por muy malos que fueren. Pero sí es posible hacerlo cuando suponen al mismo tiempo una lesión del derecho, puesto que “la conducta no puede valorarse solamente como un movimiento corporal”. En su opinión, los motivos o intenciones permiten la especial reprochabilidad *del injusto de la acción* y consecuentemente, una mayor culpabilidad.

El criterio de la especial reprochabilidad del autor implica aceptar la agravación del injusto (o directamente de la culpabilidad) por elementos relacionados con el fuero interno del sujeto, exteriorizados a través de la acción y que se manifiestan en los motivos y las intenciones. Aunque la expresión “elementos de la actitud interna” suele situar a la doctrina española en el contexto del derecho penal de autor⁴⁰⁸, en mi opinión deben tenerse en cuenta los esfuerzos que se realizan para evitar este reproche y reconducir así su interpretación hacia el respeto del principio de responsabilidad por el hecho.

⁴⁰⁴ HAAS (2016), p. 328, de acuerdo con Kargl, al que cita expresamente.

⁴⁰⁵ También en España se ha planteado si las circunstancias del asesinato suponen un incremento del contenido de injusto o “aluden sólo a una mayor reprochabilidad”, *vid.* SANZ MORÁN (1995), p. 807.

⁴⁰⁶ En este sentido, MÜSSIG (2005), p. 103 y GRÜNEWALD (2010), p. 47.

⁴⁰⁷ MERKEL (2015), pp. 667 y ss. Cita literal, p. 669.

⁴⁰⁸ *Vid.* CARBONELL MATEU (2022a), p. 52: “El modelo de regulación del ‘matar a otro’ que ahora acoge el Código Penal descansa en un sistema de reproche personal, de derecho penal de autor, que nada tiene que ver con la respuesta por el hecho cometido”.

2.1.1.1. La valoración del fuero interno. Motivos, fines y elementos de la actitud (*Gesinnungsmerkmale*)

La legislación penal y la jurisprudencia españolas han concedido gran importancia a los móviles y al fuero interno del autor en otros momentos históricos, pero en las últimas décadas se había venido observando una atención creciente a los elementos objetivos del hecho. Esta tendencia se aprecia, por ejemplo, en la eliminación (reforma de 1983) de la atenuante de actuar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia⁴⁰⁹ y en el progresivo abandono por parte de la jurisprudencia del empleo de expresiones como “actitud traicionera y cobarde” (alevosía), la exigencia de un especial sadismo o perversidad en el autor (ensañamiento) o las referencias a la inmoralidad y falta de escrúpulos en el asesinato por precio.

No obstante, la introducción de los nuevos elementos y agravantes específicas del asesinato procedentes de la reforma de 2015 que se apoyan en móviles o finalidades otorgan una preponderancia a los aspectos subjetivos del delito y conllevan un riesgo de valoración moral del autor.

En la doctrina alemana, estos elementos subjetivos suelen caracterizarse como “elementos de la actitud interna” (*Gesinnungsmerkmale*)⁴¹⁰. Podría decirse que tan solo existe acuerdo en cuanto a su carácter subjetivo, alcanzando las discrepancias a cuestiones tan importantes como el propio concepto de actitud interna, qué elementos podrían caracterizarse como tales, su ubicación en el delito e, incluso, su propia legitimidad en un derecho penal del hecho. KELKER, monografista del tema, comienza su trabajo destacando la imprecisión del concepto, a menudo definido de manera tautológica, así como la falta de unidad en la designación de los elementos que deben ser caracterizados como tales⁴¹¹.

Con la *Gesinnung* el jurista puede estar aludiendo a dos parámetros: por una parte, puede referirse a la valoración de la actitud interna permanente (o persistente, como parte de la personalidad) que se conoce al quedar manifestada en el hecho concreto⁴¹²; por otro lado, puede estar valorando la actitud del autor expresada tan solo puntualmente en el caso concreto, es decir, cuando el sujeto la manifiesta al exterior, pero sin que tenga importancia que esa actitud sea o no permanente⁴¹³. Aunque en los primeros momentos, por la influencia de la política criminal nacionalsocialista, se

⁴⁰⁹ Sobre esta atenuante *vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (1979); “La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia”, *ADPCP* Fasc. I, pp. 93-140, *passim*.

⁴¹⁰ La expresión alemana *Gesinnungsmerkmale* puede traducirse como “elementos de la actitud interna”, así por ejemplo LUZÓN PEÑA (2016), p. 245 y MIR PUIG, S. (2016); *Derecho penal. Parte General*, (Actualizado y puesto al día por Gómez Martín, V), 10ª ed., Reppertor, Barcelona, p. 288; y también como “elementos de la actitud espiritual” *vid.* ALONSO ÁLAMO, M. (1981); *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid. p. 484, y SANZ MORÁN (1995), p. 811.

⁴¹¹ KELKER (2007), p. 1.

⁴¹² ULLRICH (1959), *Natur und Tragweite der Mordmerkmale*, München, p. 78, define la actitud interna como una conducta permanente psicológica y asocial.

⁴¹³ En este sentido SCHMIDHÄUSER (1958), pp. 80 y ss. y NIEDERMAIR, H (1994); “Tateinstellungsmerkmale als Strafbedürftigkeitskorrektive”, *ZStW* 106, pp. 388 a 404.

considerara la actitud del sujeto ante los valores de la comunidad como parte de su personalidad, la doctrina fue evolucionando hacia un esfuerzo por separar la personalidad del autor de la actitud mostrada en el hecho.

En la actualidad, se mantiene unánimemente que el análisis de la actitud interna debe circunscribirse al caso concreto⁴¹⁴. Se trata, por tanto, de elementos subjetivos que muestran una especial tendencia o ánimo en el autor. El fuero interno del sujeto no puede ser enjuiciado por sí mismo, pues no se le puede hacer responsable por su personalidad o mera contrariedad interna a los valores sociales imperantes. Ahora bien, cuando estas tendencias o ánimos se anudan a la lesión de un bien jurídico, podrían fundamentar, desde diferentes perspectivas, una mayor responsabilidad del sujeto⁴¹⁵.

Los elementos de la actitud interna trascenderían de los principios básicos del derecho penal del hecho propiciando la tendencia al derecho penal de autor si a la hora de su enjuiciamiento, los conocimientos y la actitud interna del autor llegaran a tenerse por más importantes que el hecho cometido. Este peligro, advierte HORSTKOTTE, deriva de la dificultad de prueba de estos elementos, que podría favorecer una mayor influencia de los prejuicios morales o religiosos del juez que se encargue del caso⁴¹⁶. En la actualidad, superadas antiguas concepciones⁴¹⁷, la doctrina mayoritaria distingue entre elementos relacionados con la actitud interna como *puros* elementos de la culpabilidad (a los que se suele llamar “propios”) y los que pertenecerían al injusto y en parte a la culpabilidad (“impropios”)⁴¹⁸.

La clasificación de los concretos elementos de la actitud interna en alguna de estas opciones es muy discutida. En general, parece existir amplio acuerdo en clasificar los móviles bajos como elemento especial de la culpabilidad, es decir, como elemento de la actitud interna “propio”, mientras que los elementos cruelmente y alevosía serían, por el contrario, considerados como “impropios” elementos de la actitud interna⁴¹⁹. Sin embargo, algunas opiniones parecen limitar el concepto a los motivos o razones del autor⁴²⁰, mientras que otros, como JAKOBS, consideran que pueden pertenecer enteramente al injusto⁴²¹.

⁴¹⁴ Vid. HORSTKOTTE, H.W (1967); *Die verwerfliche Gesinnung, ein Begriffsmerkmal des Mordes?*, Hamburgo, pp. 36 y ss., donde hace un interesante repaso de la evolución que sufrieron importantes autores como Welzel o Gallas, entre otros, que comenzaron entendiendo la actitud interna como algo permanente, en cierto sentido como parte del carácter, para acabar optando por esta segunda interpretación.

⁴¹⁵ Sobre la génesis y evolución de este concepto, *vid.* KELKER (2007). Críticamente PERALTA (2012), pp. 44.

⁴¹⁶ Cfr. HORSTKOTTE (1967), p. 44.

⁴¹⁷ Por ejemplo, HARDWIG, W (1956); “Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht,” en *ZStW* 68, pp. 14 a 40, pp. 25 y s., consideraba que los elementos que expresan una actitud permanente serían los elementos de la actitud interna “propios” y que estamos ante elementos “impropios” cuando han sido incorporados al hecho.

⁴¹⁸ Vid. KELKER (2007), pp. 162 y ss.

⁴¹⁹ Vid. KELKER (2007), p. 164.

⁴²⁰ PERALTA (2012), p. 27.

⁴²¹ JAKOBS, G (1997); *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., traducida por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, p. 374, marg. 97.

Entre quienes ubican los elementos de la actitud interna “propios” en la culpabilidad destaca ROXIN, pues considera que en estos casos el legislador hace depender la penalidad de unos presupuestos de culpabilidad adicionales, como en “maliciosamente” (*böswillig*), “desconsideradamente” (*rücksichtlos*)⁴²². Entre los impropios, que en su opinión pertenecen en parte al injusto y en parte a la culpabilidad, se halla el elemento “cruelmente” (*Grausam*), pues el que mata de esta forma lo hace causando dolores o sufrimientos a la víctima (requisito del tipo) con una actitud interna despiadada y sin sentimientos (la actitud pertenece a la culpabilidad)⁴²³.

Centrando la cuestión en los elementos o circunstancias configuradoras del asesinato, tampoco existe acuerdo respecto de cuáles son *Gesinnungsmerkmale*. Por ejemplo, ENGISCH afirma que todos los elementos del asesinato pertenecen a la culpabilidad, cuya mayor gravedad respecto del homicidio reside en la especialmente reproachable actitud interna y en la especialmente indigna personalidad del autor⁴²⁴. HARDWIG considera, por su parte, que ni la codicia ni los móviles abyectos describen una actitud interna, pues en ambos casos se trata tan sólo de móviles⁴²⁵, mientras HORSTKOTTE señala que los móviles que impulsan al autor son elementos subjetivos del injusto que operan reforzando el juicio de desvalor social sobre el hecho⁴²⁶. Por su parte, ESER/STERNBERG-LIEBEN⁴²⁷ consideran que pertenecen a la culpabilidad los elementos del primer grupo del § 211 StGB (placer de matar, móviles bajos), pues las motivaciones serían elementos de la actitud interna “propios”, mientras que los del grupo 3, es decir, las intenciones (para favorecer o encubrir otro delito), podrían considerarse elementos “impropios” de la actitud interna.

En general, si se parte de un entendimiento de la culpabilidad basada en la especial reprochabilidad, la tendencia natural será la de considerar que estos elementos la agravan⁴²⁸. LANGE incluso llega a afirmar: “La actitud interna *especialmente reproachable* no es más que el aumento de culpabilidad del asesinato frente al homicidio. Porque un incremento del injusto no es posible aquí”⁴²⁹.

⁴²² ROXIN, C. (1997); *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. 2ª ed. por Luzón/Díaz/de Vicente), Civitas, Madrid, p. 315. Como muestra de la falta de acuerdo que versa sobre la cuestión, puede señalarse aquí que para SCHMIDHÄUSER (1958), p. 20, “maliciosamente” no es un elemento de la actitud interna “propio”, mientras que HORSTKOTTE (1967), p. 74, ni siquiera lo considera un elemento de la *Gesinnung*.

⁴²³ Cfr. ROXIN (1997), p. 315.

⁴²⁴ Cfr. ENGISCH, K (1955); “Zum Begriff des Mordes (Bemerkungen zu dem Urteil des BGH von 14.10.1954 -4St R 362/54)”, *GA*, pp. 161 a 167, p. 166; OTTO, H. (1994); “Die Mordmerkmale in der Höchststrichterliche Rechtsprechung”, *Jura*, pp. 141-152, p. 143: “Si se consideran como actitud interna especialmente reproachable, es consecuente incluirlos en la culpabilidad”.

⁴²⁵ Cfr. HARDWIG (1956), p. 27.

⁴²⁶ Cfr. HORSTKOTTE (1967), pp. 86 y s.

⁴²⁷ Cfr. ESER, A/STERNBERG-LIEBEN, D (2019); “§ 211 Mord”, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., C.H.Beck, München, pp. 2096-2119, p. 2097.

⁴²⁸ SCHMIDHÄUSER (1958), p. 197, HORSTKOTTE (1967), p. 72, ULLRICH (1959), p. 42. ENGISCH (1955), p. 166.

⁴²⁹ LANGE, R (1978); „Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes“, en *Gedächtnisschrift für Horst Schöder*, München, pp. 217 a 234, pp. 221 y s.

Pero también entre los autores que entienden la culpabilidad como responsabilidad por el hecho y que referencian el juicio de reproche en el injusto realizado, se aceptan elementos que agravan la culpabilidad. En este sentido, en la doctrina española, destacan CEREZO MIR y ALONSO ÁLAMO.

CEREZO MIR⁴³⁰ acepta la influencia de los motivos en la medida de la culpabilidad, pues considera que “la disposición de ánimo o talante no puede fundamentar por sí sola la culpabilidad, pero sí puede influir en su medida”. De esta forma, en el ensañamiento la gravedad del delito vendría determinada —junto al desvalor de acción— por un elemento subjetivo consistente en una “disposición de ánimo o talante, la crueldad, que rebasa la mera conciencia y voluntad de producir sufrimientos innecesarios y supone una mayor gravedad de la culpabilidad”.

Por su parte, ALONSO ÁLAMO considera que estos elementos subjetivos “son referibles directa y exclusivamente a la culpabilidad”⁴³¹. Por elementos de la actitud interna se entenderán solamente aquellos “que expresamente consistan en sentimientos del autor que adhieren a la capa anímica un componente valorativo fundamental”⁴³². En su opinión, el ensañamiento contiene un elemento de la actitud interna “impropio”, expresado en la característica “inhumanamente”, que cumpliría una función limitadora, por razones de culpabilidad, del injusto que agrava esta circunstancia⁴³³.

En otras ocasiones, sin emplear los términos “elementos del ánimo” o “elementos de la actitud interna”, determinadas circunstancias se ubican en la culpabilidad en atención a que revelan una mayor reprochabilidad del sujeto, sin más consideraciones. En este sentido, JORGE BARREIRO⁴³⁴ considera que el fundamento del precio, recompensa o promesa revela una mayor reprochabilidad, es decir, “una mayor culpabilidad por el móvil abyecto de matar a otro por puro interés material”. De forma similar, ARIAS EIBE⁴³⁵ considera que “es una circunstancia relativa a la disposición moral del delincuente que supone una mayor gravedad de la culpabilidad por el ánimo de lucro que pone de manifiesto en la ejecución del delito”.

Por su parte, ROXIN⁴³⁶ considera que el mismo elemento puede pertenecer al tipo subjetivo o a la culpabilidad, dependiendo su naturaleza del delito al que pertenezcan. De esta manera, el ánimo de lucro en los delitos de enriquecimiento pertenecerá al tipo, pero la codicia que caracteriza el delito de asesinato se integrará en el grupo de los elementos especiales de la culpabilidad. Los elementos matar para posibilitar u ocultar otro

⁴³⁰ CEREZO MIR, J (1996); “El delito como acción culpable”, *ADPCP* Fasc. I, pp. 9 a 42, p. 37.

⁴³¹ ALONSO ÁLAMO (1981), p. 661. De acuerdo con ella SANZ MORÁN (1995), pp. 810.

⁴³² ALONSO ÁLAMO, M. (2012); “Sentimientos y Derecho penal”, *CPC*, núm. 106, pp. 35-95, p. 48.

⁴³³ Cfr. ALONSO ÁLAMO, M (2015a); *El ensañamiento*, Comares, Granada, p. 92; *Vid.* también SANZ MORÁN (1995), pp. 809 y s.

⁴³⁴ JORGE BARREIRO, A. (1997); en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir) *Comentarios al Código Penal*, Madrid, p. 399.

⁴³⁵ ARIAS EIBE, M.J (2005) “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *RECPC*, núm. 07-03, p. 30.

⁴³⁶ ROXIN (1997), pp. 314 y ss.

delito también se integrarían en la culpabilidad, puesto que el “otro delito” al que se refieren no pertenece al tipo delictivo (*Deliktypus*) de la destrucción de la vida ajena, por lo que la intención no aumenta el injusto de esta, sino la culpabilidad⁴³⁷. Sin embargo, JAKOBS, que no incluye los motivos e impulsos entre los elementos de la actitud interna (pero sí la alevosía y el ensañamiento), considera que pertenecen al injusto. Pero cuando su interpretación evidencie que son independientes de la acción y sólo señalen una medida intensificada de deslealtad al derecho, “pertenecen *también* a la culpabilidad”⁴³⁸.

En los últimos años se aprecia un esfuerzo por llevar estos elementos al injusto por parte de concepciones que consideran que la culpabilidad es un filtro que confirma si el desvalor del injusto es aplicable personalmente al autor, por lo que no aceptan que tenga un contenido de desvalor autónomo sobre la base de elementos que no hayan sido afirmados previamente en el injusto. En esta línea, HAAS considera que la culpabilidad —o más exactamente, la fundamentación penal de la culpabilidad— es una categoría de imputación:

“Los elementos materiales de la culpabilidad se concretan en presupuestos, bajo los cuales el injusto puede ser reprochado al autor. Pero la culpabilidad no se puede elevar, porque no es posible ir más allá de una imputación completa. La culpabilidad solamente puede ser atenuada o excluida”⁴³⁹.

ROXIN/GRECO ofrecen un escueto resumen de las posiciones más relevantes que parten de esta concepción, considerando que estos enfoques son dignos de tener en cuenta, pero muestran sus dudas acerca de si esta reinterpretación, que pretende imprimirles un sesgo más objetivo, sería compatible con el derecho penal vigente en Alemania⁴⁴⁰.

También en la doctrina española los *Gesinnungsmerkmale* son tratados por algunos autores desde esta misma concepción de la culpabilidad. LUZÓN PEÑA considera que “tales elementos de la actitud interna (criticables o no) no tienen que ver con la culpabilidad, sino que cofundamentan, agravan o disminuyen el desvalor subjetivo (a veces subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo”. Desde esta perspectiva, considera que los elementos anímicos de algunos tipos delictivos, como los “móviles abyectos”, “ensañamiento”, “consciente desprecio por la vida”, “alevosía” y “por precio, recompensa o promesa”, solo pueden entenderse como elementos subjetivos del tipo⁴⁴¹.

Partiendo también de la dependencia de la culpabilidad respecto del injusto, MIR PUIG considera igualmente que estamos ante elementos subjetivos del injusto, de la clase

⁴³⁷ ROXIN (1997), p. 313. El autor propone entender que estamos ante un elemento subjetivo del injusto cuando caracteriza el tipo delictivo (*Deliktypus*) y ante elementos de la culpabilidad cuando solamente describa motivos, sentimientos y actitudes internas (p. 312).

⁴³⁸ JAKOBS (1997), p. 374. (El subrayado pertenece al texto).

⁴³⁹ HAAS (2016), p. 332. En el mismo sentido GRÜNEWALD (2010), pp. 205 y ss. (2015), p. 492 y (2016), p. 23 y s.

⁴⁴⁰ Cfr. ROXIN, C/GRECO, L (2020); *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ª Aufl., C.H. Beck, Múnich, p. 414 y s.

⁴⁴¹ LUZÓN PEÑA (2016), p. 195.

de “tendencia interna intensificada”, que define como aquellos en los que el autor confiere “a la *misma acción típica* un determinado sentido subjetivo”⁴⁴².

2.1.1.2. La actitud interna como criterio de fundamentación de la gravedad del asesinato. Breve referencia a la teoría de la corrección negativa del tipo

Dada la falta de acuerdo doctrinal en torno a estos elementos, cabe cuestionarse su capacidad para fundamentar la mayor gravedad del asesinato. En opinión de OTTO, su empleo quedaría justificado porque respecto de tales hechos delictivos a la sociedad no sólo le afecta la lesión del bien jurídico, sino también los motivos, el fin, la forma y manera de empleo de los medios que utilizó el autor para resolver su situación de conflicto. Así, es la conducta objetiva del autor exteriorizada hacia los demás miembros de la sociedad la que confiere a su actitud interna relevancia social⁴⁴³.

Un sector doctrinal defiende que el empleo de estos elementos tiene sentido para reducir el ámbito de aplicación del delito de asesinato cuando, pese a la realización de alguno de sus elementos, la actitud interna del autor no resulte especialmente reprochable dadas las circunstancias del caso. Esta es la idea que sirve de base a la teoría de la corrección negativa del tipo, que cuenta con bastante apoyo en la doctrina alemana. Conforme a ella, el elemento que define el asesinato tiene una significación indiciaria-sintomática que puede ser refutada en la calificación de los hechos⁴⁴⁴.

La teoría de la corrección negativa del tipo apenas ha encontrado eco en la doctrina española, aunque recientemente ha sido defendida por ALONSO ÁLAMO para restringir la aplicación de la circunstancia de ensañamiento, en coherencia con su interpretación de la característica “inhumanamente” como un elemento de la actitud interna. La autora entiende que el recurso legislativo a estos elementos debe ir siempre referido a un injusto determinado, en el que “la específica actitud interna del autor venga a atenuar, o a restringir una agravación”⁴⁴⁵.

A este modo de proceder, pese a facilitar la justicia del caso concreto gracias a su mayor flexibilidad, se le debe reprochar que va “en perjuicio de la igualdad y seguridad jurídicas, pues la apreciación global del hecho (difícilmente examinable) abre un espacio

⁴⁴² Cfr. MIR PUIG (2016), p. 288.

⁴⁴³ Cfr. OTTO, H (1971); “Straftaten gegen das Leben”, *ZStW* 83 (1971), pp. 39 a 80, pp. 43 y ss. En p. 57 propone que el criterio rector de la diferenciación entre homicidio y asesinato reside en que el hecho sea expresión de una “actitud interna de especial hostilidad social” del autor (*besonders sozialfeindlicher Gesinnung des Täters*).

⁴⁴⁴ Vid. MÜLLER-DIETZ, H (1983); “Mord, lebenslange Freiheitsstrafe und bedingte Entlassung”, *Jura*, pp. 568 a 580, y 628 a 635, p. 578.

⁴⁴⁵ ALONSO ÁLAMO (2015a); p. 88. En igual sentido, SANZ MORÁN (1995), p. 810. MORALES PRATS (2016), p. 32, considera que la propuesta es “lúcida y legítima político-criminalmente”, pero “parece introducir un nivel de complejidad excesivo en la dinámica hermenéutica aplicativa del tipo”.

a valoraciones subjetivas”⁴⁴⁶. Como afirma SOTELSEK⁴⁴⁷, existe el riesgo cierto de que esa valoración conjunta del hecho, que se apoyaría en el escaso contenido de información de la “especial reprochabilidad”, acabe dando lugar a un trato diferenciado para cada acusado. Ese trato desigual contradiría el mandato de determinación, que debe garantizar una aplicación del derecho previsible para sus destinatarios. También ROXIN rechaza esta teoría porque su imprecisión permitiría la calificación de asesinato conforme a la disposición moral del juzgador, que será quien decida entre “lo normal” y “lo especialmente reprochable”⁴⁴⁸.

La jurisprudencia del BGH rechazó tempranamente la corrección negativa del tipo por considerar que no se puede basar la calificación de asesinato sobre un elemento material de la culpabilidad que habría que encontrar en la actitud interna del autor. En general, el Tribunal Federal alemán entiende que el § 211 II StGB no contiene meros ejemplos típicos o ejemplos-regla (*Regelfälle*) de lo que es un asesinato, sino que la ley ha decidido con taxatividad qué circunstancias del hecho, en los delitos contra la vida, merecen mayor reprochabilidad y, por consiguiente, constituyen un asesinato sin necesidad de que el juez penal tenga que analizar si el hecho en su conjunto aparece como especialmente reprochable⁴⁴⁹.

Sin embargo, el propio tribunal se contradice pues, como afirma WOESNER⁴⁵⁰, en numerosas sentencias en las que se plantea asesinato con alevosía “se abre la esclusa a valoraciones moralizantes, con frecuencia incluso acentuadamente sentimentales”. Por lo tanto, aunque se rechaza la valoración global de la reprochabilidad como un criterio complementario del tipo, este “penetra abierta e inexorablemente por numerosas puertas traseras”. Para evitar que el juez se convierta en una especie de “autoridad moral”, WOESNER se aferra al respeto del mandato de certeza⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ MÜLLER-DIETZ (1983), p. 578; en sentido similar GRÜNEWALD (2010), pp. 44 y s.

⁴⁴⁷ SOTELSEK (2012), p. 108. Este autor considera que si junto a la interpretación de los elementos del asesinato a la luz del dogma de la reprochabilidad, se adoptara supletoriamente la corrección del tipo, la especial reprochabilidad sería comprobada doblemente: en relación con el elemento del asesinato y también en la valoración global en el marco de la corrección del tipo (ver p. 11); en contra también, MITSCH, W (1996); “Grundfälle zu den Tötungsdelikten”, *Jus* pp. 213-219, p. 213.

⁴⁴⁸ ROXIN, C (2008); “Zur normativen Einschränkung des Heimtücke merkmals beim Mord”, en *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Günther Widmaier zum. 70 Geburtstag*, pp. 741-757, p. 745.

⁴⁴⁹ Entre otros, JESCHECK, H-H (1957); “Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 22.9.1956-GSSt 1/56”, *JZ*, pp. 385-388, p. 386; BUSCH, (1957); “Über die vorzätzliche Tötung”, en *Festschrift für Theodor Rittler*, Innsbruck, pp. 287 a 296, p. 288. FROMMEL, (1980), p. 563, considera que de esta forma el BGH rechazó en su día la teoría de los tipos de autor.

⁴⁵⁰ WOESNER (1978), p. 1026. Se trata de una observación bastante generalizada. En este sentido, ROXIN (2008), p. 745, considera que la “solución de la consecuencia jurídica” que sigue la jurisprudencia (BGHSt 30, 105) merece similares críticas, pues supone la aplicación de un criterio de atenuación no previsto en la ley; igualmente en ROXIN, C. (1992); “Anmerkung zu BGH, Urt.v. 8.5.1991 - 3StR 467/90 (LG Wuppertal)”, *NStZ*, pp. 34 a 36, p. 35.

⁴⁵¹ WOESNER (1978), p. 1026; igualmente SOTELSEK (2012) p, 107, considera que la exigencia jurisprudencial de una “actitud hostil hacia a víctima” en la alevosía no es más que una corrección del tipo.

En definitiva, el criterio de la especial reprochabilidad del autor, ligado a la valoración de su fuero interno, conduce a un riesgo cierto de introducción de criterios moralistas en la aplicación del asesinato. Los elementos de la actitud interna adolecen de otros defectos que pueden convertirlos en un arma moralizante suscitando no pocos recelos en cuanto a su compatibilidad con el derecho penal del hecho. En este sentido se han pronunciado autores como LUZÓN PEÑA⁴⁵² o JAKOBS, entre otros. Este último afirma que un número elevado de elementos motivacionales y de la actitud interna son un indicio de la “etización” del derecho penal —así como de la incapacidad del legislador— y critica que con ellos el principio de taxatividad cede en favor de una valoración que da lugar a una interpretación de contornos incontrolables⁴⁵³.

A la vista de estos riesgos, no debe extrañar que en los últimos años se observe en Alemania una corriente doctrinal crítica con los elementos de la actitud interna⁴⁵⁴, quizás porque se teme un abuso en su empleo.

En la doctrina española también preocupa la deriva hacia un derecho penal de corte moralizante que se reflejaría en la incorporación de las nuevas modalidades del delito de asesinato y de algunas de sus circunstancias agravantes específicas. CUENCA GARCÍA⁴⁵⁵ critica expresamente las interpretaciones que acentúan el elemento subjetivo de las circunstancias del asesinato, con el empleo de términos como “maldad”, “insidia” y “perversidad”, por considerar que en un derecho penal del hecho “la pena no puede fundamentarse en ciertas circunstancias personales del autor, como por ejemplo su personalidad o su carácter (...) ánimo ruin o cobarde” por el riesgo de caer “en la culpabilidad por el carácter o la conducción de vida propia de un derecho penal de autor”.

Por el contrario, PANTALEÓN DÍAZ defiende que el principio del hecho no impide la valoración penal del fuero interno y tampoco la concepción de la culpabilidad “como filtro del injusto” es incompatible con “la existencia de circunstancias agravantes basadas en la mayor imputación personal del hecho a su autor”⁴⁵⁶.

Vid. KINDHÄUSER/SCHRAMM (2020); *Strafrecht. Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Saat und Gesellschaft*, 9 Aufl., p. 44, que se oponen a que las decisiones basadas en reglas legales puedan ser reemplazadas en favor de una valoración moral por parte del juez.

⁴⁵² Cfr. LUZÓN PEÑA (2016), p. 196,

⁴⁵³ Cfr. JAKOBS (1997), p. 374; también ZORN, A (2013); *Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB-ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal?*, Dunker & Humboldt, Berlín, p. 199.

⁴⁵⁴ Vid., entre otros, ZORN (2013), p. 198 y GRÜNEWALD (2010), pp. 89 y ss. En contra de esta tendencia se posiciona KELKER (2007), p. 4.

⁴⁵⁵ CUENCA GARCÍA, M. J (2016); “Problemas interpretativos y de *non bis in idem* suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”, *CPC*, núm. 118, 2016, pp. 115-149 p. 125. Se oponen también expresamente a esta comprensión de la alevosía MOYA GUILLEM, C/SANDOVAL CORONADO, J.C. (2023); “La regulación de los ataques contra víctimas vulnerables en los delitos contra la vida. Otro caso de irracionalidad legislativa”, en DOVAL PAÍS/GUTIÉRREZ PÉREZ (Dir.), *Manifestaciones de la desigualdad en el sistema penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 263-307, p. 275.

⁴⁵⁶ PANTALEÓN DÍAZ, M (2020); “La aporofobia como móvil discriminatorio: ¿derecho penal de autor?”, *Revista Sistema Penal Crítico*, n° 1, pp. 153-164, p. 161.

Los esfuerzos por reconducir esos elementos subjetivos al injusto deben entenderse orientados a limitar la influencia de la personalidad del autor directamente en la fundamentación y agravación de la culpabilidad. Se pretende que el vínculo con el injusto reduzca la tendencia moralizante a que inevitablemente parecen conducir tales elementos. Pero este proceder, aunque coherente con el concepto de culpabilidad del que se parte, no soluciona los peligros del derecho penal de la actitud. Al respecto, merece la pena destacar la opinión de PEÑARANDA⁴⁵⁷:

“Con ello se corre manifiestamente el peligro de que así se termine por producir, sin la menor resistencia, una vasta eticización de la antijuridicidad —y, mediatamente, de la culpabilidad, que en aquélla se basa—, porque con ese simple desplazamiento conceptual se vea como legítima en el ámbito de la fundamentación del ilícito una desvaloración ético-social de la actitud interna del agente que se rechazaba de plano en la culpabilidad”.

Desde mi punto de vista, no todo elemento motivacional conduce inexorablemente al derecho penal de autor. No obstante, sí que se debe hacer un esfuerzo para reducir el peligro de caer en el moralismo que parecen llevar adosado fines, motivos e intenciones. Este riesgo podría minimizarse dotando a estos elementos de unos contornos más objetivos relacionados con la mayor gravedad del hecho fundamentada en un injusto mayor, como se verá más adelante respecto del incremento de peligrosidad a que pueden dar lugar, por la vía de un mayor desvalor de acción⁴⁵⁸.

El epígrafe siguiente se dedicará a explorar la posibilidad de relacionar los elementos del asesinato con un mayor desvalor de resultado.

2.1.2. *La reprochabilidad del hecho. El injusto ampliado o acumulado*

2.1.2.1. La destrucción de la vida como injusto máximo del delito de asesinato

Esta tesis parte del valor absoluto del bien jurídico *vida* y considera que la muerte de unas personas no puede ser más grave que la de otras. Dado que todas las vidas tienen el mismo valor, todas las muertes deben ser igualmente desvaloradas, sin que determinadas características del sujeto pasivo puedan determinar más gravedad por la vía de un mayor desvalor de resultado. Es esta una opinión bastante generalizada en la doctrina alemana⁴⁵⁹ que en su versión más estricta supone que ante la concurrencia de un elemento del asesinato no cabría posibilidad de atenuación de la pena, porque en ese caso se estaría relativizando el bien jurídico vida⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 274.

⁴⁵⁸ *Vid.* Cap. IV.2.2.

⁴⁵⁹ *Vid.* sobre esta cuestión GRÜNEWALD (2010), p. 147.

⁴⁶⁰ *Vid.* ZORN (2013), p. 160, que considera que ese argumento parte de una confusión entre las categorías de bien jurídico e injusto.

Este es el principal argumento que se alega contra la consideración, como criterios que fundamentarían una mayor gravedad del asesinato, de la lesión o puesta en peligro de otro bien jurídico (para favorecer otro delito) o la valoración de determinados aspectos que residen en la especial condición del sujeto pasivo. Entre estos últimos podría apreciarse la edad de la víctima⁴⁶¹, su especial vulnerabilidad o el ejercicio de determinada profesión⁴⁶².

Desde este punto de partida, se ha defendido que, si el desvalor del resultado es fijo y no puede graduar ni cuantitativa ni cualitativamente, la diferencia debe estar en la culpabilidad⁴⁶³.

Desde mi punto de vista, la consideración de la muerte como injusto máximo da lugar a consecuencias de gran severidad punitiva y no se ajusta a la fenomenología de estos delitos, en los que se presentan supuestos de muy diferente gravedad⁴⁶⁴. Además, aun admitiendo la igualdad de desvalor de resultado, no sería obligado recurrir a la culpabilidad, pues esta diferencia puede fundamentarse también en el injusto. En este sentido, MÜSSIG señala como ejemplo la diferenciación entre homicidio doloso e imprudente, que puede hacerse en el injusto sin necesidad de recurrir a la culpabilidad, aunque el desvalor de resultado sea el mismo⁴⁶⁵.

Por otro lado, la necesidad de protección de otros bienes jurídicos puede justificar una mayor gravedad sobre la base de un resultado mayor, cuando el autor, además de causar la muerte también lesiona otros bienes jurídicos de importancia. Muchos de estos supuestos pueden solucionarse aplicando un concurso de delitos, por lo que la calificación como asesinato debe poder fundamentarse con algún argumento adicional, que justifique relegar las normas generales de imputación (en este caso, las reglas del concurso).

⁴⁶¹ En contra de valorar la joven edad de la víctima se ha pronunciado expresamente un amplio sector doctrinal y jurisprudencia, *vid.* SCHOEDER, F-C (2019); en MAURACH/SCHOEDER/MAIWALD/HOYER/MOMSEN; *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1. Persönlichkeits- und Vermögenswerte*; 11. Aufl. C. F. Müller, Heidelberg, p.13.

⁴⁶² Por ejemplo, el art. 221-4 del CP francés impone la cadena perpetua cuando la víctima es personal escolar, funcionario de un servicio público o personal de la salud, entre otros; el art. 575 CP italiano, cuando la víctima es funcionario o agente de policía judicial; y el art. 131 CP portugués, que cualifica el homicidio en atención a la función que ejerce la víctima (altos funcionarios, participantes en la actividad judicial, miembros y agentes de seguridad, entre otros muchos).

⁴⁶³ Por todos ESER (1980), p. 98. PERALTA (2012), pp. 152, se refiere a esta forma de argumentar como “falacia de remisión”.

⁴⁶⁴ Cfr. PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 289. Por su parte, GRACIA MARTÍN, L./VIZCUETA FERNÁNDEZ, J. (2007); *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 15, señala que “el alcance de la protección estará sin duda condicionado por las concepciones sociales”.

⁴⁶⁵ MÜSSIG (2005), p. 127. También OTTO (1994), p. 143, considera que no es cierta la tesis de que el injusto de la muerte de otra persona no sea graduable.

2.1.2.2. El mayor desvalor del resultado como criterio de fundamentación

En esta línea habría que destacar dos tendencias principales:

- (1) la lesión de otro bien jurídico; por ejemplo, la dignidad humana en el ensañamiento;
- (2) la puesta en peligro de otro bien jurídico; por ejemplo, la vida de otras personas además del finado en los medios de peligro común⁴⁶⁶.

La lesión añadida a la dignidad humana se predica actualmente del ensañamiento y se empieza a mencionar también en las circunstancias de facilitar y ocultar otro delito, así como en la específica de ser la muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. En contra de atender a este criterio se ha mostrado SOTELSEK por considerar, de una parte, que en cualquier muerte dolosa el autor instrumentaliza a su víctima y subordina su dignidad humana a sus propios intereses solipsistas y, de otro lado, que se estaría relativizando la protección penal de la vida si el tipo de asesinato requiriera la dignidad humana como bien jurídico complementario⁴⁶⁷.

SANZ MORÁN incluye en este grupo también el homicidio para cometer o facilitar otro delito, o para encubrirlo, junto con todas aquellas circunstancias que hagan referencia a la cualidad de la víctima, bien por ser éstas especialmente vulnerables, o bien porque ostentan una determinada cualidad o cumplen una determinada función⁴⁶⁸.

También podría incluirse el asesinato para facilitar otro delito, en la medida en que se ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos en esos otros tipos delictivos que el sujeto pretendía realizar; en cuanto al asesinato de cobertura, se alude a la lesión del buen funcionamiento de la Administración de Justicia, puesto que se pretende impedir su intervención⁴⁶⁹. Sin embargo, resulta muy cuestionable que esos otros bienes jurídicos puedan fundamentar la mayor gravedad que supone la calificación de asesinato.

Se ha defendido que las circunstancias que agravan en atención a determinadas condiciones de la víctima, como la especial vulnerabilidad, podrían quedar justificadas si el Estado tuviera una obligación especial de protección respecto de estas víctimas, por asunción de principios constitucionales (promover la igualdad real de las personas), o internacionales⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ En este sentido, SANZ MORÁN (1995), p. 808. No interesa aquí la lesión de otro bien jurídico como un síntoma de alta posibilidad de reincidencia, que nos llevaría al criterio de la mayor peligrosidad, como hemos visto en Cap.V.2.

⁴⁶⁷ Cfr. SOTELSEK (2012), p. 41. También PERALTA (2012), p. 158, rechaza esta tesis para justificar la mayor gravedad de los motivos reprochables en el asesinato.

⁴⁶⁸ Cfr. SANZ MORÁN (1995), p. 808.

⁴⁶⁹ *Vid.* Cap.V.3.1.4.

⁴⁷⁰ *Vid.* Cap. V. 3.1.5.

Desde mi punto de vista, la lesión de otro bien jurídico personalísimo de la misma víctima podría defenderse respecto del ensañamiento⁴⁷¹ y de la agravante específica de ser el asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual⁴⁷².

2.1.3. Valoración crítica

La especial reprochabilidad del autor no parece ser adecuada como criterio rector de diferenciación entre asesinato y homicidio. En mi opinión, resulta criticable la poca fiabilidad que ofrecen sus postulados, pues la “valoración global” acaba realizándose en clave moralista. Esta tendencia es prácticamente inevitable cuando se apoya la especial reprochabilidad en el recurso al fuero interno del autor (*Gesinnung*), por más que pretenda reconducirse a través de la teoría de la corrección del tipo. Los principios de taxatividad y de igualdad podrían verse afectados.

Tampoco suscribo la tesis de la corrección negativa del tipo porque implica el tratamiento de los elementos del asesinato como presunciones *iuris tantum* de elementos fundadores, ya sean del injusto o de la culpabilidad, según la comprensión que se defienda de estas categorías. Aunque es cierto que, bien aplicada, podría venir a solucionar muchos de los excesos del delito de asesinato, también podría producir dos efectos indeseables: en primer lugar, quizás favorezca una aplicación desigual del derecho según la opinión que sobre el caso concreto tenga cada juzgador⁴⁷³; y, en segundo lugar, también deja una puerta abierta a la introducción de criterios moralistas y de mayor alarma social. Desde mi punto de vista, estas objeciones la convierten en una teoría peligrosa respecto de la seguridad jurídica y, por tanto, debe ser rechazada⁴⁷⁴.

Por otro lado, si la especial reprochabilidad se sigue defendiendo en Alemania como fundamento del asesinato frente al homicidio, ello se debe, en gran medida, a que este delito contempla la prisión de por vida como pena única y las posibilidades de atenuación que contempla el StGB a veces no alcanzan para evitar esta pena en situaciones que claramente no se hacen acreedoras de tan grave penalidad. Este problema no es extrapolable a la situación española y, por tanto, tampoco han de serlo sus propuestas de solución.

Los problemas que plantea este criterio en sus dos versiones y las críticas señaladas han llevado a proponer su abandono⁴⁷⁵, por lo que se hace necesario analizar el criterio de la peligrosidad, al que se dedica el epígrafe siguiente.

⁴⁷¹ Vid. Cap. V.3.1.3.

⁴⁷² Vid. Cap. V.3.1.6.

⁴⁷³ Por todos ROXIN (2008), p. 745.

⁴⁷⁴ En sentido similar, CORREA FLÓREZ, M.C. (2016); *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, p. 263.

⁴⁷⁵ Vid. ALBRECHT (1982), p. 700: “la reprochabilidad como postulado normativo del legislador no es dogmáticamente consistente ni está empíricamente fundamentada y tampoco es practicable”.

2.2. EL CRITERIO DE LA PELIGROSIDAD EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL ASESINATO

La doctrina comienza a interesarse por el criterio de la peligrosidad avanzada la segunda mitad del XX, cuando se plasma en el Proyecto Alternativo de 1970 como reacción al criterio de la reprochabilidad con la pretensión de ofrecer una orientación preventiva del derecho penal⁴⁷⁶.

La peligrosidad puede ir referida al autor o al hecho, aunque a menudo no se diferencia con nitidez entre ambas e incluso en algunos estudios se oscila de una a otra⁴⁷⁷.

Por otro lado, este criterio puede subdividirse, siguiendo a SOTELSEK, en tres *topoi*: el peligro de reiteración, el peligro para otros bienes jurídicos y la peligrosidad alineada con el modelo de prevención general⁴⁷⁸. Junto a estos supuestos, debe señalarse la importancia de la mayor peligrosidad del hecho debido a la especial capacidad de la conducta para alcanzar el resultado de muerte.

El peligro de reiteración (ARZT) y de la peligrosidad entendida en clave de prevención general (ESER y AE-LEBEN) se estudiarán en el epígrafe relativo a la peligrosidad del sujeto, mientras que en el referido a la peligrosidad del hecho se analizarán la mayor peligrosidad de la acción y el peligro generado para otros bienes jurídicos.

2.2.1. La peligrosidad del autor

Este criterio recae directamente sobre una determinada característica personal del autor y está íntimamente relacionada con las necesidades de prevención, tanto general como especial.

ESER es un destacado defensor del principio de la peligrosidad como criterio único de diferenciación entre asesinato y homicidio, que se plasma en su conocida contribución al 53. DJT (*Deutscher Juristentag*). En su propuesta configura el asesinato como tipo básico, entendido como una muerte dolosa sin disminución de culpabilidad, siendo el homicidio un tipo atenuado por razones de imputabilidad o en situaciones de conflicto. La imposición de la prisión de por vida queda reservada a la concurrencia de alguna de las circunstancias que articula con la técnica de los ejemplos típicos o ejemplos-regla (*Regelbeispiele*), de manera que la presencia de uno de esos elementos debe complementarse con la comprobación en el autor de una “*actitud especialmente peligrosa hacia la integridad física y la vida*”⁴⁷⁹ que, entendida en clave de prevención general, constituiría el fundamento de la cualificación.

En su diseño, este criterio rector no va orientado a realizar una prognosis de peligro sobre el autor, sino que más bien se trata de comprobar si el hecho se corresponde con

⁴⁷⁶ Cfr. GRÜNEWALD (2019), pp. 48 y s.

⁴⁷⁷ Cfr. MERKEL (2015), pp. 658 y s.

⁴⁷⁸ SOTELSEK (2012), p. 32.

⁴⁷⁹ ESER (1980), p. 168. GRÜNEWALD (2019), pp. 48 y s.

un patrón de comportamiento “amenazante”, que probablemente revele una actitud o disposición (*Einstellung*) especialmente peligrosa. ESER reconoce que para caracterizar esa actitud igualmente podría haber empleado la expresión *Gesinnung*, que prefiere evitar por estar lastrada por cierto abuso en su utilización⁴⁸⁰ y por su clara ligazón con el criterio de la reprochabilidad.

En la selección de los ejemplos típicos o ejemplos-regla, ESER tiene en cuenta el criterio de la peligrosidad desde una triple perspectiva: la peligrosidad del autor, la peligrosidad de su forma de comisión y/o la mayor peligrosidad a causa de un desvalor del resultado adicional a la muerte⁴⁸¹. La presencia de uno de estos ejemplos-regla supone un indicio de peligrosidad del autor, que debe constatararse para el caso concreto. Además, la ausencia de un ejemplo-regla no impide la imposición de la prisión de por vida cuando una valoración conjunta del hecho muestre que el sujeto actuó con una actitud especialmente peligrosa frente a la vida y la integridad física⁴⁸².

En la propuesta de ESER lo realmente importante es ofrecer un criterio que fundamente la gravedad del hecho para poder aplicar la prisión perpetua. Aunque no se muestre a favor de su mantenimiento, considera que esta pena solo tiene sentido conforme a parámetros de prevención general.

Respecto de la prevención general negativa, el efecto disuasorio puede tener lugar en aquellos casos en los que el autor sopesa los pros y contras, como podría ocurrir, en su opinión, respecto de las muertes para facilitar u ocultar otro delito; también cuando el sujeto ingresa en una banda en la que habitualmente se porten armas y se emplee violencia, así como en las muertes por codicia y en las que se conectan con la satisfacción del instinto sexual⁴⁸³.

Por lo que se refiere a la prevención general positiva o integradora, considera que cuando se produce una muerte de forma que “amenaza a la comunidad” se reacciona (mediante un mecanismo psicológicosocial) queriendo “eliminar” el peligro que supone la persona en cuestión, que es, al fin y al cabo, según afirma ESER, de lo que se trata con la prisión de por vida. En su opinión, ejemplos de esos homicidios que amenazan a la comunidad podrían ser aquellos que no responden a una relación autor-víctima o que no se refieren a una víctima concreta, así como los que resultan socialmente insoportables. Los supuestos que, en su opinión, son apropiados para generar miedo e inseguridad en la sociedad, serían: asesinatos múltiples y puesta en peligro de la vida de terceros; la muerte dolosa con arma de fuego que se porta ilícitamente; la causada en asociación criminal y también cuando se causa de forma especialmente atroz; la causada con abuso malicioso de confianza, incluyendo los contactos sociales de carácter amistoso; la muerte para excitar o satisfacer el instinto sexual; la muerte por lucro (*Gewinnssucht*); para facilitar otro delito y para ocultar otro delito⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ ESER (1980), pp. 168.

⁴⁸¹ Cfr. ESER (1980), p. 164.

⁴⁸² Cfr. ESER (1980), p. 170.

⁴⁸³ Cfr. ESER (1980), pp. 166.

⁴⁸⁴ *Vid.* ESER (1980), pp. 171-181.

En relación con la muerte por lucro considera que el autor no solo mostraría desprecio por la vida, sino que también es indicio de un peligro de reincidencia; argumento que igualmente aplica a la muerte para facilitar otro delito, en la medida en que advierte este riesgo en quien desprecia la vida humana hasta el punto de sacrificarla para otra finalidad delictiva. También observa este riesgo de reincidencia en el autor de un asesinato para excitar o satisfacer el instinto sexual (en este caso, junto a fines preventivo-disuasorios y de aseguramiento en el caso de delincuentes con instinto patológico). En cuanto al asesinato de cobertura, entiende que el autor puede manifestar una actitud especialmente peligrosa por no controlar una posible escalada delictiva, de manera que para ocultar otros delitos acaba provocando el peor injusto⁴⁸⁵.

De esta forma, ESER acaba dando entrada a la prevención especial como fundamento del asesinato, pese a rechazarla inicialmente⁴⁸⁶.

También ARZT es un claro defensor de este postulado pues, aunque se plantea la renuncia a la prisión de por vida, considera que su presencia debe tener la finalidad de aseguramiento de la sociedad. Respondería a este objetivo su previsión para los asesinatos de carácter sexual, los cometidos por placer de matar, por codicia y para facilitar otro delito, pues en todos ellos parece primar el riesgo de reincidencia como expresión de la mayor peligrosidad del sujeto. Considera que alevosía, móviles bajos, crueldad y empleo de medios de peligro común son elementos neutros desde punto de vista de este riesgo de reiteración y por eso son los más discutidos en la doctrina alemana⁴⁸⁷.

Aunque ambos autores hacen un encomiable esfuerzo por anudar la peligrosidad del sujeto a su comportamiento externo para eludir el fundamento de agravación en su especial reprochabilidad, sus propuestas no terminan de convencer.

En primer lugar, porque al anudar la prisión perpetua al peligro de reincidencia, se le está confiriendo una naturaleza más afín a una medida de seguridad que a una verdadera pena⁴⁸⁸. Esta crítica es clara respecto de ARZT, que se enfoca directamente en riesgo de reiteración. Pero también ESER fundamenta varios de sus ejemplos-regla en este peligro, de manera que no termina de eludir la prevención especial como fundamento del asesinato pese a rechazarla inicialmente⁴⁸⁹.

En este sentido, SOTELSEK considera que esta orientación parece especialmente preocupada por cubrir las necesidades de aseguramiento de la sociedad frente a los homicidas. Pero, en su opinión, con la introducción del § 66b Abs. 2 StGB que conduce, en el caso del asesinato, a una duplicación del control del sujeto (prisión de por vida de un lado y custodia de seguridad de otro), las necesidades de seguridad estarían cubiertas,

⁴⁸⁵ Vid. ESER (1980), pp. 174-180.

⁴⁸⁶ Vid. ESER (1980), p. 166.

⁴⁸⁷ Cfr. ARZT, G (1971); „Die Delikte gegen das Leben“, *ZStW* 83, pp. 1-38, pp. 20 y s.

⁴⁸⁸ Vid. RÜPING, H (1979); „Zur Problematik des Mordtatbestandes“, *JZ*, pp. 617-621, p. 619; MERKEL (2015), p. 659; SOTELSEK (2012), pp. 32-46; MÜSSIG (2005), p. 112; GRÜNEWALD (2010), p. 51; SÁNCHEZ TOMÁS (1996), p. 31.

⁴⁸⁹ ESER (1980), p. 166.

teniendo en cuenta, además, que el índice de reincidencia en el asesinato se sitúa en el 1%⁴⁹⁰. También HAAS⁴⁹¹ alude al escaso riesgo de reincidencia y a la confusión entre penas y medidas en su crítica a la propuesta de ARZT.

En segundo lugar, como señala SOTELSEK, el criterio fracasa allí donde la prognosis de reincidencia del autor sea mínima, pues habría que aplicarle una pena reducida pese a la comisión de un delito muy grave. De esta forma, la culpabilidad se vería orillada por el principio preventivo especial de la peligrosidad que, en definitiva, es un recurso al derecho penal de autor⁴⁹². También GRÜNEWALD advierte del riesgo de acentuar la peligrosidad del sujeto pues implica el abandono de la culpabilidad por el hecho, derivando hacia un derecho penal de autor⁴⁹³. La autora es especialmente crítica con la propuesta de ESER, porque con sus referencias a la actitud interna va pasando de la peligrosidad a la reprochabilidad y la argumentación se vuelve tautológica⁴⁹⁴. En el mismo sentido, MÜSSIG señala que este criterio acaba perdiendo objetividad puesto que, al basarse en una actitud específica del autor, termina siendo reconducido a concepciones cercanas a los modelos de reprochabilidad⁴⁹⁵.

Esta confusión entre los criterios de peligrosidad y reprochabilidad se destaca respecto de las muertes causadas por una razón trivial, para obtener una ventaja patrimonial o para satisfacer el instinto sexual. En todas ellas son claros los indicios del peligro de reincidencia y también de una especial reprochabilidad, por el escaso valor que se da a la vida humana. Se debe tener cuidado, además, con este último argumento, pues parece conducir a una valoración más positiva de la muerte de una persona cuando el motivo es obtener una extraordinaria cantidad de dinero⁴⁹⁶. Algo similar ocurre con los elementos de facilitar u ocultar otro delito, que se consideran basados en la intención del autor por la doctrina mayoritaria, porque el autor dispuesto a matar si es preciso (*“notfalls über Leichen zu gehen”*), no solo muestra una actitud interna despreciable, sino que esta también resulta expresiva de su mayor peligrosidad. En estos casos la jurisprudencia suele apreciar —a modo de regla inversamente proporcional— mayor peligrosidad del sujeto a menor gravedad del delito que se quería posibilitar⁴⁹⁷.

⁴⁹⁰ SOTELSEK (2012), pp. 32 y s. De hecho, la puesta en libertad, conforme al § 57 Abs.1 Nr.2 StGB depende de un juicio de peligrosidad, apoyado por la comisión de otros delitos sin conexión con el homicidio. Sobre esta cuestión, *vid.* ABANTO VÁSQUEZ, M (2017); “El modelo de la pena privativa de libertad ‘de por vida’ (cadena perpetua) en Alemania”, en DE LEÓN VILLABA (Dir)/LÓPEZ LORCA (Coord) *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 517-564.

⁴⁹¹ HAAS (2016), pp. 343 y ss; ALBRECHT (1982), pp. 700-705.

⁴⁹² Cfr. SOTELSEK (2012), p. 34 y s.

⁴⁹³ Cfr. GRÜNEWALD (2010), p. 51. En la misma línea, MERKEL (2015b), pp. 658 y s., por entender que la peligrosidad no puede referirse al autor, puesto que solo puede ser penado sobre la medida de su culpabilidad; también ZORN (2013), p. 200, considera incompatible con el principio de culpabilidad hacer depender la concreta realización del tipo de semejantes consideraciones de pronóstico sobre el autor.

⁴⁹⁴ Cfr. GRÜNEWALD (2010), p. 56.

⁴⁹⁵ Cfr. MÜSSIG (2005), p. 121.

⁴⁹⁶ Cfr. SOTELSEK (2012), pp. 46 a 49.

⁴⁹⁷ Cfr. WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER (2019); *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 43ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, p. 26.

Esta mezcla de criterios se encuentra también en la doctrina española, especialmente cuando la peligrosidad del autor se interpreta, en mayor o menor medida, como expresión de su maldad. En este sentido, FERNÁNDEZ ALBOR considera que el asesinato “es indicador de una perversidad, de un instinto criminal más caracterizado por una mayor peligrosidad”⁴⁹⁸. Pero en general, existe bastante consenso en rechazar el criterio de la peligrosidad del autor. Así se han pronunciado expresamente TORÍO LÓPEZ⁴⁹⁹, LAMARCA PÉREZ⁵⁰⁰, MORALES PRATS⁵⁰¹ y SANZ MORÁN⁵⁰². También ALONSO ÁLAMO lo rechaza categóricamente, por entender que tal concepción sería incompatible con el derecho penal del hecho. En su opinión, esto es lo que ocurre, por ejemplo, “cuando se identifica el ensañamiento con el comportamiento sádico y con la presencia de una personalidad desviada”⁵⁰³.

No debe extrañar, por tanto, que la reforma de 2015 haya generado inquietud y no pocas críticas ante el temor del regreso a un derecho penal que no respete los principios del derecho penal del hecho. En este sentido, MORALES PRATS denuncia la “reintroducción de criterios de temibilidad y peligrosidad”⁵⁰⁴, propios de un derecho penal de autor. Estos reproches se centran fundamentalmente en los elementos “para facilitar o para ocultar otro delito” y en las agravantes específicas comunes del art. 140.1, especialmente la 2ª, cuando la muerte “sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual” y la 3ª, por pertenecer a un grupo u organización criminal⁵⁰⁵.

En definitiva, marcar el acento en la peligrosidad del autor parece alejarnos del derecho penal del hecho, aun cuando no sea ese el objetivo perseguido⁵⁰⁶. A este reproche cabe añadir otro no menos importante: el criterio de la peligrosidad del autor es un concepto demasiado poroso, que en última instancia conduce al impacto social del hecho, favoreciendo, quizás, un mayor decisionismo judicial tendente a la justicia del caso concreto⁵⁰⁷.

2.2.2. *La peligrosidad del hecho*

El criterio de la especial peligrosidad del hecho suele centrar su atención en la mayor capacidad de la conducta para alcanzar el resultado de muerte. En este sentido, la alevosía suele fundamentarse en la mayor peligrosidad de la acción.

⁴⁹⁸ FERNÁNDEZ ALBOR (1964), p. 111. Con base en su argumento, considera discutible la adecuación de la alevosía, pero sí aprueba el precio, recompensa o promesa (p. 158 y s.).

⁴⁹⁹ TORÍO (1983), p. 105: “no es actualmente imaginable una orientación del Código Penal por el principio de peligrosidad individual del autor”.

⁵⁰⁰ LAMARCA PÉREZ (1989), p. 346, rechaza tajantemente este criterio por entender que sería una vulneración del principio de responsabilidad por el hecho y por temor a un regreso de la teoría de los tipos de autor.

⁵⁰¹ MORALES PRATS (1995), p. 261.

⁵⁰² SANZ MORÁN (1995), p. 807.

⁵⁰³ ALONSO ÁLAMO (2015a), p. 67; en el mismo sentido Peralta (2013), p.172.

⁵⁰⁴ Cfr. MORALES PRATS (2016), p. 33.

⁵⁰⁵ *Vid.* Cap.V.1.6. y 1.7.

⁵⁰⁶ De hecho, como se ha visto en el texto, ESER (1980), pp. 182 y s., considera que puede prescindirse de otros supuestos de carácter más subjetivo, como el placer de matar y los móviles abyectos.

⁵⁰⁷ En este sentido, *vid.* SOTELSEK (2012), p.187.

Sin embargo, puede defenderse también desde una perspectiva más amplia, referida a la posibilidad de alcanzar más resultados lesivos, en clave de prevención general positiva o integradora, como se plasmó en el Proyecto Alternativo Vida (en adelante, *AE-Leben*) elaborado por un nutrido grupo de profesores de Alemania, Suiza y Austria, publicado en 2008⁵⁰⁸, que se analiza en el siguiente apartado.

2.2.2.1. La peligrosidad del hecho en clave de prevención general positiva: la propuesta del *AE-Leben*

La propuesta del *AE-Leben* se inspira en la de ESER (comentada en el epígrafe anterior) en cuanto a la consideración del asesinato como tipo básico (siendo el homicidio un tipo atenuado) al que asigna una pena temporal no menor a 5 años o prisión de por vida.

Se arbitra igualmente un conjunto de elementos o circunstancias con la técnica de los ejemplos-regla, cuya presencia es indicio de merecimiento de la prisión de por vida⁵⁰⁹.

En concreto, seleccionan estos supuestos⁵¹⁰: que el autor mate a la víctima mediante graves sufrimientos físicos o psíquicos; que el autor mate o intente matar a más personas o mediante el hecho haya puesto en peligro inmediato la vida de otras personas; que mate en unión con una banda o desde una red organizada cuya actividad tiene como objeto la realización de actividades violentas; que mate a otra persona a causa de su sexo, su filiación, su raza, su lengua, su patria y origen, sus creencias o sus opiniones políticas o religiosas; que realice el hecho por el mero deseo de matar; con la finalidad de excitación sexual; para facilitar o para ocultar otro delito; y, por último, con la pretensión de obtener alguna ventaja económica.

La interpretación de tales ejemplos-regla debe responder a necesidades de prevención general positiva o integradora, para cuya consideración debe emplearse un *criterio rector* que unifique el fundamento de gravedad de todos los supuestos y que definan con la siguiente fórmula: “Solamente se podrá recurrir a la pena de prisión de por vida, cuando se haya producido un injusto especialmente grave que pueda amenazar la seguridad vital de la generalidad de las personas”⁵¹¹. Es decir, que el hecho debe mostrar una potencialidad lesiva suficiente para que la sociedad se sienta amenazada, interpelada, insegura, *porque la víctima podría haber sido cualquiera*.

En opinión de los redactores del *AE-Leben*, este criterio rector se relaciona con la peligrosidad y con el injusto, lo que permite evitar incrementos de culpabilidad basados en

⁵⁰⁸ HEINE/HÖPFEL/HUBER/JUNG/LAUTENSCHLÄGER/LILIE/MEIER/RENGIER/RIKLIN/ROLLINSKI/RADTKE/RIESS/ROXIN/ SCHÖCH/SCHREIBER/SCHÜLER-SPRINGORUM/VERREL (2008); „AE-Leben 2008. „Alternativ-entwurf Leben (AE-Leben), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer“, GA, Vol., pp. 193-280.

⁵⁰⁹ *AE-Leben* (2008), pp. 200 y ss.

⁵¹⁰ *AE-Leben* (2008), p. 200. Rechazan los móviles abyectos y la alevosía.

⁵¹¹ *AE-Leben* (2008), p. 220.

principios como la especial reprochabilidad, que no son mensurables y por ello dificultan el cumplimiento del principio de taxatividad, entre otras críticas⁵¹².

Defienden que el criterio elegido ofrece una combinación de una cláusula general de peligrosidad con ejemplos-regla (ejemplos típicos) concretos, de la siguiente forma:

- (1) Cuando se realiza un elemento-regla (*Regelmerkmal*), el reproche que fundamenta la aplicación de la prisión perpetua será más elevado cuanto menor relación tenga con un conflicto personal.
- (2) Pese a la realización de un elemento-regla, se puede negar la presencia de un supuesto cualificado cuando, a consecuencia de una valoración global de las circunstancias del hecho y de la personalidad del autor, se evidencie que el hecho no ha supuesto un peligro para la generalidad de las personas.

La doctrina ha criticado, con razón, que la intercambiabilidad de la víctima sea el único fundamento del máximo merecimiento de pena para una muerte causada dolosamente⁵¹³. La peligrosidad referida a la generalidad de las personas apenas permitiría calificar de asesinato hechos en los que se trata de un conflicto singular entre el sujeto y la víctima, pues en estos casos no habría riesgo para la sociedad en general. De hecho, para ilustrar el efecto de este criterio, en el *AE-Leben* se utiliza el siguiente ejemplo: no estaríamos ante un supuesto agravado si el sujeto mata a su esposa para que no lo denuncie al descubrir que ha abusado sexualmente de los hijos comunes, pero sí cuando mata a un testigo inesperado, casual, de los mismos hechos⁵¹⁴.

Me sumo a las críticas que consideran que con este criterio rector se llega a soluciones injustas e indefendibles, carentes de sentido⁵¹⁵ y que muestran la palmaria debilidad de esta tesis⁵¹⁶.

Por otro lado, y pese a su voluntad de mantenerse en el ámbito de la prevención general integradora, lo cierto es que también el *AE-Leben* acaba fundamentando la gravedad en el peligro de reincidencia, como ocurre al analizar el elemento relativo a la búsqueda de ventajas económicas. En opinión de los redactores de esta propuesta, la sociedad puede temer por su seguridad vital más allá de la muerte de una víctima individual, cuando del hecho se deduzca que la víctima era intercambiable y por tanto esa situación mortal puede repetirse⁵¹⁷. De esta manera, a la propuesta del *AE-Leben* se le pueden hacer las mismas críticas que a sus predecesoras de ESER y ARZT, puesto que la mayoría de los asesinatos que cumplirán sus criterios serán aquellos en los que la amenaza no proceda

⁵¹² Cfr. *AE-Leben* (2008), p. 222.

⁵¹³ Así, por ejemplo, ZORN (2013), pp. 189 y s. aunque acepta que la arbitrariedad en relación con la víctima pueda ser un posible caso que exprese el más alto merecimiento de pena de la producción de una muerte, como ocurre, en su opinión, con el elemento “por placer de matar”.

⁵¹⁴ Cfr. *AE-Leben* (2008), p. 237.

⁵¹⁵ Muy crítico SOTELSEK (2012), pp. 210 y s.

⁵¹⁶ Cfr. ZORN (2013), p. 191 y s.

⁵¹⁷ Cfr. *AE-Leben* (2008), p. 240.

del hecho cometido, sino de la peligrosidad del sujeto en atención a lo que se espera que haga en el futuro, con lo que de nuevo nos situamos ante el derecho penal de autor⁵¹⁸.

Por último, no menos relevante es la observación de MERKEL. Este autor considera que la propuesta del *AE-Leben* estaría valorando el “*efecto contagio*” que podría tener el hecho producido, pero ese no es un elemento del injusto ni de la culpabilidad que pueda fundamentar el castigo. Además, tampoco sería certera la referencia que se hace a la *percepción de amenaza para la opinión pública*, en el sentido de que cualquier ciudadano puede convertirse en víctima y “como consecuencia de la impresión psicológico social de la arbitrariedad del hecho, es de prever un aumento del miedo a la delincuencia por parte de la población”. En su opinión, que comparto, el miedo a ser víctima de asesinato (o de cualquier delito) depende en gran medida de su presencia en los medios⁵¹⁹. Añade MÜSSIG que el empleo de criterios que generalizan los indicadores de la peligrosidad genera el riesgo de reproducir estereotipos a través de los medios de comunicación de masas⁵²⁰.

2.2.2.2. La mayor peligrosidad de la conducta: modalidades de comisión e intenciones

Este criterio debe establecerse respecto del hecho concreto y, normalmente, se relaciona con una forma de comisión especialmente peligrosa para el bien jurídico⁵²¹. Se vincula con el injusto y suele considerarse substrato de la circunstancia de alevosía. Adelanto ya que, desde mi punto de vista, también las intenciones y motivos imprimen una mayor peligrosidad a la acción, por lo que bien podría extenderse al precio e incluso al favorecimiento y ocultación.

Junto al desvalor de acción, la peligrosidad del hecho también puede vincularse con el desvalor del resultado cuando el autor haya puesto en peligro a otras personas además de su víctima, como ocurre, por ejemplo, en el empleo de medios de peligro común. Dado que el Código Penal de 1995 eliminó esta modalidad de asesinato, solo me ocuparé del desvalor de acción.

2.2.2.2.1. Mayor peligrosidad por la forma de comisión

La conducta es más peligrosa porque incrementa la peligrosidad objetiva de la acción en orden a alcanzar el resultado de muerte⁵²². Se conecta, por tanto, con un incremento del injusto frente al homicidio.

⁵¹⁸ En este sentido, HIRSCH, H.-J. (2011); „Zum aktuellen Stand der Diskussion über die Reform der Tötungsdelikte“, en FISCHER/BERNSMANN (Hgrs), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25 Januar, 2011*, De Gruyter, Berlin, New York, pp. 219-238, pp. 227 y s. y SOTELSEK (2012), p. 45, si bien este último considera que el *AE-Leben* reviste de peligrosidad consideraciones que realmente son de reprochabilidad.

⁵¹⁹ MERKEL (2015), pp. 660 y ss.

⁵²⁰ Vid. MÜSSIG (2005), p. 112.

⁵²¹ Cfr. ZORN (2013), p. 200.

⁵²² Vid. MAPELLI CAFFARENA, B (1988); “El dolo eventual en el asesinato”, *ADPCP*, T. XLI, pp. 431-464, p. 443; URBANO CASTRILLO, E. (1997); “El homicidio y sus formas. Los delitos contra la vida en el

Seguramente sea la alevosía el ejemplo más claro de fundamentación por este criterio: ya se acentúe la peligrosidad de los medios o modos de comisión por sí mismos⁵²³, o porque dan lugar a una mayor debilidad del bien jurídico⁵²⁴, existe un acuerdo generalizado en la doctrina española acerca del mayor desvalor de acción como fundamento que justifica su injusto agravado respecto del homicidio⁵²⁵. Igualmente se ha defendido en Alemania que la alevosía (*Heimtücke*) se fundamenta en una mayor gravedad del injusto por la mayor peligrosidad de la acción, que a su vez deriva del incremento de la posibilidad de aseguramiento del resultado⁵²⁶.

No obstante este acuerdo generalizado, la alevosía es objeto de numerosas críticas respecto de su idoneidad para diferenciar la mayor gravedad del asesinato frente al homicidio⁵²⁷.

2.2.2.2.2. Mayor peligrosidad del hecho por el motivo o la intención

Motivos e intenciones suelen analizarse en relación con el autor, del que se acaba afirmando que es más peligroso o malvado. Lo más frecuente es analizar el móvil del autor a la luz de su mayor reprochabilidad, en sede de la culpabilidad. De esta forma, el móvil puede dar lugar a un reproche mayor, como elemento autónomo de culpabilidad, o como un elemento de la actitud interna, que parece reconducir a una valoración global del autor. Pero es objeto de una doble crítica: en primer lugar, si el injusto es el presupuesto de la culpabilidad, esta solo puede graduarse para ser atenuada, es decir, que no pueden añadirse elementos de agravación que no se hallaran desvalorados previamente y, en segundo lugar, la valoración del fuero interno hace que resuene el derecho penal de autor⁵²⁸.

Especialmente significativas en este sentido son las críticas de la doctrina española respecto de la circunstancia de precio, recompensa o promesa por considerar que se apoya únicamente en el reproche por el ánimo de lucro. Tras la reforma de 2015, esta crítica

Código Penal del 95”, en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*, Las Palmas, pp. 15-42, p. 33; CEREZO MIR, J (1999); *Curso de Derecho penal español. Parte General/II*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, p. 377; DEL ROSAL BLASCO (2015), p. 26; ARIAS EIBE (2005), pp. 12 y s., SOTO NIETO, F. (2005); “La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *La Ley*, año XXVI. Número 6187, p. 2, entre muchos otros. En contra de esta fundamentación, MASIP DE LA ROSA, L.I (2016); *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, Madrid, 2016, Tesis en acceso abierto en: E-Prints Complutense, pp. 97 y ss.

⁵²³ Cfr. ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 34.

⁵²⁴ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 150.

⁵²⁵ Pero esta consideración no es unánime. Así, por ejemplo, PEÑARANDA RAMOS (2014), pp. 275 y s., muestra su acuerdo con Córdoba Roda y González Rus en el sentido de negar que la mayor peligrosidad de la acción pueda ser el fundamento de la alevosía, pues el peligro dependería de todas las circunstancias del hecho y no solo de los medios de comisión.

⁵²⁶ *Vid.*, por todos, SCHNEIDER, H. (2015); “Thesen zur Heimtücke”, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte* (§§ 211-13, 57a StGB, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, pp. 864-880, pp. 864-5.

⁵²⁷ *Vid.* Cap. V.2.1.1.

⁵²⁸ *Vid.* Cap. IV.2.1.1.

se extiende a las nuevas modalidades de matar para facilitar u ocultar otro delito y a la agravación específica por el móvil sexual.

Al margen de la cuestión de si los móviles en general son admisibles para fundamentar la mayor gravedad del asesinato o de si, en su caso, están bien elegidos (por qué estos y no otros), en la doctrina actual parece ir cobrando cierta consistencia la valoración de los motivos e intenciones desde la perspectiva de la mayor peligrosidad de la conducta, ya sea (1) sobre la base de una voluntad más intensa o (2) por la mayor probabilidad de ataque a la vida en el contexto de conductas impulsadas por determinados móviles.

2.2.2.2.1. Mayor peligrosidad derivada de una voluntad más intensa. Los motivos

Este fundamento podría tener sentido en relación la circunstancia caracterizadora de precio, recompensa o promesa. Aunque siga siendo doctrina muy minoritaria, pueden destacarse varios defensores de la fundamentación del precio en la peligrosidad de la acción. En este sentido, MIR PUIG⁵²⁹, PUENTE SEGURA⁵³⁰, URBANO CASTRILLO⁵³¹, ÁLVAREZ GARCÍA⁵³², MORALES PRATS (si bien como planteamiento de *lege ferenda*)⁵³³, DEL ROSAL BLASCO⁵³⁴ y ESQUINAS VALVERDE⁵³⁵, han realizado observaciones y propuestas en las que se destaca la mayor debilidad del bien jurídico que se deriva de la mayor peligrosidad de la acción espoleada por el móvil de precio.

Esta mayor gravedad se apoyaría en varios aspectos: en primer lugar, porque el sicario no se vería afectado por los frenos inhibitorios normales en las relaciones humanas; en segundo lugar, porque al tratarse de profesionales, las posibilidades de defensa de la víctima son menores y, por último, porque cabe apreciar en estos casos una voluntad más firme, más determinada a la lesión del bien jurídico.

De esta forma, el fundamento se aleja de la peligrosidad del autor por riesgo de reincidencia o por la valoración negativa de su actitud interna. En esta línea parece ir, en parte, JAKOBS, para quien los motivos del autor (“para satisfacer el impulso sexual”, “por codicia”, “móviles abyectos” y “para posibilitar otro delito”) pertenecen al tipo subjetivo (y no se refieren a la actitud interna). En concreto, afirma:

⁵²⁹ Cfr. MIR PUIG (2016), p. 655. Si bien considera que, además, existe un fundamento específico respecto del ejecutor, consistente en el motivo bajo que representa el precio y que afecta al desvalor subjetivo del injusto.

⁵³⁰ Vid. PUENTE SEGURA, L (1997); *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, p. 497.

⁵³¹ Vid. URBANO CASTRILLO (1997), p. 33.

⁵³² Vid. ÁLVAREZ GARCÍA (2024), pp. 161 y s.

⁵³³ Vid. MORALES PRATS (2016), p. 691.

⁵³⁴ Vid. DEL ROSAL BLASCO (2015), p. 26.

⁵³⁵ Vid. ESQUINAS VALVERDE, P (2022); “El homicidio y sus formas”, en MARÍN DE ESPINOSA (Dir)/ESQUINAS VALVERDE (Coord), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 51-70, p. 55.

“Sustancialmente se trata de una valoración del impulso de la acción en tanto que abyecto o fútil desde el punto de vista del hecho, o de su consideración como especialmente peligroso (intención de ocultar en el asesinato). Puede sumarse a ello la peligrosidad de que el fin de la acción esté muy condicionada desde el punto de vista pasional”⁵³⁶.

En definitiva, si la acción está fuertemente reforzada por el impulso que genera el móvil, con independencia de los aspectos éticos o morales, ciertamente podría considerarse más peligrosa⁵³⁷. Al quedar más distanciada de los juicios de valor que recaen directamente sobre la persona del autor, resulta más fácil legitimar —desde el derecho penal del hecho— la incorporación como elemento o, en su caso, como agravante específica del delito de asesinato, de acciones peligrosas en virtud de la intensidad que imprime el móvil que las rige⁵³⁸.

2.2.2.2.2. Mayor peligrosidad por la probabilidad elevada de ataque a la vida en el contexto de conductas impulsadas por determinadas intenciones

Las nuevas modalidades de asesinato recogidas en el art. 139.4^a CP comparten que el autor tiene una intención que trasciende al hecho de la muerte. En el asesinato para facilitar otro delito, el sujeto mata a su víctima porque de alguna manera la considera un obstáculo para la ejecución de otro plan delictivo, mientras que, en el asesinato para ocultar un delito anterior, el sujeto pretende evitar la persecución penal por ese delito previo. En ambos casos el móvil es independiente de la autoría del delito que se quiere facilitar o encubrir.

El asesinato para facilitar la comisión de otro delito se caracteriza por tener un clarísimo elemento intencional. Como afirma SIERRA LÓPEZ⁵³⁹, “la intención contiene mucha información”, y en el caso de esta modalidad de asesinato supondría una mayor peligrosidad pues la intención del sujeto, que va más allá de la producción de la muerte, intensificaría la resolución criminal. ESQUINAS VALVERDE considera que la peligrosidad derivada de la más intensa predisposición criminal debe ir referida a la acción, aunque critica que en el caso de esta circunstancia caracterizadora del asesinato el legislador parece haber vinculado su gravedad con la peligrosidad del autor⁵⁴⁰.

⁵³⁶ JAKOBS (1997), p. 373.

⁵³⁷ De otra opinión PERALTA (2012), p. 156: “los objetivos que tenga el autor no aumentan el peligro de la acción para la víctima”.

⁵³⁸ *Vid.* Cap. V.3.1.2.

⁵³⁹ SIERRA LÓPEZ, M.V (2019); El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra”, *RECPC* 21-13, p. 7. Aunque la autora incardina esta circunstancia en una política criminal de “lucha contra el delincuente peligroso” (ver p. 8).

⁵⁴⁰ ESQUINAS VALVERDE, P (2021); “La regulación del homicidio doloso y el asesinato tras la reforma del CP por LO 1/2015: análisis de su aplicación en la jurisprudencia más reciente”, *LA LEY Penal* n° 149, versión *online*, p. 6.

¿Cabe diferenciar la peligrosidad de la acción de la peligrosidad del sujeto en los delitos contra la vida caracterizados por la intención? No es una tarea fácil, como se acaba de ver en relación con las propuestas de ESER y del *AE-Leben*, pero en lo que sigue se propone una delimitación.

Se trata de valorar la mayor peligrosidad de la acción debida al *contexto* en el que se desarrollan las actividades delictivas impulsadas por determinadas intenciones. En este sentido, la muerte para facilitar o para ocultar otro delito y la muerte subsiguiente a un delito sexual, tienen en común que en todas ellas la especial intención que rige al sujeto, en orden a lograr su propósito delictivo, genera un peligro mayor de lesión del bien jurídico vida⁵⁴¹.

El enfoque preventivo-general se centra aquí en el mayor peligro de comisión por autores potenciales (por tanto, no en la reincidencia). Esta fundamentación debe enfrentar las mismas críticas que se dirigen a la prevención general negativa con carácter general: es empíricamente indemostrable que una pena muy elevada enfríe la resolución criminal del sujeto⁵⁴², pues los estudios criminológicos apuntan a que este efecto se logra por la mayor posibilidad de ser descubierto⁵⁴³. Sin embargo, la crítica no es específica de estos supuestos, sino que se extiende a este fin de la pena con carácter general.

2.2.3. Valoración crítica

El criterio de la mayor peligrosidad del hecho puede ser adecuado para fundamentar aquellas circunstancias que presentan un perfil muy objetivo, especialmente cuando suponen un incremento más o menos cuantificable y no meramente intuitivo, del riesgo de muerte para la víctima. El acuerdo generalizado en entender que la alevosía se fundamenta en un mayor desvalor de la acción se explica porque esta circunstancia ha ido perdiendo, poco a poco, la orientación hacia la situación anímica del autor⁵⁴⁴.

Extender el criterio de la mayor peligrosidad del hecho hacia aspectos que no pertenecen propiamente a la acción, sino que son *inferidos* de ella y que se refieren a un riesgo arbitrario y extendido a toda la sociedad (*AE-Leben*) no puede, en mi opinión, fundamentar la gravedad del hecho.

Por una parte, el criterio de prevención general positiva o integradora se excede al instrumentalizar al autor de una muerte para calmar el miedo de la sociedad e incluso anudar a la prisión perpetua a un pronóstico intuitivo de reincidencia, pues de esta forma transita hacia la prevención especial negativa sin solución de continuidad. Por otro lado, se queda corta en la sanción de casos muy graves o da lugar a soluciones dispares en supuestos parecidos⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Vid. Cap.V, epígrafes 4.3, 4.4. y 6.2.

⁵⁴² Cfr. PERALTA (2012), p. 83; SIERRA LÓPEZ (2019), pp. 20 y s.

⁵⁴³ Cfr. ALBRECHT (1982), p. 703, HAAS (2016), p. 343 y s.

⁵⁴⁴ Vid. Cap. V. 3.1.1.

⁵⁴⁵ Vid. Cap. IV. 2.2.1.1

En cuanto al intento de determinar la mayor peligrosidad del hecho en atención a los móviles y las intenciones, resulta muy difícil no derivar hacia el análisis de la peligrosidad del autor, por lo que, en principio, podría generar las mismas críticas que ha merecido este criterio⁵⁴⁶. Sin embargo, y en la medida en que se consiga eludir ese riesgo, podría ser un criterio de partida para la fundamentación del asesinato por precio, recompensa o promesa⁵⁴⁷, e incluso de los nuevos supuestos incluidos en el art. 139.4^a CP⁵⁴⁸ y de la agravante específica del art. 140.1.2^a CP⁵⁴⁹.

En cualquier caso, ninguno de los dos criterios, peligrosidad y reprochabilidad, parece válido por sí solo como criterio indiscutible que justifique la mayor gravedad del asesinato respecto del homicidio. Este déficit justifica, en mi opinión, la búsqueda de otros criterios de fundamentación, tarea a la que se dedica el siguiente capítulo.

⁵⁴⁶ *Vid.* Cap. IV. 2.2.1.

⁵⁴⁷ *Vid.* Cap. V.3.1.2.1.

⁵⁴⁸ *Vid.* Cap. V.3.1.4.2.

⁵⁴⁹ *Vid.* Cap. V.3.1.6.2.

CAPÍTULO V

LA PERSPECTIVA VICTIMOLÓGICA COMO CRITERIO DE FUNDAMENTACIÓN DEL ASESINATO Y SUS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS

1. Introducción

En el capítulo anterior se ha realizado un análisis de los criterios tradicionales empleados para fundamentar la gravedad de los elementos y circunstancias que conducen a la calificación de asesinato y, en su caso, a la máxima pena. Peligrosidad (del autor o del hecho) y reprochabilidad (del autor o del hecho) muestran carencias en cuanto a su propia configuración y por ello resultan insatisfactorios para fundamentar esa mayor gravedad.

En la búsqueda de otras opciones, un sector doctrinal, aún minoritario, ha optado por explorar las posibilidades que ofrece el otro protagonista de este delito, la víctima.

La perspectiva victimológica permite una doble dirección. Por una parte, la atención puede dirigirse a detectar las necesidades y vulnerabilidades del sujeto pasivo para diseñar políticas dirigidas a evitar la victimización, entre cuyos instrumentos se incluye ofrecer una protección reforzada en diferentes ámbitos, ya sea mediante la tipificación *ex novo* de determinados tipos penales, ya sea mediante la introducción de circunstancias de agravación genéricas y específicas.

Por otro lado, el análisis puede centrarse en la conducta de la víctima en orden a determinar su grado contribución al delito. Desde esta segunda perspectiva pueden derivarse medidas dirigidas a favorecer la autoprotección de la víctima, como la evitación de riesgos o la interposición temprana de denuncias. Pero sobre esta base, de autoprotección de la víctima, también se ha llegado a fundamentar un tratamiento penal más beneficioso para el autor.

En este capítulo el interés se centra en incorporar, como criterio de fundamentación del asesinato, la necesidad de protección reforzada de la víctima en situaciones de vulnerabilidad, que puede deberse tanto a características propias de la víctima, como situacionales o relacionales⁵⁵⁰, derivadas del contexto en el que se desarrolla la acción de matar.

Cuando este fundamento se complementa con el de la mayor peligrosidad de la acción, puede funcionar también como criterio de interpretación restrictiva en determinados supuestos de contribución dolosa de la víctima a su propia situación de peligro, de forma que quedaría excluida, en el caso concreto, la mayor gravedad de esa circunstancia caracterizadora o agravante del asesinato. Esta posible función teleológica del criterio de protección reforzada combinado con la contribución del sujeto pasivo se analiza en el epígrafe final especialmente en relación con el asesinato con alevosía.

2. El protagonismo creciente de la víctima en el derecho penal

2.1. LA DOBLE PERSPECTIVA DE LA VICTIMOLOGÍA: VICTIMOGENESIS Y ATENCIÓN VICTIMAL

Suele afirmarse que la victimología comienza a tomar carta de naturaleza a mediados del s. XX en virtud de las importantes aportaciones de VON HENTIG, MENDELSON, ELLENBERGER Y WOLFGANG. *Afronta un doble papel*: por una parte, pretende la asistencia y atención a las necesidades de las víctimas, pero por otra, se extiende también al análisis de su contribución al hecho.

En una primera fase, hasta los años sesenta, la victimología se limita a la victimogénesis, siendo frecuentes las clasificaciones que abarcan desde la víctima “ideal” hasta la víctima “precipitadora”. Esta etapa “victimo-incriminadora” conforma lo que se ha dado en llamar “*victimología del acto*” (criminal), como contraposición a la “*victimología de la acción*” (asistencial), que empezará a desarrollarse ampliamente a partir de los años ochenta⁵⁵¹.

La victimología de carácter asistencial ha favorecido el fenómeno llamado “redescubrimiento de la víctima”⁵⁵², que se ha desarrollado rápidamente hasta el punto de otorgar a la víctima un gran protagonismo, incluso excesivo⁵⁵³. En cualquier caso, sus intere-

⁵⁵⁰ HERRERA MORENO (1996), p. 337, señala que son situaciones en las que se constata “inferioridad, indefensión o vulnerabilidad victimal”.

⁵⁵¹ *Vid.* HERRERA MORENO (1996), pp. 92 y ss.

⁵⁵² Esta referencia se ha convertido prácticamente en un lugar común en cualquier estudio victimológico. Así, por ej., SILVA SÁNCHEZ (1993), p. 31; LANDROVE DÍAZ, G (1998); *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 20-25; SEELMANN, K (1989); “Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht”, *JZ*, 44, nr. 14, pp. 670-676, p. 670, destacando que la amplitud del fenómeno provoca ciertas paradojas en las consecuencias del trato a la víctima.

⁵⁵³ GARCÍA PABLOS, A (1989) *Hacia una “redefinición” del “rol” de la víctima en la criminología y en el sistema legal*, en *Estudios Penales en memoria del Profesor A. Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989*, pp. 307-328, p.328. Por su parte, PERIS RIERA, J (2018), “Consolidación del protagonismo de la víctima en

ses han ido permeando progresivamente en la sociedad y en el sistema penal, cobrando mayor relevancia en diversos ámbitos⁵⁵⁴ que se comentan a continuación sin ánimo exhaustivo.

En la vida social, las víctimas han logrado un mayor protagonismo y empatía a través de los medios de comunicación, de forma que se han convertido en actores de la política criminal. Su influencia se advierte en el derecho penal material, especialmente en las reformas que se atribuyen al populismo punitivo⁵⁵⁵, pero también en aquellas que pretenden ofrecer una protección reforzada en determinadas situaciones de mayor riesgo victimal⁵⁵⁶. El movimiento social de las víctimas se ha plasmado también en las leyes que promueven mecanismos de conciliación y en las que prevén formas de reparación como, por ejemplo, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito⁵⁵⁷.

En su desarrollo actual, la victimología se centra fundamentalmente en favorecer la superación del trauma causado por el delito, mejorando la atención del sistema penal hacia la víctima para reducir su sufrimiento durante la investigación y el proceso, la llamada *victimización secundaria*⁵⁵⁸. La contribución victimológica al derecho procesal se manifiesta, precisamente, en las medidas que se adoptan al respecto. En este sentido, se articulan normas que contribuyen a una mejora de la posición de la víctima en el proceso (asistencia e información) o que pretenden reducir su sufrimiento, como, por ejemplo, el uso de cámaras Gesell y otras medidas en materia de prueba testifical.

La reparación a las víctimas se filtra también a los fines de la pena⁵⁵⁹ y a la ejecución penitenciaria, como, por ejemplo, condicionar la concesión de determinados beneficios penales (suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad) y penitenciarios (acceso al tercer grado) a la satisfacción de la responsabilidad civil.

La victimología actual se ocupa también de articular instrumentos que, de forma directa o indirecta, promuevan la llamada *desvictimización*, entendida como “el proceso

nuestro sistema penal: del Código de 1995 al Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015), en *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Volumen II*, Dykinson, Madrid, pp. 2331-2353, p. 2334, se refiere a este fenómeno como “culto a la víctima”.

⁵⁵⁴ Sobre la evolución de la importancia de la víctima desde su protagonismo en la justicia privada hasta la actualidad, ampliamente HERRERA MORENO (1996), pp. 23-62. Más recientemente, HILLENKAMP, T (2017); Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? – Eine Zwischenbilanz zur „viktologischen Maxime“ als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessungsprinzip, *ZStW* 129(3), pp. 596-628, pp. 596-598; GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2014); *La víctima en el Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2-28; CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. (2019); “La victimología como ciencia”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coord)/CEREZO DOMÍNGUEZ/GÓMEZ GUTIÉRREZ (2019); *Introducción a la victimología*, Síntesis, Madrid, pp. 13-45, pp. 13-25.

⁵⁵⁵ Vid. Cap.III.1.3.2 y HERRERA MORENO (1996), pp. 118-128.

⁵⁵⁶ Vid. Cap. V.2.3.

⁵⁵⁷ Vid. TAMARIT SUMALLA (1998), p. 20.

⁵⁵⁸ Vid. DELGADO MARTÍN, J (2007); “La victimización reiterada de personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el proceso penal”, en GONZÁLEZ GONZÁLEZ (Dir) *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 15-95, p. 20.

⁵⁵⁹ Sobre estas teorías vid. GIL Y GIL, A. (2016); “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *inDret* 4/2016, pp. 1-39, *passim*.

por el que la víctima abandona la instalación en la victimización y/o la explotación de la condición de víctima”⁵⁶⁰.

En el ámbito del derecho penal, en este trabajo se atiende principalmente a dos manifestaciones victimológicas: por una parte, a las teorías de corte victimodogmático que atribuyen a la víctima, en todo o en parte, la responsabilidad del delito⁵⁶¹; por otra, se analizará la importancia creciente de la noción de *vulnerabilidad* en la formulación de agravaciones que atienden a las mayores necesidades de protección de personas vulnerables por sus propias características personales, relacionales o situacionales⁵⁶².

Llevado al tema que nos ocupa y teniendo en cuenta que desde la criminología se constata que el homicidio es, en la mayoría de los casos, un delito interpersonal, no resulta arriesgado afirmar que la conducta de la víctima parece tener una importancia en su génesis bastante más decisiva que en otras figuras delictivas⁵⁶³ pues, como afirma TAMARIT SUMALLA, los estímulos externos procedentes de la víctima a menudo refuerzan los estímulos internos que llevan al autor a cometer el delito, mostrando “un poder suficiente para superar los mecanismos inhibitorios de origen psíquico, moral o de reacción frente a la reacción punitiva”⁵⁶⁴.

Por todo lo anterior, considero que la perspectiva victimológica aplicada al delito de asesinato y sus circunstancias caracterizadoras y agravantes debe articularse en una doble dirección: por una parte, la protección especial de determinadas víctimas vulnerables en razón a sus características personales, relacionales o situacionales; y, en segundo lugar, la valoración de su conducta previa o concomitante al delito como criterio limitador de la protección reforzada en el caso concreto.

2.2. DE LA VICTIMODOGMÁTICA A LA DOGMÁTICA DE LA VÍCTIMA

Pese a que, como se ha comentado en el epígrafe anterior, a partir de los años ochenta del siglo pasado la victimología pasa a enfocarse en los aspectos asistenciales, en la misma época se inicia una corriente doctrinal que analiza la contribución de la víctima respecto de determinados delitos desde el punto de vista de la dogmática penal.

La aplicación de esta perspectiva victimológica fue empleada casi simultáneamente por AMELUNG para el delito de estafa y por SCHÜNEMANN en relación con el delito de revelación de secretos⁵⁶⁵. A esta orientación se la conoce con el nombre de “victi-

⁵⁶⁰ CEREZO DOMÍNGUEZ (2019), p. 30.

⁵⁶¹ *Vid.* Cap.V.2.2.

⁵⁶² *Vid.* Cap.V.2.3.

⁵⁶³ Como se ha visto en Cap. II. 4.3.

⁵⁶⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M. (1998); *La víctima en el Derecho penal. De la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima*, Aranzadi Thomson Reuters, p. 19.

⁵⁶⁵ Cfr. SCHÜNEMANN, B (2002); “Sistema del Derecho penal y victimodogmática”, en DíEZ/ROMEO/GRACIA/HIGUERA (Edit), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, pp. 159-172, pp. 166 y ss.

modogmática”, término ideado críticamente por sus detractores, si bien fue acogido favorablemente por SCHÜNEMANN, que también la utiliza desde entonces⁵⁶⁶.

En la formulación dada por este autor, consiste en un enfoque victimológico (*Viktimologischeansatz*) que, sobre la base del principio de autorresponsabilidad, pretende erigirse, de *lege lata*, en una máxima o principio de interpretación respecto de determinados delitos⁵⁶⁷; y, de *lege ferenda*, pretende fomentar la realización de reformas legislativas⁵⁶⁸.

SCHÜNEMANN fundamenta esta máxima en el contrato social, en el principio de *ultima ratio* (íntimamente ligado, por tanto, a la necesidad de protección de bienes jurídicos)⁵⁶⁹ y en una comprensión determinada del principio de subsidiariedad, que permite excluir el merecimiento y/o la necesidad de pena en aquellos casos en que la víctima no protegió adecuadamente sus propios bienes jurídicos⁵⁷⁰.

En su planteamiento, el principio de subsidiariedad funcionaría como un criterio interpretativo de los tipos penales: allí donde una persona puede proteger sus bienes jurídicos, no es necesaria la intervención penal. De donde se deduce que, si el bien jurídico resulta lesionado por la omisión de deberes de protección por parte de su titular, no existe merecimiento de pena y por tanto el hecho es atípico: “es la víctima quien debe ser primariamente disuadida de su comportamiento retirándole la protección del Derecho penal en caso de que ella niegue sus propios intereses”⁵⁷¹.

Esta forma de entender el principio de subsidiariedad ha sido muy criticada por la doctrina, porque supone una alteración de su destinatario, ya que este principio va dirigido legislador y no al intérprete de la norma, como pretenden los defensores de la tesis victimodogmática⁵⁷².

⁵⁶⁶ Cfr. SCHÜNEMANN (2002), p. 166. Sobre el origen del término, HILLENKAMP (2017), p. 597, nota 8.

⁵⁶⁷ Vid. SCHÜNEMANN (2002), pp. 165 y s.

⁵⁶⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J-M (1993); “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimodogmática’”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo 15, pp. 11-52, pp. 25 y s.

⁵⁶⁹ Como señala BONET ESTEVA, M (1999); *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del injusto)*, McGraw Hill, Madrid, p. 67.

⁵⁷⁰ Vid. SCHÜNEMANN (2002), p. 166. En cuanto a la recepción de este enfoque en España, vid. HERNÁNDEZ HIDALGO, P. (2015); “Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático”, *RECPC* 17-05, pp. 14 y ss.

⁵⁷¹ SCHÜNEMANN, B (2012); “Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal”, (trad. RIGGI Y ROBLES PLANAS), en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. alemana), ROBLES PLANAS (ed. española), 2012, Atelier, pp. 63 a 85, p. 80. Para R. HASSEMER, citado por BONET ESTEVA (1999), p. 214: “cuando el titular del bien jurídico pueda protegerlo no deberá intervenir el Estado”.

⁵⁷² Cfr. HILLENKAMP (2017), p. 619; en el mismo sentido, vid. HASSEMER, W. (1990); “Consideraciones sobre la víctima del delito”, (trad. Cantarero Bandrés), *ADPCP*, tomo XLIII, fasc. 1, pp. 241-259, pp. 248 y ss.; HERRERA MORENO (1996), pp. 263 y s. y ROXIN (1997), pp. 564 y s; muy crítico también LANDROVE DÍAZ (1998), pp. 40 y s.

Por otro lado, SCHÜNEMANN considera que la máxima victimodogmática queda reducida a un grupo de delitos determinado: aquellos que pueden clasificarse como delitos de relación (*Beziehungsdelikte*). Estos se caracterizan porque la contribución de la víctima es necesaria para la comisión del delito (estafa⁵⁷³, revelación de secretos⁵⁷⁴, hurto en grandes almacenes y autoservicios⁵⁷⁵).

Los *Beziehungsdelikte* deben diferenciarse de los delitos de intervención o acometimiento (*Zurechnungsdelikte*)⁵⁷⁶, que en su configuración típica son independientes de la contribución de la víctima⁵⁷⁷.

SCHÜNEMANN rechaza expresamente que la máxima victimológica pueda ser aplicada en los delitos violentos⁵⁷⁸, porque considera que estos son *Zurechnungsdelikte*. Por esta misma razón, EXNER/REMMERS no aceptan su aplicación a los delitos de homicidio y asesinato⁵⁷⁹. Sin embargo, HILLENKAMP muestra su sorpresa por la incoherencia que supone la exclusión de los delitos de homicidio, que en su opinión pertenecen a la categoría de “delitos de relación”⁵⁸⁰.

Esta divergencia muestra que, en realidad, no existe acuerdo respecto de la diferenciación entre delitos de relación y delitos de acometimiento, como ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina⁵⁸¹. La confusión que provoca el concepto de “delitos de relación” conduce, en mi opinión, al entendimiento de que el principio victimodogmático pretende extenderse mucho más allá del ámbito para el que estaba previsto.

A lo anterior debe añadirse que el aspecto más criticado de la tesis victimodogmática probablemente sea el tratamiento que se da al sujeto pasivo del delito, puesto que, pese a su condición de tal, la víctima pierde la protección de su bien o de su posición jurídica debido a su propia conducta, por considerarla desaprobada o abusiva del derecho⁵⁸². De esta forma, la posibilidad de que un delito que afecta a bienes jurídicos muy importantes quede impune o con una pena muy reducida porque la víctima fue descuidada, incompetente o ingenua, despierta un rechazo doctrinal generalizado.

⁵⁷³ Sobre las tesis victimodogmáticas en la estafa, *vid.* BONET ESTEVA (1999), pp. 64 y ss. y TAMARIT SUMALLA (1998), pp. 172-174. Según este autor, la escasa acogida de la doctrina española se debe en gran parte a que nuestro Código Penal establece la idoneidad del engaño (cfr. pp. 174-190).

⁵⁷⁴ *Vid.* SCHÜNEMANN (2002), pp. 166 y s.

⁵⁷⁵ Sobre el empleo de este ejemplo por R. Hassemer, *vid.* BONET ESTEVA (1999), p. 214.

⁵⁷⁶ También puede traducirse como “delitos agresión”, así TAMARIT SUMALLA (1998), pp. 25 y s.

⁵⁷⁷ Cfr. CANCIO MELIÁ, M (2022); *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 3ª ed., B de f, Buenos Aires, p. 310 y s, refiriendo la concepción de Schultz, que fue quien los acuñó con la finalidad de ser utilizados para su diferenciación criminológica; en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J-M (1990a); “La victimo-dogmática en el Derecho extranjero”, en BERISTAIN/DE LA CUESTA (Dir.), *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián = VIII Udako Ikastaroak Donostian*, pp. 105-112, p. 111.

⁵⁷⁸ Cfr. SCHÜNEMANN (2002), p. 168.

⁵⁷⁹ Cfr. EXNER, T/REMMERS, E.(2011); „Viktimodogmatik durch die Hintertür der Heimtücke i.S.d. § 211 StGB?“, *ZIS* 1/2011, pp. 15-22, p. 22.

⁵⁸⁰ Cfr. HILLENKAMP (2017), p. 602.

⁵⁸¹ Cfr. CANCIO MELIÁ (2022), p. 317.

⁵⁸² *Vid.* HILLENKAMP (2017); p. 600.

Este efecto de la tesis victimodogmática ha sido objeto de severas críticas que alertan de posibles consecuencias político-criminales muy negativas, en la medida en que podría dar lugar a “un clima social de desconfianza hacia el Derecho y a un retorno a formas de justicia (venganza) privada”⁵⁸³. En este sentido, afirma HILLENKAMP que el principio victimológico resulta indeseable desde el punto de vista de la política criminal porque “conduce a un espacio libre para el Derecho en el que rige el derecho del más fuerte”⁵⁸⁴.

SCHÜNEMANN se defiende de estas críticas alegando, precisamente, que ese argumento solo tendría sentido si el principio se aplicara en los delitos violentos, para los que no se “ha requerido una restricción victimodogmática del tipo penal ante una clara utilización de la fuerza”⁵⁸⁵. Pero, en realidad, el propio SCHÜNEMANN extiende su tesis inicial hacia la autopuesta y heteropuesta en peligro, el consentimiento, la legítima defensa, los delitos contra la libertad sexual y los delitos de funcionarios⁵⁸⁶.

Más allá de si esta tesis puede provocar realmente esos efectos indeseables de regreso a formas privadas de justicia, el principio sobre el que se asienta resulta, en mi opinión, muy discutible: la existencia de un *deber de protección* de sus propios bienes jurídicos que atañe a la víctima, cuya infracción⁵⁸⁷ vendría sancionada con la pérdida de la protección penal, escenificando cierta culpabilización de la víctima (*blaming the victim*)⁵⁸⁸. Se trataría de un deber de autotutela o “principio de autorresponsabilidad” derivado del principio de subsidiariedad que se configura como criterio interpretativo teleológico que, como se ha comentado antes, permite incluso declarar la atipicidad de la conducta⁵⁸⁹.

Este *deber de autoprotección de la víctima* se denomina actualmente por algunos autores con la expresión *Obliegenheit*, término que no tiene una traducción exacta al español⁵⁹⁰, aunque podría emplearse el término “incumbencia”⁵⁹¹. MONTIEL explica que la expresión procede del derecho de seguros y que de la infracción de una *Obliegenheit* no se deriva la imposición de una sanción, aunque sí se pierde una ventaja o posición jurídica favorable como sucede, por ejemplo, en la omisión, por parte del asegurado, del

⁵⁸³ SILVA SÁNCHEZ, J-M (1989); “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia, pp. 633-646, p. 638.

⁵⁸⁴ La cita está recogida en SCHÜNEMANN (2002), p. 168.

⁵⁸⁵ SCHÜNEMANN (2002), p. 168.

⁵⁸⁶ Cfr. CANCIO MELIÁ (2022), p. 313.

⁵⁸⁷ Vid. TAMARIT SUMALLA (1998), p. 21.

⁵⁸⁸ Sobre los peligros que encierra la valoración de la conducta de la víctima en la génesis del delito, BONET ESTEVA (1999), p. 26; también HILLENKAMP, T. (1995); “In tyrannos-viktimodogmatische Bemerkungen zur Tötung des Familientyrannen”, *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 141-158, p. 146.

⁵⁸⁹ En el sentido victimodogmático más estricto de Schünemann y R. Hassemer, como señala BONET ESTEVA (1999), p. 67.

⁵⁹⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M (2010); “Honeste Vivere”, en *InDret* 3/2010, sin numeración.

⁵⁹¹ En este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ, P (2015); “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, *InDret* 1/2015, pp. 1-26, pp. 5 y s., que lo defiende a falta de uno mejor.

deber de informar de determinados datos a la aseguradora; si no lo hace, la aseguradora no podrá reclamar daños contra él, pero sí podría perder el derecho de recibir determinada compensación en caso de siniestro⁵⁹².

La extrapolación de tales *Obliegenheiten* del derecho privado al derecho penal no parece justificada y gran parte de la doctrina las rechaza⁵⁹³. En este sentido, suscribo la opinión de FRISCH:

“Obligar a la víctima (que nada tiene que ver con ello) a evitar la comisión de un ilícito penal por parte del autor y la incidencia en su libertad que ello comporta, al retirarle la protección del ordenamiento jurídico-penal, en caso de posibilidades de autotutela, liberando de pena al autor, es un privilegio obviamente unilateral para el infractor del ordenamiento jurídico. ... constituye una distribución injusta de libertad y, con ello, en última instancia una renuncia concluyente a imponer un ordenamiento jurídico que se considera correcto”⁵⁹⁴.

Las críticas a esta máxima victimológica han dado lugar a formulaciones menos radicales⁵⁹⁵, como la propuesta de HÖRNLE. Esta autora considera que se trata de determinar si la conducta de la víctima permite fundamentar una disminución del injusto, es decir, que a la víctima se le puede hacer también un reproche: haber descuidado un deber de protección de sus propios bienes jurídicos. Pero en su teoría no estamos ante una mera dejación, sino que el reproche debe delimitarse con referencia a la esfera de libertad de la víctima⁵⁹⁶. Se trataría de un deber de protección derivado de una “incumbencia fundamentada en el contrato social” que podría, a lo sumo, exigir un comportamiento que implicara un gran descuido de los intereses de la víctima, expresado en la falta de adopción de las medidas de cuidado razonables⁵⁹⁷. Dado que la jurisprudencia y doctrina mayoritarias en Alemania “reconocen una correspon-

⁵⁹² MONTIEL, J.P. (2014); “Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”, *in* *Dret* 4/2014, pp. 1-29, pp. 12 y s. HERRERA MORENO (1996), p. 231, se refiere a este ejemplo como modelo para “las estrategias coercitivas estatales, consagradas a la modificación victimal de conductas”.

⁵⁹³ Expresamente ROXIN (1997), p. 564: “... no hay datos que apoyen la hipótesis de que el legislador haya querido hacer depender el merecimiento o la necesidad de pena con carácter general de que la víctima adopte las medidas de autoprotección exigibles”; también HILLENKAMP (2017), p. 607, se opone a la existe tal deber por parte de la víctima.

⁵⁹⁴ FRISCH, W (2021); “Sobre el papel de la víctima en la dogmática del delito”, (trad. Cancio Meliá) en POZUELO/RODRÍGUEZ (Coord); *El papel de la víctima en el Derecho penal*, BOE, Madrid, pp. 97-135, pp. 116 y s.

⁵⁹⁵ HERRERA MORENO (1996), pp. 257 y s., que considera las tesis victimodogmáticas como una evolución de la “victimología del acto”, distingue una tesis moderada y otra radical, sobre la base de las consecuencias que atribuyen al principio de autorresponsabilidad: la tesis moderada lleva la cuestión al ámbito de la medición de la pena, mientras que la radical excluye el injusto.

⁵⁹⁶ HÖRNLE (2006), p. 957. Por ejemplo, la prostituta tendría un interés legítimo en acudir a la casa de su cliente y no estaríamos ante una conducta descuidada en el sentido indicado en el texto. La autora se opone así a la tesis del BGH, que impone menor pena al violador de la prostituta en estos casos.

⁵⁹⁷ HÖRNLE (2012), “Subsidiariedad como principio delimitador. Autoprotección”, (Trad. Montaner Fernández) en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Hirsch/Seelmann/Wohlers (ed. alemana), Robles Planas (ed. española), 2012, Atelier, pp. 87 a 100, p. 94.

bilidad de la víctima como razón importante para la reducción de la pena⁵⁹⁸, y ante la dificultad ubicar en la teoría del delito la relevancia de la conducta de la víctima, HÖRNLE propone llevarlo a la determinación de la pena, para lo que sugiere la introducción de una norma con el siguiente tenor: “Si la víctima del hecho ha renunciado a la autoprotección que le era posible y de esta manera ha contribuido al resultado típico, el juez puede prescindir del castigo o rebajar la pena⁵⁹⁹. No es una propuesta totalmente original, puesto que en Italia existe una norma que atenúa la pena cuando la víctima ha contribuido al delito con un actuar doloso (art. 62.5ª CPi)⁶⁰⁰.

Como ya se ha comentado, es precisamente este deber de autotutela (o incumbencia) el elemento más discutido de las teorías victimodogmáticas, no solamente en su fundamentación, sino también en cuanto a su alcance y repercusión en la posición jurídica de la víctima. Por ejemplo, HILLENKAMP coincide con HÖRNLE en el efecto atenuante de la conducta de la víctima en la fase de determinación de la pena y, sin embargo, rechaza la existencia misma de este deber⁶⁰¹. En realidad, todas estas formulaciones parten del planteamiento victimodogmático, es decir, derivan de la idea básica de entender que algunas víctimas contribuyen a su propia victimización con un comportamiento doloso o imprudente que puede, al menos, disminuir la responsabilidad del autor.

Actualmente la autonomía de los principios victimodogmáticos se encuentra en franco declive y se consideran atendibles tan solo en la medida en que puedan ser integrados en otras categorías dogmáticas. Estas perspectivas son diferentes de las estrictamente victimodogmáticas, pero el término parece haberse extendido para referirse a estos otros planteamientos y, en general, a cualquier “proyección de la victimología en la dogmática penal” e incluso a cualquier “análisis y tratamiento de la figura victimal en el derecho penal sustantivo”⁶⁰².

Desde mi punto de vista, no puede defenderse el planteamiento “victimodogmático” en su versión originaria, como máxima teleológica de aplicación a los delitos de relación que exigen una actuación de la víctima a la que se reprocha hacer dejación de su deber de autotutela, de forma que se excluye la responsabilidad del autor en virtud de los principios de subsidiariedad y ultima ratio, por falta de merecimiento y/o necesidad de pena. Para el análisis de la contribución de la víctima al delito en otras categorías, siguiendo entre otros a TAMARIT SUMALLA y CANCIO MELIÁ⁶⁰³, entiendo preferible la expresión

⁵⁹⁸ HÖRNLE (2012), p. 94. También SILVA SÁNCHEZ (1990a), p. 107.

⁵⁹⁹ Cfr. HÖRNLE, T (2012), p. 94.

⁶⁰⁰ Vid. BONET ESTEVA (1999), p. 101.

⁶⁰¹ Cfr. HILLENKAMP (2017), p. 607. En pp. 622-626 rechaza expresamente que pueda integrarse en la imputación objetiva como un deber (*Obliegenheit*) de autoprotección.

⁶⁰² CEREZO DOMÍNGUEZ (2019), p. 32. En sentido similar, vid. BONET ESTEVA (1999), p 63. n

⁶⁰³ TAMARIT SUMALLA (1998); pp. 123 y ss. CANCIO MELIÁ (2022), p. 333 y s. desaconseja el término “victimodogmática” y considera que “el tratamiento del comportamiento de la víctima también debe ser abarcado por la dogmática”, como un problema de imputación; en sentido similar GÓMEZ RIVERO, M.C (2014); “Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?”, *CPC*, Número 113, II,

dogmática de la víctima. Con ella se abarcaría la ubicación de esta problemática en la imputación objetiva (principio de autorresponsabilidad de la víctima en la autopuesta en peligro⁶⁰⁴); en la antijuricidad (material)⁶⁰⁵; y en la tipicidad o en la antijuricidad, según se analice el consentimiento de la víctima⁶⁰⁶.

2.3. LA VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA EN DERECHO PENAL

Junto a las posibilidades que ofrece la dogmática de la víctima en orden a reducir la responsabilidad del autor, se aprecia en el derecho penal actual una tendencia creciente a establecer una mayor penalidad para aquellos supuestos en que determinadas circunstancias colocan al sujeto pasivo en una situación de *especial vulnerabilidad* respecto de su propia victimización⁶⁰⁷. Debe advertirse de la versatilidad adquirida por este concepto, de manera que en los últimos años la propia noción de “vulnerabilidad” permite justificar prácticamente cualquier intervención estatal⁶⁰⁸. En este trabajo tan solo interesa en la medida en que, verdaderamente, pueda fundamentar la necesidad de una protección reforzada de la víctima.

Dado que estas situaciones de vulnerabilidad victimal han sido estudiadas por la victimología, el punto de partida debe ser la clase de victimización en la que se incardina la cuestión de la especial vulnerabilidad. En la victimología se distinguen la victimización primaria y secundaria, que se han estudiado ampliamente, mientras que la victimización reiterada (también llamada revictimización o multivictimización) ha despertado menor interés⁶⁰⁹.

La victimización primaria refleja la experiencia personal de la víctima y con ella se alude a la victimización que se deriva directamente del delito. Desde hace décadas se viene señalando que la probabilidad de convertirse en sujeto pasivo de un delito no afecta a todos por igual, sino que, muy al contrario, algunas personas parecen ofrecer una “predisposición victimógena específica”, que se distingue en función de determinados “factores de vulnerabilidad”, que pueden ser de carácter personal o social. Entre estos factores se hallan la edad y el estado físico o psíquico, pero también otros que adquieren una dimensión cultural o social como la raza, el sexo y la orientación sexual, la religión, la ideología, la pobreza, etc.⁶¹⁰.

Época II, septiembre 2014, pp. 105-158, p. 112.; H. SCHNEIDER (2015), p. 867, también considera que la victimodogmática ha sido superada por una dogmática de la víctima.

⁶⁰⁴ Vid. CANCIO MELIÁ (2022), pp. 363 y ss. SCHÜNEMANN (2002), pp. 165 y s., critica que el “principio de autorresponsabilidad” sea aceptado sin problemas en la Parte General, pero se rechaza como principio victimodogmático en la Parte Especial.

⁶⁰⁵ Vid., ROXIN (1997), p. 564.

⁶⁰⁶ Vid., por todos, TAMARIT SUMALLA (1998), pp. 57-73.

⁶⁰⁷ Vid. Cap.V.2.1.

⁶⁰⁸ Vid. ROSTALSKI, F (2024); *Die vulnerable Gesellschaft. Die neue Verletzlichkeit als Herausforderung der Freiheit*, 2ª ed., C.H. Beck, Múnich, pp. 7-18, señala que este concepto se ha ido fortaleciendo y ampliando su ámbito de influencia desde la pandemia de la Covid19, advirtiendo que se debe tener cuidado para que no sirva como mera coartada para el recorte de libertades.

⁶⁰⁹ Vid. DELGADO MARTÍN (2007), p. 22.

⁶¹⁰ Cfr. LANDROVE DÍAZ (1998), p. 47.

La victimización secundaria es generada por el contacto de la víctima con el sistema jurídico penal. Se ha señalado que esta segunda experiencia victimal puede ser incluso más nociva que la primaria y puede reducirse implementando mejoras en el ámbito procesal⁶¹¹.

Por último, la *victimización reiterada o repetida*, también llamada “revictimización”, “multivictimización” o reincidencia victimal, se produce cuando “una persona es víctima de más de un delito durante un determinado periodo de tiempo”⁶¹². En estos casos DELGADO MARTÍN destaca dos posibles formas de reaccionar, que son radicalmente diferentes entre sí. Respecto de algunos delitos, como por ejemplo el robo, es posible que la víctima aprenda de su experiencia previa de victimización y desarrolle estrategias de resiliencia o evitación. Pero en otros, la victimización previa *acrecenta la vulnerabilidad de la víctima*, “porque potencia su indefensión socavando la capacidad de esgrimir respuestas adecuadas frente a un nuevo episodio delictivo”⁶¹³. En estos casos, como afirma HERRERA MORENO, “las investigaciones apuntan la evidencia de que una victimización aumenta el riesgo de reincidencia victimal; la victimización llama a la victimización”⁶¹⁴, como ocurre, por ejemplo, con la especial vulnerabilidad convivencial o doméstica⁶¹⁵.

Aunque hace ya tiempo que se reconoce el mayor riesgo de victimización que sufren las personas especialmente vulnerables⁶¹⁶, en las últimas décadas se ha ido tomando mayor conciencia de la necesidad de otorgar una protección reforzada a determinadas personas en atención a su vulnerabilidad. En este sentido, son destacables los esfuerzos realizados a nivel internacional, especialmente en relación con los menores de edad víctimas de los delitos sexuales y de trata⁶¹⁷.

Esta tendencia ha ido acrecentándose en el derecho penal español, aunque de forma un tanto inconexa⁶¹⁸. En algunos casos se configuran circunstancias agravantes genéricas, como la progresiva ampliación de la agravante de discriminación del art. 22.4ª CP (que recoge varias situaciones de vulnerabilidad victimal sin emplear este término), así como las

⁶¹¹ Vid. LANDROVE DÍAZ (1998), pp. 49 y ss. Vid. referencias en Cap.V.2.1.

⁶¹² DELGADO MARTÍN (2007), p. 22.

⁶¹³ DELGADO MARTÍN (2007), p. 23.

⁶¹⁴ HERRERA MORENO (1996), p. 203.

⁶¹⁵ LANDROVE DÍAZ (1998), pp. 45 y s.

⁶¹⁶ Vid. GARCÍA PABLOS (1989), p. 323; y Cap. V.2.3.

⁶¹⁷ PÉREZ MACHÍO, A.I. (2021); “La protección penal del/de la menor víctima de delitos. Hacia un derecho penal basado en el paradigma de la victimología evolutiva y la vulnerabilidad del/la menor de edad”, *RDPC*, 3.ª Época, n.º 25, págs. 263-304, pp. 274-286; PÉREZ MACHÍO, A.I./DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2020); “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor como víctima de delitos”, en PÉREZ MACHÍO, A.I./DE LA MATA BARRANCO, N (Dirs.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 25-68, pp. 36-49.

⁶¹⁸ Vid. la progresiva ampliación legislativa penal de estos supuestos en PÉREZ GONZÁLEZ, S/DE LA MATA BARRANCO, N (2023); “Las circunstancias diferenciales y de vulnerabilidad del sujeto pasivo en el Código Penal”, en de la MATA BARRANCO, N/PÉREZ MACHÍO, A.I. (Dirs.), *Personas vulnerables y tutela penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 19-72, pp. 20-45.

previstas en los artículos” 22.2ª y 22.6ª CP⁶¹⁹; mientras que respecto de algunos tipos penales se establecen circunstancias agravantes específicas que atienden a factores diversos.

Entre los factores que configuran circunstancias específicas puede destacarse la *edad* del sujeto pasivo o a su condición de persona con *discapacidad necesitada de especial protección* (delito de lesiones art. 148.3ª, menor de 14 años; detenciones ilegales y secuestro del art. 165 CP, menor de 18); en otros, la agravación se basa en la convivencia de la persona vulnerable con el autor (delito de lesiones, arts. 153.1 y 148.5ª CP) e incluso se agrava el supuesto en que el autor se prevale de la convivencia sin referencias a la vulnerabilidad (agresiones sexuales, art. 180.1.4ª CP). Respecto de la trata de seres humanos, se diferencia entre la situación de “*especial vulnerabilidad*” que se apoya en la *discapacidad o situación personal, la enfermedad*, menor de 18 y *estado gestacional* (art. 177 bis 4 b) CP); y la “*situación de vulnerabilidad*” originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria (art. 177 bis.4 c) CP)⁶²⁰. En esta relación de ejemplos realizada sin ánimo exhaustivo⁶²¹, se puede mencionar por último la reforma más reciente de los delitos sexuales⁶²², que atiende en su art. 180. 1. 3ª CP a la situación de especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad, discapacidad o *por cualquier otra circunstancia*, excluyendo a los menores de 16 años, para los que se contempla similar agravación en el art. 181.5.c) CP; imponiendo su aplicación a los menores de 4 años.

De un tiempo a esta parte la doctrina se viene ocupando de señalar las incoherencias del trato disperso que se da a la condición de vulnerabilidad en nuestro código penal. Sorprende, sobre todo, la ausencia de uniformidad, que se observa incluso respecto de características tan objetivas como la edad de la víctima, pudiendo ser menor de 4, 14, 16 o 18, según el delito para el que esté prevista la agravación, así como la diferente configuración y amplitud de la vulnerabilidad (que a veces debe ser *especial*, otras no) según el delito al que agrave, incluso en algunos tan próximos como el homicidio y las lesiones. Son muchos los autores que han criticado este “baile de edades” y la heterogeneidad del concepto de vulnerabilidad⁶²³. No obstante, quizás tenga razón HERRERA MORENO

⁶¹⁹ Vid. HERRERA MORENO (1996), pp. 341 y ss.

⁶²⁰ LO 13/2022, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria.

⁶²¹ Vid. una relación completa en PÉREZ GONZÁLEZ/DE LA MATA BARRANCO (2023), pp. 45-57.

⁶²² LO 10/2022, de 6 de septiembre, de integral de garantía de la libertad sexual, publicada en el BOE núm. 215, de 07/09/2022.

⁶²³ Entre otros, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2019a), p. 161; MOYA GUILLEM, C (2020a); “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, *RD Criminología*, 3ª Época, nº 24, pp. 13-58; GARCÍA ÁLVAREZ, P (2022); “La repercusión de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), en la protección reforzada de los menores de edad en el código penal”, *RGDP* núm.37, p. 35; DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2022); “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *Revista Penal*, nº 50, pp. 64-90, pp. 85 y s.; BLANCO CORDERO, I (2023); “La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad”, en MOYA GUILLEM (Dir)/BONSIGNORE FOUQUET (Coord) (2023) *La protección*

cuando considera que no es posible establecer un concepto genérico de vulnerabilidad, de modo que cada situación debe relacionarse con la mayor intensidad de lesión del bien jurídico protegido⁶²⁴.

En un intento por dotar a esta noción de contornos más precisos, los diferentes supuestos que la integran podrían clasificarse en función del origen de la vulnerabilidad, así derive esta de condiciones personales de la víctima que la colocan en desventaja (edad, discapacidad, enfermedad), del contexto (comisión en grupo en la agresión sexual del art. 181. 5 a) CP, abuso de superioridad del art. 22.2ª CP) o de determinada relación con el autor (parentesco, convivencia)⁶²⁵.

Junto al factor del que deriva la vulnerabilidad, otro criterio a implementar para determinar la necesidad e intensidad de la protección reforzada sería el grado de vulnerabilidad en que se halla la víctima. Este puede ser difícil de determinar a priori, pero parece que la exigencia de una “especial” vulnerabilidad impone un grado de desvalimiento mayor que la mera exigencia de vulnerabilidad, sin adjetivos. Pero, aunque encontramos algún caso en que aparece descrita de esta forma (art. 177 bis 4 c) CP), en la mayoría de las menciones la “especial” vulnerabilidad aparece asociada a un factor de referencia: edad, discapacidad, enfermedad, estado gestacional o situación personal.

El problema reside en la dificultad de interpretar el concepto a la luz de factores tan dispares entre sí. Además de la divergencia en relación con la edad, comentada unas líneas atrás, también presenta ciertas dificultades la referencia a la discapacidad. En la medida en que en el art. 25 CP se recogen las características que definen a una persona con discapacidad de otra que también tiene discapacidad, pero que se halla necesitada de especial protección, parece razonable entender que la persona discapacitada será “especialmente” vulnerable cuando se encuentre necesitada de especial protección. Desde mi punto de vista, este es el fundamento de la agravación y, por tanto, debe ser el criterio rector para interpretar la vulnerabilidad en que se encuentra la víctima. Pero con esta propuesta se corre el riesgo de caer en una argumentación tautológica: la víctima necesita una protección reforzada porque es especialmente vulnerable y para determinar su grado de vulnerabilidad recurrimos a su mayor o menor necesidad de protección.

No obstante lo acabado de decir, en mi opinión la necesidad de protección reforzada de la víctima sigue siendo un fundamento válido de estas agravaciones, si bien necesita ser complementado con otros criterios respecto de cada factor de vulnerabilidad. Este es justo el punto de partida del objeto central de este trabajo, que pretende analizar el ren-

de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 121-160, p. 26; SANDOVAL CORONADO, J.C. (2023); “Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal? El caso de la vulnerabilidad victimal”, en MOYA GUILLEM (Dir)/BONSIGNORE FOUQUET (Coord). *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 91-119, pp. 94 y ss.

⁶²⁴ Cfr. HERRERA MORENO (1996), pp. 339 y s.

⁶²⁵ *Id.* HERRERA MORENO (1996), pp. 341 y ss.

dimiento de este fundamento respecto de cada una de las circunstancias caracterizadoras del asesinato y de sus agravantes específicas. A esta tarea se dedica el epígrafe siguiente.

3. La doble perspectiva victimológica como criterio diferenciador de asesinato y homicidio

Los criterios tradicionales de fundamentación del asesinato han sido la peligrosidad y/o la reprochabilidad. Tras estudiarlos en todas sus posibilidades interpretativas⁶²⁶, en este trabajo se ha optado por rechazar las versiones vinculadas con características de la personalidad del sujeto activo, en la medida en que parecen reminiscencias del denostado derecho penal de autor. Sin embargo, los parámetros de peligrosidad y reprochabilidad del hecho, aunque algo incompletos, pueden ofrecer una fundamentación de estos elementos y agravantes del asesinato más respetuosa con los principios de un derecho penal del hecho.

Un sector doctrinal alemán ha considerado, por el contrario, que estos parámetros en absoluto permiten una diferenciación adecuada entre los delitos de homicidio y asesinato, puesto que con ellos no resulta posible fundamentar la máxima gravedad asociada a la imposición de la pena de prisión perpetua⁶²⁷. En su lugar, y partiendo de una perspectiva de carácter victimodogmático en sentido amplio, proponen residenciar el criterio de distinción en la conducta de la víctima, discrepando en cuanto al alcance y argumentación dogmática. Aunque adelante ya que no comparto estas tesis, la contribución de la víctima podría tener algún valor complementario en orden a restringir la aplicación del asesinato en algunos supuestos, por lo que se dedicará un epígrafe final a estas consideraciones⁶²⁸.

En lo que sigue me propongo emplear los parámetros de peligrosidad y/o reprochabilidad del hecho en la interpretación del criterio (rector) de la especial necesidad de tutela de la víctima, para contribuir con ello a una mejor fundamentación y delimitación de los elementos y agravantes específicas del asesinato. En este trabajo se centra la atención, por tanto, en los aspectos asistenciales y de protección a las víctimas en mayor riesgo.

3.1. LA PROTECCIÓN REFORZADA DE LA VÍCTIMA EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CARACTERIZADORAS Y AGRAVANTES DEL ASESINATO

3.1.1. Alevosía

La definición actual de alevosía procede del Código Penal de 1870, con una ligera modificación gramatical introducida por el CP de 1995 que podría tener alguna

⁶²⁶ Vid. Capítulo IV.

⁶²⁷ Sobre los problemas que provoca la trabazón entre asesinato y prisión perpetua en Alemania, *vid.* Cap.III.1.4.

⁶²⁸ Vid. epígrafe 3.4.

consecuencia práctica. Es sorprendente que, tras más de 150 años de vigencia de esta definición legal, la alevosía siga ocasionando problemas interpretativos y de aplicación.

La referencia a la falta de contornos de la alevosía se ha convertido prácticamente en un lugar común, un reproche al legislador casi obligado al abordar el estudio de esta circunstancia, como se aprecia en ANTÓN ONECA⁶²⁹, ALONSO ÁLAMO⁶³⁰, MARTÍN GONZÁLEZ⁶³¹, GÓMEZ RIVERO⁶³², DEL ROSAL BLASCO⁶³³ y PEÑARANDA RAMOS⁶³⁴, entre otros. El propio Tribunal Supremo viene expresando desde hace décadas los mismos reparos respecto de la definición legal⁶³⁵. La incorporación de agravantes específicas comunes al asesinato y al homicidio no ha hecho más que empeorar la situación, pues obligan a una delimitación a tres bandas entre alevosía y abuso de superioridad; abuso de superioridad y especial vulnerabilidad; alevosía y especial vulnerabilidad⁶³⁶.

El estado de la cuestión no es mejor en aquellas legislaciones en las que no existe una definición de alevosía, como ocurre en Alemania, donde se afirma desde antiguo que ningún otro elemento del asesinato produce tanto desconcierto (*Verwirrung*) e inseguridad como este elemento del asesinato⁶³⁷.

El asesinato con alevosía es, con diferencia, la modalidad de asesinato de más frecuente aplicación en nuestro país⁶³⁸. De hecho, se ha llegado a afirmar que la regulación de los delitos de homicidio/asesinato en España ha sido pacífica durante muchos años porque la alevosía cubría cualquier déficit de penalización⁶³⁹. Esta situación parece ex-

⁶²⁹ ANTÓN ONECA, J (1949); Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Madrid, p. 351.

⁶³⁰ ALONSO ÁLAMO (1981), p. 468.

⁶³¹ MARTÍN GONZÁLEZ (1988), p. 7.

⁶³² GÓMEZ RIVERO, C. (2000); “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal”, RdPP, Aranzadi, núm. 4, pp. 35-59, p. 37.

⁶³³ Expresamente lamenta DEL ROSAL BLASCO, B (1999), “La alevosía en el Código Penal de 1995”, en *Manuales de formación continuada*, CGPJ, nº 3, 1999, pp. 271-298, p. 273, que el nuevo Código no aprovechara “la oportunidad ... para, si no hacerla desaparecer, al menos, acotar de forma más precisa su ámbito de aplicación y sus elementos constitutivos”.

⁶³⁴ PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 10.

⁶³⁵ Entre otras, las SSTs de 10 de mayo de 1991 (ponente: Ruiz Vadillo) y de 9 de marzo de 1993 (ponente: Moyna Ménguez): “Siempre ha sido una figura polémica, sin líneas fijas y claras de delimitación”.

⁶³⁶ Vid. ARROYO ALFONSO (2024), pp. 220-224 y 235-250.

⁶³⁷ Cfr. SCHAFFSTEIN, F (1966); “Zur Auslegung des Begriffs der ‘heimtückischen’ Tötung als Mordmerkmal”, en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1 Mai 1965*, Berlín, pp. 419 a 431, p. 419. SCHMOLLER, K (1987); “Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals ‘heimtückisch’”, *ZStW*, pp. 389-423, p. 389, señala que apenas otro concepto de la parte especial ha sido tan discutido como la alevosía en el asesinato.

⁶³⁸ En este sentido, HAVA GARCÍA (2023), p.7, señala que, tras analizar 497 SSTs dictadas de 2017 a 2021, la agravante de alevosía fue apreciada en 369 condenas, que supone un porcentaje del 63,3 %. En Alemania, SIOL (1973), p. 339 destaca igualmente la frecuencia en su aplicación.

⁶³⁹ En este sentido, PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 8 y ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 10. ALONSO DE ESCAMILLA, A (2018); “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio”, en LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Dykinson, pp. 1-34, p. 4, llama la atención sobre la escasa aplicación del art. 138.1 CP, por la dificultad de imaginar un homicidio sin ninguna de las circunstancias del asesinato.

plicar que el delito de homicidio mantenga su marco penal originario (de 10 a 15 años) pese al incremento progresivo de las penas en general, de forma que el homicidio simple parece estar *infrapenado*⁶⁴⁰. Así es, desde luego, si lo comparamos con el delito de tráfico de órganos, por ejemplo, en el que el marco penal será de 12 a 18 años de prisión cuando el órgano proceda de una persona viva y se haya puesto en peligro la vida del donante o éste fuera menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación (art. 156 bis CP), o los supuestos de secuestro del art. 166.2 CP, que permiten alcanzar la pena de 20 a 25 años de prisión cuando no se da razón del paradero de la persona secuestrada.

La doctrina ha llamado la atención sobre la maleabilidad del concepto de alevosía, que se adapta sin demasiados problemas a muy diferentes situaciones, de forma que acaba pareciendo el “caso normal” de muerte dolosa⁶⁴¹. Precisamente por ello, la realidad judicial del asesinato alevoso comprende una gran variedad de supuestos (casuismo) que se diferencian apenas en matices, dando lugar a interpretaciones distintas e incluso contradictorias⁶⁴² para casos similares que bien podrían parecer adaptadas al caso concreto. En este sentido, se ha afirmado que la alevosía “se construye sobre el relato jurisprudencial”⁶⁴³.

A la vista de lo anterior, no parece arriesgado afirmar que el art. 139.1.1^a CP se ha convertido, de facto, en el tipo básico de los delitos contra la vida, pues rara vez concurre otra circunstancia del art. 139.1 sin la presencia de la alevosía y, tras la LO 1/2015, la aplicación conjunta de los arts. 139.1.1^a y 140.1.1^a parece afianzar esa tendencia. En este sentido, denuncia ALONSO ÁLAMO que “estamos ante una circunstancia en alza” en gran parte debido a cierto abuso en su empleo por parte de la jurisprudencia⁶⁴⁴. Esta tendencia expansiva debe intentar limitarse por vía interpretativa, conforme a criterios dogmáticos y/o teleológicos que aseguren cierta uniformidad en su aplicación, evitando, en la medida de lo posible, la orientación al caso concreto.

3.1.1.1. Aspectos generales

De su definición en el art. 22.1^a CP se derivan los dos elementos objetivos que caracterizan esta circunstancia: aseguramiento e indefensión. En cuanto al aspecto subjetivo, las referencias a la traición y a la cobardía que impregnan o tiñen la acción parecen haber quedado superadas o, en cualquier caso, solo acompañan al relato sin convertirse en un presupuesto exigible para la aplicación de la circunstancia. La contundente y expresiva

⁶⁴⁰ Vid. MAPELLI CAFFARENA (2020), p. 762.

⁶⁴¹ Vid. PEÑARANDA RAMOS (2014), pp. 9 y s. En Alemania, DECKERS, R. (2015), “Zum Heimtückemerkmal des § 211 StGB”, en Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-13, 57a StGB, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, 2015, pp. 443-450, p. 443, destaca el “polimorfismo” (Vielgestaltigkeit) en la interpretación de este elemento.

⁶⁴² Cfr. GÓMEZ RIVERO (2000), p. 37, denunciando la inseguridad jurídica que genera esta situación.

⁶⁴³ MAPELLI CAFFARENA (2020), p. 762.

⁶⁴⁴ ALONSO ÁLAMO, M. (2021); “Prólogo”, en MATEOS BUSTAMANTE, J. (2021); *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del art. 22.1 del Código Penal*, Reus, Madrid, pp. 7 y s.

definición legal del CP de 1848 (“a traición y sobre seguro”) y su modificación en 1850 (“a traición o sobre seguro”)⁶⁴⁵, suprimida por el Código Penal de 1870 en un intento de eliminar sus problemas interpretativos⁶⁴⁶, ha seguido ejerciendo una influencia constante que, aunque menor en las últimas décadas, aún se sigue utilizando hoy a modo de síntesis por algunos autores⁶⁴⁷.

Comparto la opinión de quienes consideran que basta con el dolo de alevosía⁶⁴⁸, pese a que a veces se defina como un *elemento tendencial*⁶⁴⁹ dirigido a asegurar la acción evitando el riesgo procedente de la defensa por parte de la víctima. De esta forma, la finalidad de asegurar la acción y la de autoprotección del autor van íntimamente ligadas y no se deben desdoblar⁶⁵⁰; siendo doctrina mayoritaria que la autoprotección perseguida por el autor se refiere exclusivamente a la víctima y no a posibles terceros que pudieran acudir en su auxilio.

En principio, cualquier acción dolosa de matar entraña en sí misma un peligro abstracto para el bien jurídico, desvalor que puede acogerse sin problemas en el ámbito del tipo básico o simple homicidio⁶⁵¹. La alevosía debe suponer, por tanto, un incremento de ese peligro genérico, es decir, un peligro que aumente considerablemente la potencialidad lesiva de la acción de matar, que se plasma en la exigencia de que los medios, modos o formas alevosos sean idóneos (objetivamente aptos, capaces) para lograr el aseguramiento de la ejecución sin riesgos para la persona del autor.

Para valorar esta idoneidad debe acudirse a las perspectivas *ex ante* y *ex post*. Se trata de constatar el aumento de desvalor del injusto que implica el empleo de ciertos medios comisivos en la acción de matar. La peligrosidad *ex ante* del medio comisivo alevoso quedaría confirmada a posteriori, recurriendo a un criterio *ex post*. Para ello podría acudirse al segundo criterio de imputación objetiva, de realización del riesgo en el resultado, destacando de esta manera la relación normativa que vincula el desvalor de acción con el desvalor de resultado⁶⁵². En el caso de la alevosía, el resultado consistiría en la consta-

⁶⁴⁵ Vid. Capítulo I.2.2.

⁶⁴⁶ ALTÉS MARTÍ (1982), p. 6.

⁶⁴⁷ Así, por ejemplo, MARTOS NÚÑEZ (2017), p. 34; y SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ (2019), p. 26. La jurisprudencia más reciente también evoca en ocasiones la antigua expresión legal, por todas, STS 623/2021, de 14 de julio de 2021 (ponente: Magro Servet).

⁶⁴⁸ De esta opinión, entre otros, SEGRELLES DE ARENAZA, I. (1995); “La alevosía. Análisis dogmático de algunos aspectos fundamentales”, *CPC*, nº 57, pp. 763-836, 826; MASIP DE LA ROSA (2016), p. 265; ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 156; MOYA/SANDOVAL (2023), p. 274; GARROCHO SALCEDO (2024), p. 9.

⁶⁴⁹ Para ALONSO ÁLAMO, M (2023); “¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial A propósito de la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS: 2022:2351)”, *RECPC* 25-r1, p. 3, el elemento tendencial consiste en el “ánimo del autor de asegurar una ejecución sin riesgo”.

⁶⁵⁰ Vid., por ejemplo, Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (1997), p. 98; MARTÍN GONZÁLEZ (1988), p. 72; ALTÉS MARTÍ (1982), p.142; CEREZO MIR (1998), p. 373.

⁶⁵¹ Esta suele ser una crítica contra la pervivencia de la alevosía, en la medida en que, para algunos autores, no aporta nada. Así, por ejemplo, MÜSSIG (2005), pp. 301 y s.; GRÜNEWALD (2010), p. 147.

⁶⁵² Como afirma ANARTE BORRALLÓ, E (2002); *Causalidad e imputación objetiva. Estructura, Relaciones y Perspectivas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, p. 255, es necesario que ambos desvalores queden conectados.

tación del mayor peligro que se derivó del empleo de los medios, modos o formas por parte del autor. Debe resaltarse que se trata de afirmar que efectivamente se produjo un mayor peligro, con independencia de que se materializara en el resultado de muerte (dado que la muerte puede no producirse, quedando el asesinato en grado de tentativa).

Además, este aumento de desvalor se interpreta aquí como un incremento del aseguramiento de la ejecución del hecho, *mediante* la eliminación de los factores de riesgo que, procedentes del sujeto pasivo, pudieran frustrar ese objetivo implicando al tiempo el peligro de lesión de bienes jurídicos personales del autor que acompañaría, por lo común, a cualquier acto de carácter violento en el que cupiera posibilidad de defensa por parte de la víctima.

En definitiva, matar con alevosía consiste en cometer un homicidio empleando medios, modos o formas que resulten idóneos para lograr el aseguramiento en la ejecución del delito eliminando un factor de alto riesgo para el sujeto activo: la potencial defensa por parte de la víctima. La autoprotección del autor puede incrementar la peligrosidad de la acción, pues al sentir a salvo sus bienes jurídicos personales, se elimina un posible factor de indecisión (se produce, por tanto, un refuerzo psicológico). Consecuentemente, si los medios empleados no eliminan un riesgo relevante para el autor que pudiera proceder de parte de la víctima, tampoco deberían ser considerados idóneos a efectos de la constatación de la alevosía.

Debido a este entendimiento de la alevosía, la diferencia con la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad (art. 22.2^a CP) es cuantitativa —de forma que a esta se la suele denominar “alevosía menor” o “de segundo grado”⁶⁵³— y se viene construyendo sobre la indefensión, ya sea esta absoluta o parcial. Cuando se *limita* la defensa de la víctima habría que calificar de homicidio con abuso de superioridad (o, en su caso, de homicidio sobre menores de 16 años o persona especialmente vulnerable)⁶⁵⁴, de manera que, cuando se *impide* totalmente, la calificación correcta sería la de asesinato con alevosía.

Sin embargo, en la praxis judicial, tradicionalmente se parte de criterios descriptivos, intentando aunar las múltiples posibilidades de actuación alevosa del autor mediante la sistemática de los “grupos de casos”. Como se ha señalado anteriormente, la alevosía es la circunstancia de más frecuente aplicación, por lo que ha generado una abundante jurisprudencia que ha ido extendiendo su ámbito a medida que interpretaba de forma más laxa sus requisitos.

La jurisprudencia más reciente distingue cuatro modalidades de alevosía: proditoria, sorpresiva, de desvalimiento y convivencial⁶⁵⁵.

- (1) La *proditoria o traicionera*, caracterizada por la emboscada, el acecho, el apostamiento o la acechanza, que comporta una cierta deliberación y trazado de

⁶⁵³ Vid. la STS 716/2018, de 16 de enero (Palomo del Arco) sobre la diferencia entre alevosía y abuso de superioridad.

⁶⁵⁴ Vid. Cap.III.2.1.2.

⁶⁵⁵ Vid. por todas, STS 623/2021, de 14 de julio de 2021 (ponente: Magro Servet).

un plan delictivo, con ocultamiento del agente en lugar propicio a la espera de la víctima. Hace referencia a la interposición por el autor de los medios, modos o formas de comisión.

- (2) La alevosía *aleve o sorpresiva, súbita o inopinada*, caracterizada por el ataque súbito e inesperado, con total falta de prevención por parte del afectado, dado el modo repentino o inopinado de la agresión, se halle aquél de frente o de espaldas, no existiendo indicio que permita presagiar al afectado la realidad e inminencia de semejante agresión impositiva de todo intento defensivo. Comprende supuestos en que el autor elige los medios o sencillamente aprovecha la ocasión.
- (3) La alevosía con *aprovechamiento de desvalimiento o indefensión* del ofendido no provocados por el agente, siendo aquél de corta edad o avanzada edad, o hallándose enfermo, durmiendo, embriagado, narcotizado o en situación semejante. Se basa en una situación inherente a la víctima (corta o avanzada edad, enfermedad o discapacidad), o propiciada por agentes externos al autor, que se limita a aprovechar la situación (durmientes, embriagados, etc.).
- (4) En los últimos años se ha querido destacar una nueva modalidad, llamada *alevosía convivencial*, que en realidad no sería más que un supuesto de la modalidad de la alevosía sorpresiva⁶⁵⁶, basado en que la relajación de la convivencia contribuye a que la víctima no espere un ataque mortal por parte de la persona con quien comparte su cotidianeidad. De esta manera se posibilita la aplicación del asesinato con alevosía introduciendo un factor normativo que contribuye a la constatación de alevosía sorpresiva. En algunas sentencias se asienta expresamente en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación⁶⁵⁷.

Se ha dicho que esta cuarta modalidad de alevosía responde a la aplicación de la perspectiva de género⁶⁵⁸ y ha sido objeto de reciente atención doctrinal⁶⁵⁹. En mi opinión, esa afirmación resulta discutible por los motivos que se exponen a continuación.

⁶⁵⁶ En este sentido, MUÑOZ CONDE (2023), p. 50; STS 418/2021, de 19 de mayo (ponente: Magro Servet): “*al producirse en su hogar, por su propia pareja (...) lo que alienta el carácter inesperado del ataque y construye la alevosía doméstica o convivencial*” (Subrayados añadidos); expresamente en la STS 988/2022, de 20 de diciembre (ponente: Ferrer García).

⁶⁵⁷ STS 160/2023, de 8 de marzo, (ponente: Sánchez Melgar), con cita de varias sentencias anteriores. En igual sentido, MASIP DE LA ROSA (2016), pp. 440 y s.

⁶⁵⁸ Expresamente, la STS 247/2018 de 24 de mayo (ponente: Magro Servet); 282/2018 de 13 de junio (ponente: Magro Servet); también Álvarez García (2024), p. 158.

⁶⁵⁹ *Vid.* además de los citados en otras notas a pie, TEJEDOR MUÑOZ, F.J. (2017); “Tratamiento de la alevosía en los delitos de violencia de género: análisis jurisprudencial”, *Foro FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales)* – Tribuna y Boletín de la FICP N° 2017-2 (septiembre), pp. 617-625; PARRILLA VERGARA, J. (2019): “La perspectiva de género en la jurisprudencia del tribunal supremo: alevosía y agravante de género”, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.) /PARRILLA VERGARA (Coord.), *Mujer y derecho penal: necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, pp. 31-69; ORTEGA FERNÁNDEZ, M.C. (2021); “Reflexiones sobre la alevosía doméstica: análisis jurisprudencial”, en GALÁN MUÑOZ/MENDOZA CALDERÓN

En primer lugar, porque juzgar con perspectiva de género supone identificar el estereotipo discriminatorio y argumentar en su contra, cosa que no se ha hecho en las sentencias a las que se ha atribuido esa perspectiva en este ámbito. De manera que, como bien afirma RUEDA SERRANO, esta perspectiva “no puede confundirse con la pretensión de que siempre que la persona que afirma ser víctima sea una mujer sea necesario condenar y, además, con la máxima pena”⁶⁶⁰.

En segundo lugar, porque, como señala SUBIJANA ZUNZUNEGUI, no se trata de castigar especialmente el feminicidio, “sino la consideración de que el ataque que acaece en el espacio de intimidad familiar es alevoso por sorpresivo”, por lo que puede aplicarse indistintamente del género de autor y víctima⁶⁶¹ y, de hecho, se aplica en la STS 24/2022, de 13 de enero (ponente: Ferrer García), siendo la víctima un hombre y la autora una mujer.

En cualquier caso, no parece que estemos ante una tendencia plenamente asumida por el Tribunal Supremo, a la vista de que la STS 462/2021, de 27 de mayo, opta por la aplicación del homicidio con la agravante genérica de especial vulnerabilidad, en lugar de asesinato con alevosía convivencial, en un caso desarrollado en el domicilio común en un contexto de violencia de género⁶⁶².

Por otro lado, al vincular lo inesperado del ataque con la “relación de confianza”, en realidad debería producirse el efecto contrario al perseguido en los casos de violencia de género, pues realmente la víctima no tiene motivos para confiar en su maltratador. De esta manera podría impedirse la calificación por asesinato alevoso en los supuestos en que existen amenazas y aceptar, por el contrario, su aplicación en los casos de muerte del tirano familiar (*Haustyrannenfall*). En este supuesto, la víctima suele estar convencida de su control sobre las personas con las que convive y a las que maltrata habitualmente, por lo que no espera ser agredida por ellos. Es decir, que una modalidad de alevosía que se anuncia como “alevosía de género” podría perjudicar a la mujer maltratada y favorecer al maltratador⁶⁶³. Precisamente esto es lo que ocurre en la reciente STS 416/2023, de 31

(Coord.), *Derecho penal y política -criminal en tiempos convulsos. Libro homenaje a la Profa. Dra. María Isabel Martínez González*, Tirant lo Blanc, Valencia, pp. 223-236.

⁶⁶⁰ RUEDA SERRANO, Y. (2018); “Los estereotipos de género en el proceso penal”, *Boletín Comisión Penal, Monográfico perspectiva de género en el proceso penal*, Vol. 1, pp. 11-20, p. 18.

⁶⁶¹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI (2018); “La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer”, *Boletín Comisión Penal, Monográfico perspectiva de género en el proceso penal*, Vol. 1, pp. 27-39, p. 35. En sentido similar, MATEOS BUSTAMANTE, J. (2018); “Estudio jurídico-penal de la alevosía convivencial”, *CPC*, 124, I, Época II, mayo 2018, pp. 243- 263, pp. 262 y s. Por su parte, GALLEGU MARTÍNEZ, V (2019); “Dogmática penal y jurídica sobre la alevosía. De la alevosía convivencial a la perspectiva de género”, comunicación presentada al *XIX Seminario interuniversitario de Filosofía del derecho y Derecho penal*, Universidad de León, de 2 a 6 de julio, disponible en <https://ficip.es>, p. 11, nota 19, señala que esta es también la interpretación recogida en las Conclusiones del VIII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la mujer celebrado en Madrid, en octubre de 2012.

⁶⁶² También la STS 999/2022, de 20 de diciembre (ponente: Marchena Colombo), recoge un supuesto similar, pero no se plantea alevosía por parte de la acusación, por lo que el TS no se pronuncia sobre esa cuestión.

⁶⁶³ En el mismo sentido, *vid.* MASIP DE LA ROSA (2016), pp. 443 y s.; MATEOS BUSTAMANTE (2018), p. 256.

de mayo (ponente: Puente Segura), que rechaza esta modalidad porque la relación estaba deteriorada y la víctima había pedido al autor que se marchara de la casa y porque la violencia contra la víctima había comenzado décadas atrás.

Resumiendo, en la alevosía proditoria el sujeto “prepara” el ataque haciendo caer a la víctima en una trampa o emboscada, de forma que cuando se apercibe de que va a ser agredido ya es demasiado tarde para oponer una defensa eficaz. En la sorpresiva, el ataque se produce de forma repentina e inesperada y de nuevo la defensa se ve tan constreñida, que se revela inoperante. La alevosía convivencial viene a ser una subclase de la alevosía sorpresiva en la que se configura la sorpresa sobre la base de la vulneración de la confianza en no ser atacado por las personas con las que se convive⁶⁶⁴. Por último, la alevosía de prevalimiento se asienta en la indefensión de la víctima, ya proceda esta de causas coyunturales (durmiente, embriagado, etc.) o consustanciales a la víctima (niños pequeños, personas imposibilitadas de movimiento, etc.). En realidad, las cuatro modalidades pueden ser reducidas a dos (sorpresiva y de prevalimiento), dado que tanto la alevosía proditoria como la convivencial, tal como se interpretan por la jurisprudencia, no se entienden sin el momento “sorpresa”, por lo que no serían más que supuestos diferenciados dentro del concepto de alevosía sorpresiva, súbita o inopinada.

A todo lo anterior debe añadirse que la jurisprudencia ha objetivado la alevosía dejándola prácticamente reducida a la indefensión de la víctima, hasta el punto de convertirla en su razón de ser. En no pocas sentencias se afirma que “el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión”⁶⁶⁵.

En este proceso de simplificación hasta alcanzar su “esencia”, la alevosía ha ido adquiriendo una orientación victimológica, puesto que en la mayoría de las sentencias se obvia el análisis de la potencialidad de los medios, modos o formas, o se integran directamente en el análisis de la indefensión. Esta tendencia, que comenzó con la ampliación del concepto hacia los supuestos de muertes de personas *per se* indefensas (“constitucionalmente indefensas” con expresión probablemente adoptada de la doctrina alemana), ha ido afianzándose de tal manera, que a menudo resulta imposible de diferenciar, en la práctica, del abuso de superioridad. No le falta razón a la doctrina cuando alerta de la vulneración del principio de legalidad que supone aplicar asesinato con alevosía cuando el autor no necesita desplegar ninguna medida adicional para anular las posibilidades de defensa de una víctima que, sencillamente, es incapaz de ofrecer defensa alguna.

La apreciación de la alevosía de prevalimiento cuando se apoya en la propia incapacidad de la víctima para defenderse rompe la regla general de la modalidad sorpresiva, a saber, que la indefensión de la víctima proceda del empleo de los medios, modos o formas interpuestos por el autor. Supone, por tanto, un desplazamiento del análisis que

⁶⁶⁴ Vid. MASIP DE LA ROSA (2016), p. 441; MATEOS BUSTAMANTE (2018), p. 664; GARROCHO SALCEDO (2024), p. 10.

⁶⁶⁵ STS 329/2023, de 10 de mayo (Martínez Arrieta); SOTO NIETO (2005), p. 2, señala que la “eliminación de cualquier posibilidad de defensa viene a ser el santo y seña de la alevosía”.

deja de centrarse en el autor, para venir determinado exclusivamente por las condiciones físicas o psíquicas de la víctima que impiden su defensa. Además, esta modalidad no tiene en cuenta que uno de los elementos del asesinato es que los medios, modos o formas sean idóneos para eliminar la defensa que podría poner en riesgo al propio autor, pero las personas *per se* indefensas carecen de potencialidad lesiva para el autor, por lo que no existe riesgo que eliminar, ni siquiera abstracto. Por otro lado, la consideración automática de estos supuestos de prevalimiento ha normalizado las condenas por asesinato en comisión por omisión⁶⁶⁶, que en caso de seres desvalidos da lugar a la imposición obligatoria de la prisión permanente revisable⁶⁶⁷.

Por último, considero que debe apreciarse alevosía cuando el autor interpone medios de comisión dirigidos a evitar la defensa del tercero de custodia (*Schutzperson*) de personas *per se* indefensas⁶⁶⁸. Desde la redacción de 1995 el art. 22.1 CP exige que la defensa proceda “por parte del ofendido”, por lo que no resultaría obligado que la ejerza *personalmente* la víctima, sino que respecto de determinados sujetos pasivos tal defensa debe ejercerla quien ostente una posición de garante. De esta forma, puede aceptarse la alevosía cuando se impide la interposición de medios defensivos por parte de personas obligadas a proteger a la víctima.

Desde mi punto de vista, la posibilidad de defensa por parte de terceros que no guarden ninguna relación con la víctima debe ser excluida con carácter general. En este sentido, la presencia de terceras personas en el contexto homicida que hipotéticamente podrían auxiliar a la víctima, no puede ser obstáculo para la apreciación de la alevosía⁶⁶⁹. Considero criticable, por tanto, que la jurisprudencia rechace su aplicación sobre la base de que a la víctima le fue dado pedir auxilio o por la presencia de terceras personas en el contexto de la acción. En primer lugar, porque salvo las excepciones descritas bajo la expresión “tercero de custodia”, la defensa a eliminar es la de la víctima, no la de otras personas que estuvieran presentes en el hecho sin un deber especial de auxiliarla y, en segundo lugar, porque la mera posibilidad de pedir auxilio a desconocidos no implica, de suyo, un riesgo personal para el autor. El TS ha rechazado la alevosía, sin embargo, en el

⁶⁶⁶ Así, por ejemplo, la STS 21/2007 de 19 de enero, citada por CUESTA SÁNCHEZ, M. (2007); “Alevosía. Una visión práctica”, *Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia pp.1-16, p. 11. En Alemania, que no contempla la alevosía respecto de seres desvalidos, se discute la posibilidad de apreciarla en comisión por omisión; mientras KINDHÄUSER/SCHRAMM (2020), p. 46, se muestran contrarios, el BGH lo acepta desde la Sentencia 7 de julio de 2009, si bien en el caso enjuiciado la posición de garante se adquirió por injerencia, *vid.* en BESTER (2011), p. 255, que acepta la doctrina del BGH.

⁶⁶⁷ STS 585/2020, de 14 de junio, del Pleno (ponente: Polo García).

⁶⁶⁸ De la misma opinión, *vid.* CUELLO/MAPELLI (2015), p. 218 y MUÑOZ CONDE (2023), p. 49. MASIP DE LA ROSA (2016), p. 433 y s., niega que la defensa de terceros elimine la alevosía, pero considera que de *lege ferenda* debería introducirse la defensa del tercero de custodia; MOYA/SANDOVAL (2023), p. 281, se muestran en desacuerdo con carácter general. En Alemania se acepta desde un caso en el que se evita la protección que podría haber prestado la abuela del niño, *vid.* SCHWALM, G. (1957); “Heimtücke und achtenswerter Beweggrund”, *MDR*, n.5, pp. 260 a 262, p. 261. En la actualidad se acepta también en caso de personal sanitario de cuidados intensivos, al respecto WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER (2019), p. 23.

⁶⁶⁹ MASIP DE LA ROSA (2016), p. 436., niega que la defensa de terceros elimine la alevosía, pero considera que de *lege ferenda* debería introducirse la defensa del tercero de custodia.

ataque sorpresivo a una mujer por parte de su pareja, porque otra mujer que estaba presente salió corriendo del local para solicitar ayuda, regresando casi inmediatamente con un señor que tan solo pudo mirar como era acuchillada la víctima a la que previamente el autor había dado un puñetazo en la cara y arrojado contra un sofá⁶⁷⁰.

3.1.1.2. Fundamento

El fundamento de la alevosía reside, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, en el *mayor desvalor de acción*⁶⁷¹ que supone el empleo de una forma de ejecución del delito que tiende expresamente al doble aseguramiento de esta y del autor eliminando la defensa procedente de la víctima. Desde esta perspectiva, el incremento de pena que añade la alevosía al homicidio se fundamenta en un injusto más grave por la especial capacidad del medio empleado para alcanzar la lesión del bien jurídico. Supone, por tanto, una protección extra a la víctima en razón a que la mayor peligrosidad de los medios comisivos la coloca en una situación de indefensión y de mayor riesgo de lesión del bien jurídico⁶⁷².

Desde mi punto de vista, la diferenciación en “modalidades” de alevosía impide encontrar un fundamento común para todas las situaciones alevosas que reconoce la jurisprudencia. La mayor peligrosidad de la acción justifica la agravación de la alevosía proditoria y la sorpresiva, puesto que el medio comisivo coloca al sujeto pasivo en una situación de mayor riesgo de lesión de sus bienes jurídicos, que el derecho penal debe compensar otorgando una protección reforzada a la víctima. El origen y evolución histórica de la alevosía parece apoyar este criterio de fundamentación, pues la agravación respondía más bien a la agresión contra la vida en situaciones en las que a la víctima no le era esperable por no haber tenido conflicto alguno con el autor, o por haberlo solucionado por los procedimientos establecidos al efecto⁶⁷³.

Esta fundamentación no es completamente trasladable a la modalidad de alevosía *convivencial*, y por ello la jurisprudencia recurre a un fundamento complementario de carácter social que se apoya en la normal confianza que puede derivarse de la expectativa que implica el respeto a las “normas de convivencia” entre personas que cohabitan. De esta forma, el ataque sigue siendo alevoso pese a que se produjera en el transcurso de una riña, pues entre las personas que cohabitan suelen producirse discusiones y disputas, en la confianza de que serán resueltas sin que peligre la propia vida. Sin embargo, quedan excluidos aquellos supuestos en que la violencia reiterada muestra la inexistencia de tal confianza, dejando sin agravación precisamente los casos en que la víctima corría, *ex ante*, un mayor peligro derivado de su propia revictimización. Estos casos, en

⁶⁷⁰ STS 436/2011, de 13 de mayo (ponente: Jorge Barreiro). Citada también por MASIP DE LA ROSA (2016), p. 200, nota 323, con la que se muestra de acuerdo.

⁶⁷¹ *Vid.* Capítulo IV.2.2.1.2.1

⁶⁷² Entre otros muchos, SANZ MORÁN (1995), p. 808; JORGE BARREIRO (1997), p. 397; MITSCH (1996), p. 213; H. SCHNEIDER (2015), p. 867; GARROCHO SALCEDO (2024), p. 9.

⁶⁷³ *Vid.* Cap. I.1.3.

la medida en que la indefensión (aprendida) de la víctima reside en una dinámica de reiteración victimal⁶⁷⁴, comparten características que los acercan a la alevosía de prevalimiento, como veremos a continuación.

La alevosía de prevalimiento no resulta fácil de justificar conforme al desvalor de la acción, ya que, respecto de determinadas víctimas, cualquier forma de comisión será prácticamente igual de peligrosa en orden a alcanzar el resultado de muerte. Si la alevosía exige *provocar* la indefensión de la víctima, parece clara la necesidad de que esta tenga la *capacidad de enfrentar una defensa eficaz*. Por tanto, aunque la alevosía se oriente a la protección de la víctima, sigue consistiendo en el empleo de medios, modos o formas de comisión que impidan la defensa, por lo que *siempre* será necesario que la víctima tenga capacidad de defenderse.

En definitiva, la alevosía se fundamenta en la necesidad de reforzar la protección de una víctima que, dada la forma en que se realiza la acción, es colocada por el autor en un contexto de indefensión. Este fundamento, que se completa con el de mayor peligrosidad del hecho, es compartido, en mayor o menor medida, con otras circunstancias que también atienden a la situación de desventaja en que se encuentra la víctima del homicidio, como ocurre con el abuso de superioridad o el aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido del art. 22.2ª CP y las relativas a la menor edad de 16 años y especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad del art. 140.1.1ª CP.

La enorme relevancia que ha adquirido en los últimos años el elemento de la indefensión conecta la alevosía con el fundamento victimológico de la protección o tutela reforzada de la víctima que se halla en una situación de mayor riesgo de lesión de sus bienes jurídicos⁶⁷⁵. Pero, como hemos visto en un epígrafe anterior⁶⁷⁶, la perspectiva victimológica es doble, pues junto a los aspectos asistenciales o de protección, se contempla también la valoración de la conducta de la víctima en orden a determinar su contribución al delito.

La aplicación de esta doble perspectiva victimológica al supuesto del asesinato con alevosía podría enunciarse de la siguiente forma: si el incremento de injusto viene fundamentado por la necesidad de proteger especialmente a la víctima en situaciones de indefensión, para compensar la mayor capacidad ejecutiva de los medios empleados por el sujeto por suponer un mayor desvalor de acción (con la salvedad de la alevosía de prevalimiento), habrá que valorar los supuestos en que el mayor peligro para la víctima derive de su propio comportamiento previo para con el autor. De aquí se deriva la ne-

⁶⁷⁴ Además de las referencias generales a la alevosía convivencial en epígrafe anterior, *vid.* Cap.V.2.3. sobre el concepto de revictimización o reiteración victimal.

⁶⁷⁵ La orientación a la víctima también ha recibido críticas. En este sentido, IGNOR, A. (2015); „Stellungnahme zum Referat von Schneider “Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda”, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-13, 57a StGB) (2015)*, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, pp. 524- 528, p. 516, considera que “cualquier vida merece ser protegida del mismo modo”.

⁶⁷⁶ Cap.V.2.1.

cesidad de un análisis final de aquellos comportamientos antijurídicos del sujeto pasivo que hayan podido contribuir a ponerlo en peligro de ser agredido. Sobre esta cuestión se volverá en el epígrafe 4.

3.1.2. *Por precio, recompensa o promesa*

3.1.2.1. Aspectos generales

Continuando la línea que se remonta a nuestro derecho histórico, el Código Penal de 1822 recoge el matar por precio como circunstancia segunda del delito de asesinato, con la expresión “en virtud de dones o promesas que se les hayan hecho previamente”. La redacción se simplifica en el CP de 1848, “por precio o promesa remuneratoria” y se mantiene hasta el CP de 1944, en el que adquiere la configuración actual: “por precio, recompensa o promesa”⁶⁷⁷.

La presencia de esta modalidad de asesinato requiere la intervención de una tercera persona que ofrezca el precio, recompensa o promesa. Esta interpretación, casi unánime en la doctrina⁶⁷⁸, deriva de la propia literalidad del precepto y es coherente con su origen en la *Lex Cornelia*⁶⁷⁹ y su posterior desarrollo en nuestro derecho, mediado por la *Decretal Pro Humani* y su recepción en Las Partidas⁶⁸⁰.

Su ámbito de aplicación depende de la interpretación que se mantenga respecto de dos cuestiones principales. En primer lugar, si cabe calificar de asesinato del art. 139.1.2ª CP cuando la promesa o recompensa no tienen carácter económico y, en segundo lugar, si es posible su aplicación al mandante. La opinión que se mantenga en ambos casos está muy relacionada con la fundamentación que se defienda respecto de este elemento, claramente vinculada con la motivación que rige la conducta.

En cuanto a la primera cuestión, la opinión mayoritaria reduce este elemento al móvil económico, por lo que quedarían excluidos los supuestos en que el mandante promete favores sexuales u otro tipo de ventajas o incentivos⁶⁸¹.

Menos acuerdo existe respecto de la calificación penal que debe recibir la conducta del mandante. Dado que su ofrecimiento posibilita su consideración como inductor, una parte de la doctrina entiende que este mismo dato no puede volver a tomarse en cuenta para calificar su conducta de asesinato, sino todo lo más, de homicidio⁶⁸². A este

⁶⁷⁷ Vid. Cap.I.2.

⁶⁷⁸ En contra, PEÑARANDA RAMOS, E (2024b); “Asesinato”, en: MOLINA FERNÁNDEZ, F., (edit.), *Memento Penal* 2025, Lefebvre, ed. online, marg. 7025-7115, marg. 7080, considera que la circunstancia es completamente subjetiva y no es precisa la existencia de un inductor real.

⁶⁷⁹ Vid. Cap.I.1.1.

⁶⁸⁰ Vid. Cap.I.1.4.

⁶⁸¹ De otra opinión, ORTEGA MATESANZ (2024), pp. 6 y ss., con amplias referencias.

⁶⁸² Entre muchos otros, por ejemplo, CASTELLÓ NICÁS (1998), p. 22.

argumento se añade que el oferente no mata *por* precio, es decir, que en él no concurre el móvil venal.

Desde mi punto de vista y en atención a la configuración típica, tienen razón quienes consideran que tanto la conducta del mandante como la del mandatario deben ser calificadas de asesinato por precio, recompensa o promesa. Este tipo penal está caracterizado, como se ha dicho, por la presencia de dos personas y, por tanto, ambas cometen el mismo delito: sin la conducta del mandante no existe este asesinato⁶⁸³.

Se trata de un supuesto que va más allá de la mera valoración del motivo: no basta que el móvil sea abyecto, puesto que es imprescindible la presencia de dos voluntades cuya confluencia tiene un efecto multiplicador del peligro para el bien jurídico. Existe acuerdo en la necesidad de que el precio, recompensa o promesa concertados con anterioridad hayan sido la causa desencadenante de la ejecución del homicidio. Se trata, en definitiva, de un encargo de matar que se acepta debido a esa motivación, con independencia de que llegue a materializarse tras la ejecución de la muerte el pago de lo convenido⁶⁸⁴. Pero no estamos solo ante una voluntad *inducida* por otra persona, sino que también esta voluntad es *sostenida* o *reforzada* por la contraprestación económica del oferente⁶⁸⁵.

3.1.2.2. Fundamento

La mayoría de la doctrina encuentra su fundamento en la mayor reprochabilidad del autor porque se trata de un móvil bajo o abyecto, es decir, un motivo reprochable, sobre el que recae una fuerte desvaloración social. Desde esta perspectiva, el precio se hace acreedor de las mismas críticas de que son objeto estos elementos, en el sentido de conducen a una “etización” excesiva y muestran, además, cierta querencia por el derecho penal de autor⁶⁸⁶. Ante estas críticas, no resulta extraño que hayan surgido voces contrarias a su pervivencia como circunstancia caracterizadora del delito de asesinato. Así, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES la ha cuestionado porque la codicia es, al fin y al cabo, el motor de una gran cantidad de delitos⁶⁸⁷. No deja de ser paradójico, desde luego, que una sociedad capitalista que concede tal valor al dinero castigue con mayor pena cuando se mata para obtenerlo.

Sin embargo, este elemento del asesinato puede fundamentarse también en razones más objetivas ligadas al hecho, de forma que estaríamos ante un incremento del injusto

⁶⁸³ Vid. MUÑOZ CONDE (2023), pp. 64 y s.; CARBONELL MATEU (2022b), p. 76; ORTEGA MATESANZ (2024), p. 28, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales.

⁶⁸⁴ Vid. por todos, ORTEGA MATESANZ (2024), pp. 13 y s.

⁶⁸⁵ Consideran más grave la inducción por precio, si bien por razones de reprochabilidad, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (1992); “Paradojas del Caso Amedo”, en Poder Judicial, núm. 27, pp. 39-54, pp. 220 y s.; GARCÍA VALDÉS, C (2021); “La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa”, en PÉREZ MACHÍO, A.I./DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dirs), *Contra la política criminal de la tolerancia cero. Libro-homenaje al Prof. Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Cizur Menor, Navarra, pp. 353-365, p. 363.

⁶⁸⁶ Cap. IV.2.1.1.

⁶⁸⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES (2014), p. 767.

derivado de una mayor peligrosidad de la acción⁶⁸⁸. Aunque siga siendo doctrina muy minoritaria, pueden destacarse varios defensores de esta perspectiva, que paso a comentar.

MIR PUIG aprecia una mayor peligrosidad por la dificultad de perseguir penalmente al sujeto cuando media precio, puesto que distancia al mandante de la víctima y lo mismo ocurre con el ejecutor, que no tiene otro móvil que el de cobrar el precio⁶⁸⁹.

Junto a las mayores dificultades de perseguir a los culpables, URBANO CASTRILLO⁶⁹⁰ aprecia su fundamento en el mayor desvalor de acción “por el peligro objetivo de que se reviste a la misma cara a la víctima”. También ÁLVAREZ GARCÍA acentúa “la mayor debilidad del bien jurídico de cara al ataque proveniente de sicarios”⁶⁹¹. Esta se apoyaría en dos aspectos: en primer lugar, porque el sicario no se vería afectado por los frenos inhibitorios normales en las relaciones humanas y, en segundo lugar, porque al tratarse de profesionales, las posibilidades de defensa de la víctima son menores. Esta segunda apreciación sería compartida también por MORALES PRATS⁶⁹² y ESQUINAS VALVERDE⁶⁹³.

Por su parte, DEL ROSAL BLASCO añade un nuevo argumento, consistente en el “refuerzo que para una voluntad criminal significa el estímulo económico, lo que convierte la acción en más peligrosa, por más viable, desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico, ya que tras ella se encuentra una más firme voluntad de lesionar dicho bien jurídico”⁶⁹⁴.

En definitiva, la conducta de matar por precio sería más peligrosa, desde el punto de vista de la peligrosidad de la acción, con apoyo en los siguientes argumentos:

- (1) el móvil económico, el carácter profesional del hecho (“es trabajo”) y la menor posibilidad de ser descubierto (la desconexión con la víctima favorece la impunidad) reducen los frenos inhibitorios en el autor, reforzando la voluntad homicida;
- (2) la ausencia de conflicto con la víctima⁶⁹⁵ puede hacer más fácil la ejecución, en la medida en que esta no espera ser atacada;
- (3) por regla general, el sicario habrá desarrollado mayores habilidades para matar.

⁶⁸⁸ *Vid.* Cap. V. 2.2.1.3.2.1.

⁶⁸⁹ Cfr. MIR PUIG (2016), p. 655. Si bien considera que, además, existe un fundamento específico respecto del ejecutor, consistente en el motivo bajo que representa el precio y que afecta al desvalor subjetivo del injusto. Puente Segura (1997), p. 497, se muestra expresamente de acuerdo con el argumento de Mir de la mayor peligrosidad por la dificultad de perseguir a los culpables dada la ruptura de la cadena motivacional.

⁶⁹⁰ Cfr. URBANO CASTRILLO (1997), p. 33.

⁶⁹¹ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 161.

⁶⁹² Cfr. MORALES PRATS (2016), p. 691.

⁶⁹³ Cfr. ESQUINAS VALVERDE (2022), p. 55.

⁶⁹⁴ DEL ROSAL BLASCO (2015), p. 26.

⁶⁹⁵ PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 293, pese a considerar que el precio se fundamenta en la desvaloración del motivo, destaca la importancia de este aspecto: “en el precio no es la codicia lo que importa, sino lo artificial de la decisión de entablar un conflicto con quien previamente no existía ninguna relación”.

Todo ello dibuja una imagen de víctima en mayor peligro, al igual que en la alevosía. De esta forma, los motivos del autor se pueden conectar con la mayor peligrosidad del hecho (mayor desvalor de acción): se trata de una situación en la que el bien jurídico se halla en mayor peligro de lesión.

Desde mi punto de vista, el origen histórico de esta circunstancia apoyaría esta segunda concepción del precio⁶⁹⁶. Por otro lado, si la falta de conexión personal entre el autor por precio y la víctima dificulta la identificación del sujeto activo, las mayores posibilidades de impunidad reducirían los frenos inhibitorios del autor⁶⁹⁷. Puesto que de la conducta intencional puede afirmarse que es “sumamente peligrosa para el bien jurídico, porque si el sujeto actúa con la finalidad de producir un resultado típico existen muchas posibilidades de que lo consiga”⁶⁹⁸, aún más peligrosa puede llegar a ser cuando viene reforzada por una motivación determinada y por la voluntad del mandante⁶⁹⁹.

Por estas razones, no me parece arriesgado afirmar que el fundamento del precio, recompensa o promesa se basa en la intensificación de la voluntad criminal impulsada por el motivo y por las mayores posibilidades de impunidad, factores ambos que incrementan el peligro para el bien jurídico. Además, el sujeto pasivo no tiene razones para esperar una agresión contra su vida por parte de alguien con quien no tiene ningún conflicto, aspecto este que también incrementa la peligrosidad ante la falta de previsión de la víctima.

El fundamento último tendría, por tanto, una orientación victimológica: el precio, recompensa o promesa constituye un elemento del asesinato porque responde a un supuesto de necesidad de protección reforzada de la víctima ante la especial peligrosidad que imprime al hecho la contratación de un sicario. En este caso, la necesidad de mayor tutela no deriva directamente de los medios comisivos empleados por el autor ni de las condiciones personales de la víctima; su mayor vulnerabilidad reside en la existencia de un mandato retribuido que fortalece la voluntad homicida del autor y aumenta las posibilidades de lesión del bien jurídico vida.

3.1.3. Ensañamiento

3.1.3.1. Aspectos generales

Esta circunstancia caracterizadora se ha ido perfilando desde el Código Penal de 1822 y, pese a que existe una clara diferencia de redacción entre la circunstancia agravante genérica del art. 22.5^a CP —que no contiene en su descripción el término “ensañamiento”

⁶⁹⁶ *Vid.* Cap.I, sobre todo la recepción en las Partidas desde la Decretal *Pro Humani*.

⁶⁹⁷ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 161. RODRÍGUEZ DEVESA (1960); p. 360, estimaba que no es la duración de la pena, sino el peligro de ser descubierto, lo que podía frenar al asesino.

⁶⁹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E. (1990); “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”, *ADPCP* Tomo XLIII, pp. 421-441, p. 430.

⁶⁹⁹ PEÑARANDA (2023), marg. 7076, destaca que en el autor existe una especie de “doble decisión” contra el bien jurídico.

to”—y el elemento del asesinato del art. 139.1.3ª CP, que prescinde de la referencia a la “innecesariedad” en su definición, doctrina y jurisprudencia mayoritarias siempre han exigido la producción de dolor “innecesario” cuando integraba el delito de asesinato, equiparando por tanto ambas definiciones⁷⁰⁰.

Esta interpretación propicia el entendimiento de que el autor del delito de asesinato debe deleitarse con la causación del dolor añadido a la víctima, en la medida en que este sea “gratuito” (innecesario) para producir su muerte. Si a ello se le suma que el adverbio “inhumanamente” parece conducir a la misma interpretación, la vinculación con aspectos subjetivos y relativos a la personalidad del autor deviene inevitable.

Debido a lo anterior, tradicionalmente se había considerado que este elemento revelaba una especial maldad o perversidad del autor, un ánimo sádico, despiadado y cruel⁷⁰¹. Sin embargo, en las dos últimas décadas la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han ido resaltando los elementos objetivos en detrimento de los subjetivos⁷⁰², hasta el punto de casi desaparecer estos últimos, diluidos en el dolo de ensañamiento⁷⁰³.

A medida que se relajaba la exigencia de un elemento subjetivo distinto del dolo (ánimo sádico), el fundamento de la agravante se iba asentando en el mayor desvalor del resultado por la afección de otro bien jurídico de la víctima. De esta forma, en el asesinato con ensañamiento se aprecia un mayor contenido de injusto por la producción de una lesión adicional a otro bien jurídico de la víctima⁷⁰⁴.

Un sector doctrinal considera que también pertenece en parte a la culpabilidad⁷⁰⁵, con apoyo en la expresión “inhumanamente”, que supondría un “elemento normativo atinente a la culpabilidad que cumple la función de delimitar o restringir la agravación del injusto”⁷⁰⁶, en el sentido de la corrección negativa del tipo⁷⁰⁷, puesto que la inhumanidad no puede determinarse “sin tener en cuenta la posición o actitud del autor ante el hecho”⁷⁰⁸.

⁷⁰⁰ Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2000) “La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995”, *RdPP*, Aranzadi, núm. 4, pp. 61-91, p. 62, sobre el proceso que da lugar a la identificación entre ambas.

⁷⁰¹ En este sentido, URBANO CASTRILLO (1997), p. 34; Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (1997), p. 110, que no comparten esta opinión, la consideran mayoritaria.

⁷⁰² Crítico con la tesis subjetiva, expresiva de elementos propios del derecho penal de autor, DOPICO (2000), p. 63.

⁷⁰³ Actualmente la jurisprudencia aplica la agravante con cierto objetivismo, *vid.* referencias en PEÑARANDA (2023), marg. 7087. En este sentido, CUELLO/MAPELLI (2015), p. 222, se inclinan a favor de una interpretación “que ponga más el acento ... en la forma ... de cometer el delito”.

⁷⁰⁴ En este sentido, por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO (2015), p. 27; GRACIA MATÍN (1997), p. 111; PUENTE SEGURA (1997), p. 525; ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 167.

⁷⁰⁵ Cfr. ALONSO ÁLAMO (2015a), pp. 81 y ss.; SUÁREZ-MIRA (2015), p. 476.

⁷⁰⁶ ALONSO ÁLAMO (2015a), p. 87. En contra, PEÑARANDA RAMOS (2019), p. 825, se opone a la consideración global de la personalidad del sujeto.

⁷⁰⁷ Sobre la teoría de la corrección negativa del tipo, *vid.* Cap. IV.2.1.1.2

⁷⁰⁸ ALONSO ÁLAMO (2015a), p. 59. En la doctrina y jurisprudencia alemanas es frecuente apreciar aquí un elemento de la actitud interna, que arranca de la RGSt 62, 160, *vid.* STRATENWERTH, G. (1963); “Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale”, en *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn, pp. 171-191, p. 172.

La doctrina mayoritaria no acepta la exigencia de un elemento de la actitud interna en el ensañamiento⁷⁰⁹. En este sentido, SÁNCHEZ TOMÁS afirma que el término “inhumanamente” no es más que “una figura retórica”⁷¹⁰.

Centrado, por tanto, en sus aspectos más objetivos, el asesinato con ensañamiento consiste en producir la muerte causando deliberadamente (con dolo directo) un especial dolor a la víctima que trasciende del que sería inherente al hecho de matar, es decir, inhumano. Este dolor puede ser físico o psíquico, siendo lo más relevante que la víctima lo haya padecido, por lo que se excluyen claramente los actos *post mortem*⁷¹¹.

3.1.3.2. Fundamento

Frente a las tesis más tradicionales que fundamentan la gravedad del asesinato con ensañamiento desde el punto de vista de la peligrosidad del autor⁷¹² o en su mayor reprochabilidad⁷¹³, actualmente parece haber ganado terreno la tesis que vincula el ensañamiento con un atentado especialmente grave a la dignidad humana. DOPICO GÓMEZ-ALLER señala que, en primera línea, su justificación o legitimación material deriva de la vulneración del derecho a no ser objeto de tratos inhumanos o degradantes⁷¹⁴. Junto a este, pueden verse lesionados también otros bienes jurídicos como la integridad física o psíquica.

De acuerdo con esta interpretación, el fundamento del asesinato con ensañamiento encontraría acomodo en una especial reprochabilidad del hecho derivada del mayor desvalor de resultado, pues se lesionan otros bienes jurídicos además de la vida.

No puede afirmarse aquí, como en los supuestos anteriores, que el ensañamiento responda a la necesidad de protección reforzada para proteger en mayor medida a una persona que se halla en una situación de especial vulnerabilidad frente a un ataque. Sin embargo, desde el punto de vista de la protección de la víctima el ensañamiento está perfectamente justificado como circunstancia del asesinato, puesto que responde a la necesidad de castigar más gravemente la provocación de un padecimiento añadido al de su muerte. Junto a la vida, se lesionan otros bienes jurídicos personalísimos de los que la víctima también es titular y, además, se realizan en el contexto de su propia muerte.

⁷⁰⁹ Críticamente, ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 170; MORALES PRATS (2016), p. 692, partiendo de su pertenencia al injusto por un mayor desvalor de resultado, considera que debe diferenciarse un elemento subjetivo distinto del dolo, que permitiría excluir los supuestos de “ira homicida”.

⁷¹⁰ SÁNCHEZ TOMÁS (1996), p. 38.

⁷¹¹ *Vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE (2023), p. 53.

⁷¹² *Vid.* Cap. IV.2.2.1

⁷¹³ *Vid.* Cap. IV 2.1.1.

⁷¹⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER (2000), p. En igual sentido, PEÑARANDA RAMOS (2014), pp. 282 y s., MIR PUIG (2016), p. 635.

3.1.4. Matar para favorecer o para ocultar otro delito

3.1.4.1. Aspectos generales

Recogidas conjuntamente en el art. 139.1.4ª CP, en realidad estamos ante dos modalidades distintas de asesinato, si bien comparten que el autor tiene una intención que trasciende al hecho de la muerte. En el asesinato para facilitar otro delito, el sujeto mata a su víctima porque de alguna manera la considera un obstáculo para la ejecución de otro plan delictivo, mientras que en el asesinato para ocultar un delito anterior el sujeto pretende evitar la persecución penal por ese delito previo. En ambos casos el móvil es independiente de la autoría del delito que pretende facilitarse o encubrirse.

Estas nuevas circunstancias caracterizadoras han sido fuertemente criticadas por la doctrina, pues más allá de los requisitos que cabe exigir para su aplicación, plantean serias dudas en relación con el principio de proporcionalidad, como veremos en el epígrafe siguiente, relativo a su fundamentación.

Por otro lado, se ha discutido especialmente la apreciación conjunta de este elemento con la circunstancia agravante específica del art. 140.1.2ª CP, la de ser la muerte subsiguiente a un delito sexual, porque puede suponer un *non bis in idem* y, por tanto, una vulneración del principio de legalidad⁷¹⁵.

3.1.4.2. Fundamento

La dificultad de encontrar un fundamento que respete el principio de responsabilidad por el hecho ha generado un amplio rechazo doctrinal respecto de estas nuevas modalidades del asesinato.

En general se afirma que responden a una lógica de derecho penal de autor, en la medida en que parecen estar fundamentados en su peligrosidad⁷¹⁶. Frente a quienes defienden esta perspectiva (sobre todo en la doctrina alemana) por considerar que un sujeto está demostrando ser especialmente peligroso cuando es capaz de matar para lograr sus fines delictivos, PANTALEÓN/SOBEJANO afirman que semejante fundamento no respeta los límites del *ius puniendi* en un Estado de Derecho y, en consecuencia, debe ser rechazado por suponer un abuso en el ejercicio de tal poder⁷¹⁷. También SIERRA LÓPEZ se opone a estos elementos del asesinato, pues considera que en ambos “se esconde solapadamente la mayor peligrosidad del autor”⁷¹⁸.

⁷¹⁵ Vid. Cap. V.3.1.6.

⁷¹⁶ Vid. Cap. IV.2.2.1.

⁷¹⁷ Cfr. PANTALEÓN DÍAZ, M./SOBEJANO NIETO, D. (2014); “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el código penal español”, *RJUAM*, nº 29, 2014-I, pp. 213-237, pp. 221 y s.

⁷¹⁸ SIERRA LÓPEZ (2019), p. 21; igualmente ESQUINAS VALVERDE (2022), p. 57; también MUÑOZ CUESTA, J. (2018); “Asesinato: muerte causada para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.5, recuperado de www.aranbib.com 2018\8519, p. 1.

Ambas modalidades se caracterizan por tener un clarísimo elemento intencional manifestado en una finalidad que trasciende a la producción de la muerte y que es la que fundamentaría la calificación de asesinato en lugar de homicidio. Cuando se analiza esta finalidad desde el punto de vista del autor, resulta difícil escapar de las interpretaciones que conducen a la valoración de su personalidad. Por este motivo, me parece más acertado situar la cuestión en un ámbito más objetivo.

Se trata de valorar la mayor peligrosidad de la acción debida al contexto en el que se desarrollan las actividades delictivas impulsadas por determinadas intenciones⁷¹⁹. En este sentido, la muerte para facilitar y la muerte para ocultar otro delito tienen en común que la especial intención que rige al sujeto, en orden a lograr su propósito delictivo, genera un peligro mayor de lesión del bien jurídico vida.

En mi opinión, en la muerte que se causa para facilitar otro delito el contexto en que se realiza la acción adquiere una importancia esencial. La relación del homicidio con un contexto delictivo distinto ha sido especialmente señalada también por los estudios criminológicos, hasta el punto de que las muertes cometidas en el ámbito de otras actividades delictivas suponen el segundo grupo cuantitativo en España, tras los homicidios/asesinatos de carácter interpersonal⁷²⁰. En la medida en que el asesinato para facilitar otro delito responda a un contexto especialmente peligroso para la víctima que se puede apreciar *ex ante*, que además imprime a los aspectos subjetivos de la acción una especial intensidad, podría tener cabida la necesidad de una protección de la víctima que fundamentara la mayor gravedad de estos supuestos.

Sin embargo, esta fundamentación no parece alcanzar plenamente a la segunda de las modalidades recogidas en el art. 139.1.4^a, la de matar para ocultar otro delito, que también ha recibido una crítica prácticamente unánime por la dificultad de encontrar un fundamento que justifique su mayor gravedad respecto del homicidio⁷²¹, rechazada igualmente la posibilidad de basar esta mayor gravedad en el criterio de la peligrosidad del autor.

En este caso, además, debe señalarse que los actos de autoencubrimiento suelen gozar de cierta comprensión e incluso de impunidad en algunos casos, de manera que se dificulta la fundamentación en una mayor reprochabilidad del hecho. Sin embargo, no parece apropiado extender este privilegio cuando supone una intervención de tanta relevancia en derechos fundamentales de terceros⁷²², por lo que, a falta de un argumento mejor, se alude al *injusto acumulado* que supone la causación adicional de un atentado contra la Administración de Justicia, del que se deriva un interés legítimo del Estado en la persecución de delitos⁷²³.

⁷¹⁹ *Vid.* Cap. IV.2.2.1.2.

⁷²⁰ *Vid.* Cap.II.2.2.

⁷²¹ *Vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE (2023), p. 54.

⁷²² Cfr. *AE-Leben* (2008), p. 236.

⁷²³ Cfr. JUANATEY DORADO (2016b), p. 56; ESQUINAS VALVERDE (2021), p. 40; ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 177; SIERRA LÓPEZ (2019), p. 23, PANTALEÓN/SOBEJANO (2014), p. 231. PEÑARANDA RAMOS (2016), p. 1273, MORALES PRATS (2016), p. 57.

En la doctrina alemana se ha defendido su pertinencia con este argumento, según el cual, en estos casos el autor causa un daño que trasciende al delito que pretende ocultar, originando un injusto aún más grave. Pero como esta no parece razón suficiente, se recurre también a la mayor peligrosidad del hecho pues, dado que en algunos contextos delictivos el peligro de “ir a por todas” (*aufs Ganze zu gehen*) y matar a los testigos es muy elevado (por ejemplo, en delitos sexuales), sería apropiado contrarrestar esa posible escalada delictiva, con una amenaza de pena inhibitoria⁷²⁴. La protección reforzada sería apropiada en orden a equilibrar, a través del derecho penal, el especial peligro para la vida de las fuerzas del orden y de los testigos⁷²⁵.

El punto débil de esta fundamentación reside en la falta de coherencia que supone valorar solamente la intención de ocultar el delito, pero no la de huir o evitar el castigo de otras formas (por ejemplo, matar al testigo principal cuando el sujeto ya está siendo investigado)⁷²⁶. En la doctrina alemana se han realizado propuestas para ampliar este precepto sobre la base de la salvaguardia del Derecho (*Rechtswahrung*) como principio normativo-preventivo general, que permitiría abarcar, además de la intención de encubrir, la de tomarse la justicia por su mano. De esta forma, todos los homicidios motivados por el deseo de evitar el castigo serían calificados conforme a esta modalidad de asesinato⁷²⁷. En mi opinión, tales propuestas merecen una valoración negativa, pues supondrían una ampliación desmedida del asesinato de cobertura que, además, otorgaría demasiada relevancia a la lesión del interés del Estado en la persecución de los delitos. Además, desde esta perspectiva no se termina de entender que la situación peligrosa solo vaya referida a matar para ocultar el delito y no para huir pese a haber sido identificado⁷²⁸.

La lesión de otro bien jurídico de la víctima además de la vida, como ocurre en el asesinato con ensañamiento, no puede compararse a estos efectos con el injusto acumulado por la lesión de intereses de la Administración de Justicia. Probablemente por ello, una parte de la doctrina apoya su fundamento en la lesión de la dignidad humana, por la instrumentalización total de la vida del sujeto pasivo que supone matarlo para hacer más fácil la comisión de otro delito⁷²⁹. Pese al indudable atractivo de esta tesis, no parece que el recurso a la lesión de la dignidad humana pueda justificar todos los ataques agravados contra la vida, puesto que tal lesión es inherente a cualquier delito de homicidio. Tendría que tratarse de una lesión especialmente grave y, en este caso, resulta difícil de entender que se castigue como asesinato la instrumentalización del sujeto para cometer otro delito, pero no para alcanzar cualquier otro objetivo en principio lícito, como sería, por ejemplo, eliminar a un competidor para obtener una herencia.

Desde mi punto de vista, esta modalidad podría encontrar un fundamento adecuado en la probabilidad elevada de ataque a la vida en el contexto de conductas impulsadas

⁷²⁴ WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER (2019), p. 27.

⁷²⁵ Cfr. SOTELSEK (2012), p. 166.

⁷²⁶ PEÑARANDA RAMOS (2016), p. 1273.

⁷²⁷ Cfr. IGNOR (2015), p. 524, en sentido crítico.

⁷²⁸ Cfr. PEÑARANDA (2013), p. 499, recogiendo una crítica bastante habitual en la doctrina alemana.

⁷²⁹ Así, por ejemplo, CADENA SERRANO (2015), p. 9; FELIP I SABORIT (2019), p. 44.

por determinadas intenciones, aún más si cabe cuando el hecho se desarrolla en otro contexto delictivo⁷³⁰. De esta forma, también respondería a la necesidad reforzada de protección que tendrían las potenciales víctimas en esas situaciones especialmente peligrosas para ellas. Debo reconocer, no obstante, que en este caso es muy discutible que un incremento de la amenaza de pena tenga alguna virtualidad cuando lo que está en juego es, precisamente, la impunidad del sujeto.

3.1.5. Menor de dieciséis años o persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad

3.1.5.1. Aspectos generales

El primer intento de introducción expresa de agravación por ejecutar el hecho sobre persona indefensa procede del art. 21 del Proyecto de Código Penal de 1992. Aunque el Proyecto de 1994 mantuvo en su art. 23 esta definición amplia de alevosía⁷³¹, finalmente fue desechada en el CP de 1995, que volvió a la redacción tradicional. Pese al poco entusiasmo que despertó en su momento la ampliación de la alevosía a toda persona indefensa, la reforma de 2015 ha dado lugar a que algunos autores lamenten aquella oportunidad perdida⁷³².

Al prescindir de esta cláusula, el propio legislador parecía estar tomando partido contra la calificación de asesinato en estos casos, dando así la razón a la doctrina dominante. Desde mi punto de vista esto era lo más acertado, pues mantenerla implicaba sumar estos supuestos a una circunstancia que se fundamenta en la mayor peligrosidad de la forma de comisión y no en la mayor peligrosidad por la indefensión natural o inherente a la víctima. Sin embargo, la jurisprudencia siguió aplicando la alevosía de prevalimiento. Es innegable que el homicidio de seres indefensos (especialmente de niños pequeños) provoca un enorme rechazo social y genera la expectativa de penas muy elevadas para quienes realizan tales actos. Por este motivo, no deja de ser comprensible —pero no justificable— que los tribunales apliquen asesinato con alevosía en la muerte de niños. Sin embargo, de este modo están adoptando una decisión de política criminal basada en una interpretación de la alevosía poco respetuosa con el principio de legalidad⁷³³.

El legislador de 2015 ha optado por una nueva vía, pues en lugar de reformar la alevosía (o de introducir una nueva modalidad de asesinato) ha configurado una agravante común al asesinato y al homicidio, generando graves problemas de implementación. En un pri-

⁷³⁰ Dado que el asesinato de cobertura no tiene porqué realizarse en el mismo contexto que el delito que se quiere ocultar, el apoyo de este segundo criterio sería de carácter circunstancial.

⁷³¹ Vid. Cap. I.2.7. Esta definición amplia abarcaba lo que CAMARGO HERNÁNDEZ (1953), p. 37, llamó “alevosías objetivas, tácitas o fisiológicas”, adoptada en su día por los Códigos de Cuba y Costa Rica.

⁷³² Vid. MATEOS BUSTAMANTE (2021), pp. 178 y s.; GARROCHO SALCEDO (2024), p. 5.

⁷³³ Vid. Cap. V.3.1.1.

mer momento la doctrina interpretó, en buena lógica, que los supuestos antes condenados como asesinato con alevosía (de prevalimiento) pasaban a calificarse como homicidio agravado por las razones de vulnerabilidad expresadas en el art. 140.1.1ª CP⁷³⁴.

De esta forma, se establecía un homicidio de gravedad intermedia entre el homicidio con abuso de superioridad (arts. 138.1 y 22.2ª CP) y el asesinato del art. 139.1.1ª CP, que se puede diferenciar de ambos pese a sus semejanzas: abuso de superioridad y alevosía se construyen sobre la conducta del sujeto activo, puesto que este emplea medios que anulan (alevosía) o debilitan (abuso) la defensa o se aprovecha de una ventaja para conseguirlo, mientras que las circunstancias relativas a la situación de vulnerabilidad se configuran atendiendo a determinadas particularidades de la víctima que pueden ser transitorias o permanentes, pero que no dependen de la actuación del autor más allá de ser integradas en su dolo.

La jurisprudencia también ha seguido su propio camino: donde el legislador no mencionaba a menores y seres desvalidos, el TS extendió el concepto de alevosía para incluirlos en la modalidad de prevalimiento, pero cuando el legislador decide incorporar expresamente a las personas vulnerables para agravar homicidio y asesinato, propiciando una interpretación de alevosía más acorde a su tenor literal, el alto tribunal entiende, en Sentencia 585/2022, de 14 de junio, del Pleno (ponente: Polo García)⁷³⁵, que la nueva agravante específica es totalmente compatible con la alevosía, basándose en que ambas responden a fundamentaciones diferentes: la mayor peligrosidad de la acción en la alevosía y razones de política criminal —que incumben en exclusiva al legislador— en la especial vulnerabilidad⁷³⁶. Sin embargo, hasta llegar a esta sentencia el TS manejó otras dos interpretaciones distintas que solucionaban de forma diferente supuestos similares⁷³⁷.

3.1.5.2. Fundamento

Tradicionalmente las agravantes relacionadas con personas vulnerables se han venido interpretando en el sentido de la menor capacidad de estas para enfrentar una agresión de sus bienes jurídicos. Es la debilidad del bien jurídico debido a estas situaciones de vulnerabilidad la que aumenta el desvalor de acción por su mayor peligrosidad, que se traduce en un injusto más grave⁷³⁸.

Al fundamentar esta agravante en la mayor peligrosidad de la acción por la indefensión (total o parcial) del sujeto pasivo, se acentúa su parecido con la alevosía y con el abuso de superioridad, que se basan en la eliminación o severa limitación de las posibilidades defensivas de la víctima. Sin embargo, se debe tener en cuenta que estas agravan

⁷³⁴ Entre otros, DEL ROSAL BLASCO (2015), p. 17; PEÑARANDA RAMOS (2017), pp. 17 y ss.

⁷³⁵ Esta sentencia cuenta con un voto particular de tres magistrados por *ne bis in idem*.

⁷³⁶ *Vid.* Cap. V.2.3.

⁷³⁷ *Vid.* sobre esta evolución jurisprudencial, ARROYO ALFONSO (2024), pp. 235-250; GARROCHO SALCEDO (2024), pp. 12-24.

⁷³⁸ *Vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ (2014), p. 3.

por el modo de comisión, a diferencia de la especial vulnerabilidad, que agrava directamente en atención a determinadas características de la víctima.

La circunstancia del art. 141.1.^a CP incluye supuestos diferenciados de víctimas vulnerables. Por una parte, los menores de 16 años y, por otra, las personas especialmente vulnerables en atención a su edad, enfermedad o discapacidad.

En la doctrina se ha discutido si la alusión a los menores de 16 años supone una presunción *iuris et de iure* de vulnerabilidad, o tan solo *iuris tantum*. La opción que se defiende dependerá del fundamento que se le otorgue a esta agravación.

Si se parte de entender que su fundamento se halla en la especial indefensión del menor de 16 años para enfrentar un ataque, la circunstancia se asemeja a la alevosía de prevalimiento, por lo que, en atención al caso concreto, deberá decaer —*iuris tantum*— cuando la víctima tenía capacidad para defenderse (por ejemplo, un menor de 15 años de edad y gran desarrollo físico)⁷³⁹.

Sin embargo, cada vez con mayor claridad se empieza a interpretar el concepto de un modo más amplio, no limitado a la debilidad de una defensa física, sino más bien, en clave de riesgo de victimización y de exclusión social. En este sentido, PÉREZ MACHÍO afirma que los menores de edad “devienen blancos idóneos de victimización violenta, en tanto que individuos más vulnerables por la falta de desarrollo de sus facultades físicas y psíquicas relacionadas con su inferioridad biológica y psicosocial”⁷⁴⁰.

Desde este último punto de vista, las características que harían de los menores un grupo diana para determinados delitos serían: (1) su nivel de inconsciencia respecto de la victimización, (2) su habitual debilidad física, (3) su falta de autonomía y (4) la confianza plena en el adulto⁷⁴¹.

Junto a este mayor riesgo de victimización hay que tener presente también que el menor cuenta con menos estrategias de defensa, pues estas van desarrollándose a medida que el niño crece. No se trata solamente de hacerse más corpulento y fuerte, sino también de la capacidad de recibir ayuda, aunque no la haya pedido (procedente del personal de centros médicos, del círculo de amigos, etc.) y de la capacidad para comprender su propia situación de victimización⁷⁴². Su vulnerabilidad no quedaría circunscrita, por tanto, a los aspectos meramente físicos. Desde esta perspectiva, sería

⁷³⁹ Vid. BLANCO LOZANO, I. (2020); “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, en PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dir), *La integración social de la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 507-545, p. 509; MOYA GUILLEM/SANDOVAL CORONADO (2023), p. 300; GARROCHO SALCEDO (2024), p. 17. Esta interpretación tiene a su favor que es más coherente con el resto de supuestos contenidos esta agravante.

⁷⁴⁰ PÉREZ MACHÍO (2021), 267. Este doble aspecto de la vulnerabilidad juvenil que provoca una menor capacidad de resistencia ante el agresor era señalado ya por von Hentig, citado por HERRERA MORENO (1996), p. 146

⁷⁴¹ Cfr. PÉREZ MACHÍO (2021), p. 268.

⁷⁴² Cfr. PÉREZ MACHÍO (2021), pp. 269 y ss.; y PÉREZ MACHÍO/DE LA CUESTA ARZAMENDI (2020), pp. 30 y ss.

más fácil defender que la menor edad de 16 años supone una presunción *iuris et de iure* de especial vulnerabilidad⁷⁴³.

La perspectiva victimológica ofrece, por tanto, un fundamento suficiente para esta circunstancia, pero, a partir de aquí, la dificultad reside en traducir este interés en el injusto: ¿estamos ante un mayor desvalor de acción o ante un mayor desvalor de resultado?

A favor de considerarlo como un mayor desvalor de acción se podría alegar que la acción resulta más peligrosa porque se realiza sobre persona con menor capacidad de defensa entendida en sentido amplio, no solo como capacidad física, sino también por falta de madurez suficiente para enfrentar una situación violenta.

Por otro lado, podría argumentarse que, debido al mayor riesgo de victimización de estas personas como *grupo vulnerable* por su menor capacidad en los términos antes referidos, el Estado tiene un interés especial en reforzar su protección para compensar su desventaja. La lesión de este interés político criminal se traduciría en un mayor desvalor de resultado y en este sentido parece orientarse la jurisprudencia tras la STS 585/2022, de 14 de julio, del Pleno (ponente: Polo García). Sin embargo, la aceptación de este argumento no implica que se esté de acuerdo con la apreciación conjunta de esta circunstancia y el asesinato con alevosía, dado el riesgo cierto de *ne bis in idem*.

En cualquier caso, esta protección reforzada se relaja en su dependencia de la necesidad de tutela por indefensión parcial, cuando se valoran aspectos que van más allá de la fortaleza física y se interpreta, desde un punto de vista más amplio, como una desventaja personal que dificulta la participación en igualdad de condiciones en la vida social. En este sentido, ALONSO ÁLAMO señaló, tempranamente, que la agravante incorporada al homicidio y al asesinato se relaciona con el principio de igualdad real⁷⁴⁴: encontraría su fundamento en un *mayor desvalor de resultado*, no porque la vida de menores de 16 años, mayores, discapacitados o enfermos sea de más valor, sino por “la necesidad de proteger adicionalmente el interés a la igualdad real de las personas que se hallan en situación de desventaja”, junto al desvalor de acción por la indefensión, ya sea esta parcial o total⁷⁴⁵.

Frente a la apreciación de un mayor desvalor de resultado en estos supuestos se ha argumentado que la vida no es un bien jurídico graduable, de tal manera que “no valen más unas vidas que otras”. En este sentido, SUÁREZ-MIRA considera que con la exasperación de la pena podría llegarse a la “muy discutible” conclusión de que la muerte de personas vulnerables sea de mayor gravedad que la de cualquier otra persona⁷⁴⁶.

Desde mi punto de vista, la consideración de que todas las vidas tienen el mismo valor no impide establecer asimetrías de penalidad para favorecer el principio de igualdad,

⁷⁴³ Vid. SÁNCHEZ-MORALEDA VÍLCHEZ (2023), p. 180.

⁷⁴⁴ ALONSO ÁLAMO (2015a), p. 19.

⁷⁴⁵ ALONSO ÁLAMO (2015a), p. 20. También SANZ MORÁN (1995), p. 808. considera que las circunstancias que se apoyan en la cualidad de la víctima suponen un mayor desvalor de resultado.

⁷⁴⁶ Cfr. SUÁREZ-MIRA (2015), p. 467.

proporcionando una protección más intensa a quienes se hallan en mayor peligro por su especial vulnerabilidad⁷⁴⁷.

Una segunda objeción contra la consideración de un mayor desvalor de resultado es la formulada por MOYA/SANDOVAL. En opinión de estos autores, la tesis de ALONSO ÁLAMO surge de confundir la protección de *grupos vulnerables*, con la protección de *personas vulnerables*. De esta forma, el derecho a la igualdad real se apoya en la necesidad de proteger a determinadas minorías o colectivos socialmente discriminados, mientras que la protección de la persona vulnerable se asentaría en la “situación de inferioridad o indefensión”, es decir, la menor defensa frente a un ataque⁷⁴⁸. Pero, de esta forma, volvemos al mismo punto de partida, pues circunstancia configuradora (alevosía), agravante específica (menor de 16 años) y agravante genérica (abuso de superioridad) coinciden en su fundamento. No existirían diferencias “cualitativas” entre ellas, sino meramente “cuantitativas”.

En este trabajo se intenta ofrecer un fundamento para cada elemento o circunstancia agravante del asesinato. Desde mi punto de vista, esta agravante específica podría estar justificada si se puede fundamentar de igual manera en el mayor desvalor de la acción que se dirige contra estas personas dada la debilidad en que se encuentra el bien jurídico por el riesgo de victimización, junto al mayor desvalor de resultado por la necesidad de reforzar la protección de los que están en desventaja (física o psíquica, no necesariamente social) para compensar las dificultades que tienen para participar en igualdad de condiciones en la vida social⁷⁴⁹.

De esta forma, la agravante de ser menor de 16 años o persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad podría diferenciarse de la alevosía en que esta se refiere al modo de comisión y, del abuso de superioridad, en que este se centra en el desequilibrio de fuerzas en la situación concreta. Pero, en cualquier caso, la similitud en su fundamento no permitiría aplicarlas conjuntamente.

Aunque alevosía y protección de personas vulnerables coincidan en la indefensión de la víctima, podrían considerarse (parcialmente) dispares en cuanto a su fundamentación y a su descripción legal, encontrando cada una su propio ámbito de aplicación. La aplicación de la nueva agravante de homicidio de persona vulnerable (art. 138.2 y 140.1.1^a CP) permite aplicar la pena superior en grado a la de homicidio básico, quedando a medio camino entre asesinato y homicidio. Pero la decisión del Tribunal Supremo, de aplicar la prisión permanente revisable en los casos de niños pequeños, obliga a buscar otra solución.

Se ha señalado también la escasa coherencia interna que muestra el Código en materia de protección de personas vulnerables, así como la necesidad de dar apropiada respuesta acorde a las tendencias actuales que reman en esa dirección. Ante este panorama, creo que debería darse el paso hacia una nueva modalidad de asesinato que diferenciara las

⁷⁴⁷ También GARROCHO SALCEDO (2024), p. 14, considera que debe existir un fundamento razonable de distinción, so riesgo de infringir el principio de igualdad del art. 14 CE. *Vid.* sobre esta cuestión, en general, Cap. IV. 2.1.2.1.

⁷⁴⁸ *Vid.* Cfr. MOYA GUILLÉM/SANDOVAL CORONADO (2023), pp. 295 y ss.

⁷⁴⁹ Así también ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 20.

muerter dolosas de personas vulnerables de las muertes ocasionadas con alevosía como forma de comisión del delito, por lo que estoy de acuerdo con quienes han propuesto la incorporación de la especial vulnerabilidad como elemento definidor del asesinato⁷⁵⁰. Esta opción eliminaría la modalidad jurisprudencial de alevosía de prevalimiento y la considero preferible a la de establecer una circunstancia genérica de agravación⁷⁵¹.

Por otro lado, también sería imprescindible establecer un marco penal abierto para la prisión permanente revisable, que permitiría adoptar decisiones más proporcionadas a la gravedad del caso concreto. En mi opinión, esta reforma es aún más urgente que la anterior. La imposición obligatoria de la prisión permanente revisable no se sostiene desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, pues, aunque es cierto que la pena puede reducirse en los casos de eximente incompleta y de apreciación como cualificada de una circunstancia atenuante, en la realidad de nuestros tribunales estas causas de atenuación se aplican cada vez menos⁷⁵². Un claro ejemplo de esta situación es la reciente STS 846/2024, de 9 de octubre (ponente: Llanera Conde) en la que una mujer que había intentado por todos los medios interrumpir su embarazo, dio a luz en completa soledad y mató al bebé justo tras el nacimiento. El alto tribunal se vio obligado a recurrir a la petición de indulto parcial —ya que el jurado no había considerado probada ninguna circunstancia atenuante— ante la evidente desproporción que suponía aplicar la prisión permanente revisable en este caso.

3.1.6. *Subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido contra la víctima*

3.1.6.1. Aspectos generales

Este supuesto de asesinato hiperagravado también ha sido duramente criticado por la doctrina por generar numerosos problemas en el ámbito del concurso de normas y de delitos y de *non bis in idem*. Se le reprocha, igualmente, la ausencia de un fundamento que justifique de manera suficiente su consideración como uno de los asesinatos castigados con prisión permanente revisable.

La doctrina también ha criticado que no exista una selección de los delitos contra la libertad sexual a los que la muerte ha de ser subsiguiente, por considerar que la referen-

⁷⁵⁰ QUINTERO OLIVARES (2015), p. 52; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2019), p. 171; FELIP I SABORIT (2019), p. 40; LÓPEZ LÓPEZ (2021), p. 107. También en Alemania se han escuchado voces a favor de ampliar el alcance de la alevosía; en el *Abschlussbericht* (2015), p. 44, una de las propuestas aceptadas por mayoría era la de abarcar el aprovechamiento de cualquier supuesto de indefensión además de los que tengan su origen en la desprevenición de la víctima. En contra se ha manifestado HAAS (2016), pp. 336 y s.; *vid.* también HÖYNCK, T/ BEHNSEN, M/ HAUG, M. (2014); *¿Der Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben) Überlegungen zur Frage der Folgen des Entwurfs für Nahraumtötungen am Beispiel von Tötungsdelikten an Kindern?*, ZIS 3/2014, pp. 102-122, *passim*.

⁷⁵¹ *Vid.* MOYA GUILLEM/DURÁN SILVA (2022), p. 447.

⁷⁵² *Vid.* STANCU, O/VARONA, D. (2017); “¿Punitivismo también judicial?: Un estudio a partir de las condenas penales por homicidio en España (2000-2013)”, *RECPC* 19-12, pp. 1-33, pp. 22 y s.

cia incluye supuestos de muy diferente gravedad. La posibilidad de su aplicación por la comisión de delitos menos graves como el acoso del art. 184 CP⁷⁵³, genera sospechas de derecho penal de autor⁷⁵⁴. Porque si el delito sexual previo es de escasa entidad, la agravación parece basarse casi exclusivamente en el móvil sexual, de manera que respondería a necesidades de inocuización de sujetos particularmente peligrosos.

Frente a la crítica anterior podría oponerse que los hechos de los que se ha ocupado la jurisprudencia hasta el momento son fundamentalmente delitos de violación (consumados en su mayoría) en los que concurría violencia, intimidación o aprovechamiento de las circunstancias en que la víctima tenía anulada su voluntad debido a la ingesta de alcohol u otras sustancias. Parece, por tanto, que en la práctica la muerte de la víctima se vincula con la realización previa de los delitos más graves contra la libertad sexual⁷⁵⁵. La referencia a delitos sexuales menos graves quizás podría tener cierto rendimiento en el ámbito de los delitos contra la prostitución, por ejemplo, en situaciones en que la víctima se niega a seguir siendo explotada sexualmente y es asesinada a modo de advertencia para evitar “rebeliones” por parte de otras personas prostituidas.

Más problemática es la referencia temporal por la que se exige que la muerte sea “subsiguiente”, quedando excluidos los supuestos en que es anterior o coetánea al delito sexual. En el derecho alemán, que parece ser la fuente de la que en gran medida ha bebido la reforma, se castiga el asesinato “para satisfacer el instinto sexual” (*zur Befriedigung des Geschlechtstriebes*), como uno de los supuestos específicos de móviles bajos o abyectos (*niedrigen Beweggründen*). Como la gravedad del hecho se fundamenta en el móvil del autor, se consideran igualmente asesinato las muertes cometidas por necrofilia y las producidas durante el delito sexual; es decir, se incluyen las muertes anteriores y concomitantes, así como la grabación de la muerte para satisfacerse después sexualmente con su contemplación⁷⁵⁶. A diferencia de la regulación alemana, el art. 140.1.1^a CP solo resulta aplicable a las muertes producidas *tras* la comisión del delito sexual, por lo que la fundamentación de esta agravación específica podría no apoyarse exclusivamente en el móvil del autor.

Por otro lado, la referencia gramatical “subsiguiente”⁷⁵⁷ plantea el problema del lapso temporal en que debe producirse la muerte para poder aplicar la agravación: si por subsiguiente debe entenderse “inmediatamente posterior”, en caso de que la muerte se demorara durante unas horas, no sería aplicable la circunstancia específica.

⁷⁵³ En opinión de ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 199, la referencia a los delitos contra la libertad sexual sería extensible a cualquier otro en el que se atente contra el bien jurídico, como los arts. 443, 607, etc.

⁷⁵⁴ *Vid.* por todos, CUENCA GARCÍA (2016), p. 146, “puede basarse en un supuesto perfil de autor con un mayor grado de perversidad, pues al móvil sexual se une el de matar” considerando que no se castiga en exclusiva el hecho, sino también la personalidad, como en el derecho penal de autor.

⁷⁵⁵ En igual sentido, REQUEJO CONDE (2022), p. 17.

⁷⁵⁶ En este sentido, MUÑOZ RUIZ (2015), p. 341; PEÑARANDA RAMOS (2017), p. 40; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2019b), p. 1246.

⁷⁵⁷ Muy crítico con esta exigencia SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2019b), p. 1248, señalando el problema añadido de probar en qué orden se han sucedido los delitos.

Parece, de nuevo, que el legislador tuviera en mente un hecho concreto, una imagen fija de lo que quería castigar con prisión permanente revisable, sin pararse a reflexionar sobre las implicaciones que tendría la introducción de la agravante específica en los términos en que ha sido redactada. La norma evoca, por tanto, un contexto determinado en el que la inmediatez podría tener sentido, pues como afirma SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, a la víctima no sólo se le quita la vida, sino que sus últimos momentos se convierten en “un calvario, mediante su utilización como mero objeto para la satisfacción sexual ajena”⁷⁵⁸. Desde este punto de partida, tiene sentido que no se contemplen los supuestos de necrofilia (no habría sufrimiento previo por el delito contra la libertad sexual, aunque sí instrumentalización para satisfacer el deseo sexual ajeno), pero no se entiende que el legislador haya excluido la muerte concomitante.

En cualquier caso, la opinión mayoritaria considera que las muertes simultáneas a la ejecución del delito contra la libertad sexual quedan excluidas de la aplicación de la agravante específica que comentamos y así lo ha entendido la jurisprudencia⁷⁵⁹. Se rechaza en la en la STS 3486/2018, de 17 de octubre (ponente: Colmenero Menéndez de Lúcar)⁷⁶⁰ y también en la STS 776/2024, de 18 de septiembre (Magro Servet), que enjuiciaba el caso en que el sujeto introducía cocaína en el cuerpo de sus víctimas con consciencia de que podía provocarles la muerte, como ocurrió en tres ocasiones.

Tampoco se ha apreciado cuando la acción contra la vida es previa a la agresión sexual, aunque la muerte se produzca con posterioridad: se trata de la STS 800/2022, de 5 de octubre (ponente: Polo García), en la que el sujeto acecha a su víctima, se introduce en su casa aprovechando que se ha quedado sola y entra en su habitación cuando ella está dormida, propinándole 30 golpes con un martillo en la cabeza y el rostro. Mientras la mujer agoniza le introduce por vía anal, para satisfacer su deseo sexual, un objeto romo que llevaba consigo.

Por otro lado, en principio parece claro que por muerte “subsiguiente” se debe entender la producida inmediatamente después del delito contra la libertad sexual⁷⁶¹. En mi opinión, la exigencia de este lapso temporal debe criticarse porque resulta difícilmente justificable —desde el principio de proporcionalidad— que se castigue con prisión permanente revisable a quien asesina a su víctima justo después de violarla, pero no se pueda aplicar a quien la mata varias horas después, porque ha tardado en decidirse a acabar con su vida o incluso, como ha señalado MUÑOZ CONDE, cuando la muerte se produce días más tarde “como consecuencia de las graves lesiones inferidas a la víctima tras la ejecución del delito sexual”⁷⁶².

⁷⁵⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2019b), p. 1246.

⁷⁵⁹ De otra opinión LEÓN ALAPONT (2024), p. 114, pues, dado que la violación queda consumada en cuanto se inicia la penetración, la muerte producida durante la penetración también será subsiguiente.

⁷⁶⁰ Le impone 25 años de prisión por asesinato en concurso ideal con agresión sexual.

⁷⁶¹ En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA (2024), p. 198.

⁷⁶² MUÑOZ CONDE (2023), p. 60.

La jurisprudencia ha ido relajando estas exigencias: aunque la STS 418/2020, de 21 de julio (ponente: Marchena Gómez), declara que deben excluirse “paréntesis especialmente abiertos entre el asesinato y el delito que quiera encubrirse”, se aplica en la STS 97/2020, de 5 de marzo (ponente: Marchena Gómez), aunque tan solo puede probarse que los hechos sucedieron a lo largo del día, en un lapso de más de 10 horas; e igualmente en la STS 636/2020, de 26 de noviembre (ponente: Magro Servet), en la que la violación y el asesinato se suceden en la misma noche, sin poderse determinar exactamente el tiempo transcurrido entre ambos delitos.

En otro orden de cosas, de la redacción de la agravante podría deducirse que la persona que comete el delito sexual ha de ser también la que lleva a cabo la muerte de la víctima. La inmediatez exigida parece dar por hecho que será aquella quien acabe con su vida, pero lo cierto es que, tanto en el delito sexual como en el asesinato, pueden intervenir otras personas ya sea a título de autor o de partícipe. Por ejemplo, puede ocurrir que el coautor necesario en el delito de violación mate a la víctima, no siendo posible aplicar el art. 140.1.2ª CP a ninguno de los dos⁷⁶³, al igual que ocurriría en el caso de quien, habiendo sido autor o coautor del delito sexual, participara en el homicidio subsiguiente⁷⁶⁴.

Por último, la doctrina se ha posicionado mayoritariamente contra la aplicación de esta agravante específica al asesinato con finalidad de ocultación, sobre la base de una posible vulneración del principio *non bis in idem*⁷⁶⁵. Aunque cabe la posibilidad de que el sujeto mate a su víctima tras agredirla en su libertad sexual con una finalidad distinta a la de encubrimiento (odio, venganza, desprecio, sometimiento, “porque ya no le sirve”, etc.), lo cierto es que normalmente concurrirá con la finalidad de ocultar el delito, pues así elimina la posibilidad de ser denunciado y también le permite deshacerse del cuerpo para ocultar o destruir las pruebas. No obstante, en la medida en que en la agravante específica lo relevante es la muerte subsiguiente al delito sexual con independencia del fin perseguido por el autor, entiendo, con ALONSO ÁLAMO, que cabe su apreciación conjunta⁷⁶⁶, como también ha considerado la jurisprudencia⁷⁶⁷.

Por último, en las sentencias que se han ocupado de resolver sobre estos casos el Tribunal Supremo ha apreciado el concurso real con el delito sexual sin mayores consideraciones respecto de una posible vulneración del principio *non bis in idem*⁷⁶⁸.

⁷⁶³ Vid. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2019b), p. 1249; muy críticamente, SIERRA LÓPEZ (2014), p. 156. FELIP I SABORIT (2019), p. 34, acepta su aplicación también cuando el autor de la muerte hubiese cometido el delito contra la libertad sexual en calidad de partícipe.

⁷⁶⁴ Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ (2014), p. 5.

⁷⁶⁵ Vid. MUÑOZ CONDE (2023), p. 61; ESQUINAS VALVERDE (2021), p. 70; SIERRA LÓPEZ (2019), p. 16.

⁷⁶⁶ Cfr. ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 27. Ampliamente, ARROYO ALFONSO (2024), pp. 254 y ss.

⁷⁶⁷ Vid. SSTs 391/2020, de 15 de julio (ponente: Lamela Díaz); 636/2020, de 26 de noviembre (ponente: Magro Servet) sobre el caso Diana Quer; 6/2020, de 5 de marzo (ponente: Marchena Gómez); 650/2021, de 20 de julio (ponente: Llanera Conde); y 765/2022, de 15 de septiembre (ponente: Magro Servet). La STS 418/2020, de 21 de julio (ponente: Marchena Gómez), contiene un voto particular en contra firmado por dos magistrados.

⁷⁶⁸ Sobre esta cuestión, ARROYO ALFONSO (2024), pp. 258 y ss.

3.1.6.2. Fundamentación

Esta circunstancia revela mayor peligrosidad de la acción, que se deriva del *contexto* en el que se desarrollan las actividades delictivas impulsadas por determinadas intenciones⁷⁶⁹. En este sentido, la muerte para facilitar o para ocultar otro delito y la muerte subsiguiente a un delito sexual tienen en común el mayor peligro para la lesión del bien jurídico que se deriva de la especial intención que rige la voluntad del sujeto activo. Esta peligrosidad de la acción se acrecienta en el supuesto de la agravante específica debido al contexto delictivo en que se desarrolla la acción.

Junto a la mayor peligrosidad de la acción, se destaca tímidamente la fundamentación de esta agravante en un mayor desvalor de resultado por la lesión añadida a la dignidad humana⁷⁷⁰, aunque quizás tenga más relevancia la necesidad de aplicar la máxima penalidad al sujeto que primero ataca uno de los bienes jurídicos esenciales —la libertad sexual— para acabar lesionando el más importante de todos al matar a su víctima⁷⁷¹. En definitiva, se trataría del fenómeno delictivo que suma la violación al asesinato, del que en su inmensa mayoría son sujetos pasivos las mujeres.

El legislador pudo haber hecho alguna mención al Convenio de Estambul⁷⁷², por tratarse de un delito que afecta a las mujeres de manera desproporcionada, tal como se establece en su art. 3d) y que, además, en la inmensa mayoría de los casos refleja de forma clara una voluntad de dominación y de sometimiento por razón de género. De hecho, hasta donde he alcanzado a ver, en todas las sentencias del Tribunal Supremo acerca de esta agravación, el sujeto pasivo es una mujer, normalmente muy joven⁷⁷³.

Como señala PÉREZ MANZANO⁷⁷⁴, este es uno de los tres supuestos que se vienen configurando en las legislaciones latinoamericanas como feminicidio, junto al cometido por misoginia y al homicidio de la mujer a manos de su pareja o expareja masculina⁷⁷⁵.

⁷⁶⁹ *Vid.* Cap. IV.2.2.1.3.2.2.

⁷⁷⁰ En este sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2019b), p. 1246; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. (2022); “Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa “subsiguiente” agravada”, *InDret* 4 2022, pp. 43-79, p. 50. En contra, SOTELSEK (2012), p. 41.

⁷⁷¹ En este sentido, ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 24.

⁷⁷² Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España en 2014 (BOE de 6 de junio de 2014).

⁷⁷³ Una niña de 4 años a manos de la pareja de la madre en la STS 180/2020, de 19 de mayo (ponente: Palomo Del Arco); una mujer a manos de su expareja en la STS 391/2020, de 15 de julio (ponente: Lamela Díaz); una mujer a manos de un desconocido en la STS 418/2020, de 21 de julio (ponente: Marchena Gómez); una mujer a manos de un conocido en la STS 97/2020 de 5 de marzo (ponente: Marchena Gómez); un chica de 18 años a manos de un desconocido, en la STS 636/2020, de 26 de noviembre (ponente: Magro Servet); de 5 de marzo; una chica de 15 años a manos de un conocido en la STS 650/2021, de 20 de julio (ponente: Llanera Conde); una niña de 13 años en la STS 765/2022, de 15 de septiembre (ponente: Magro Servet).

⁷⁷⁴ *Vid.* PÉREZ MANZANO, M (2018), “En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación”, *ADPCP*, Vol. LXXI, pp. 91-120, p. 95.

⁷⁷⁵ Este último suele denominarse “feminicidio de la pareja”, o “feminicidio de género” si bien en los últimos años se emplea también el término “feminicidio íntimo”. Sobre este fenómeno delictivo, ampliamente ARROYO ALFONSO (2024), pp. 118 y ss.

Ciertamente, se diría que es el caso de feminicidio más claro, manifestación máxima de la violencia machista y cosificación de la mujer⁷⁷⁶. Desde la victimología se ha señalado el especial peligro que corre la mujer en los contextos de delitos sexuales, en los que “la neutralización de la dignidad personal de la víctima, reducida a su mínima expresión en la mente del victimario” junto a “la tensión propia del contexto de violencia, en la que el individuo se halla condicionado por una sobreestimulación”, genera una especial vulnerabilidad en las víctimas de agresión sexual⁷⁷⁷.

Entendido, así, como un delito de sometimiento⁷⁷⁸, el delito sexual concretamente cometido no tendría tanta relevancia para la gravedad del feminicidio, puesto que no se trata de castigar al sujeto por su condición de depravado sexual. Desde la victimología se ha destacado también que los delitos sexuales, más que al instinto sexual, responden a un patrón de control y hostilidad. En este sentido, destaca HERRERA MORENO que “la sexualidad juega aquí un papel instrumental, simbólico y, en ocasiones, incluso marginal”⁷⁷⁹. No sería necesario que el ataque sexual a la víctima fuera grave, como tampoco lo es causar lesiones de importancia para apreciar el ensañamiento⁷⁸⁰. El sometimiento de la mujer llegaría en estos supuestos a ser extremo, pues se plasmaría en la lesión de los bienes jurídicos más importantes.

Participando —aunque no en su totalidad— de ambas perspectivas, la STS 418/2020, de 21 de julio (ponente: Marchena Gómez), considera que la nueva circunstancia caracterizadora “puede encontrar su justificación en la insoportable banalización de la vida humana”, junto a la necesidad de proteger de forma reforzada el bien jurídico vida “en esas situaciones de especial peligro” en las que el autor está dispuesto a matar para eludir su responsabilidad.

En definitiva, esta agravante específica podría ser aceptada si se recondujera su fundamento con una orientación victimológica —de necesidad de reforzar la protección de la víctima— en una triple dirección:

- (1) por la lesión adicional a la integridad moral de la víctima, que es tratada como un simple objeto de uso y luego desechada;
- (2) su consideración como un supuesto muy grave de feminicidio, en el sentido de que es un delito que afecta de forma desproporcionada a las mujeres y
- (3) por la realización de la muerte en un contexto delictivo que incrementa, *ex ante* y considerablemente, las posibilidades de lesión del bien jurídico vida.

⁷⁷⁶ Sobre el feminicidio en contextos de violencia sexual, *vid.* Cap. II.2.2.

⁷⁷⁷ Cfr. HERRERA MORENO (1996), pp. 344-365 (los entrecomillados en pp. 347 y s.).

⁷⁷⁸ En el sentido de PERALTA, J.M (2013); “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, *InDret* 4/2013, pp. 1-2, pp. 13 y ss.

⁷⁷⁹ HERRERA MORENO (1996), p. 345.

⁷⁸⁰ Como señala DOPICO GÓMEZ-ALLER (2000), p. 68, “se pueden infligir terribles dolores a otro ... causando lesiones levisimas ... (por ejemplo, torsión o contracción de músculos por aplicación de corriente eléctrica, luxaciones...)”.

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

3.1.7.1. Aspectos generales

Para conjurar el peligro de dar entrada al derecho penal del enemigo a través de la valoración negativa del autor de forma autónoma respecto del hecho, se proponen interpretaciones restrictivas que limitan la literalidad de la norma: en primer lugar, que el asesinato esté vinculado con los objetivos de la organización o al menos, en conexión con sus actividades delictivas⁷⁸¹ y, en segundo lugar, que efectivamente esa pertenencia haya favorecido la comisión del delito de homicidio o asesinato⁷⁸².

El Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2012⁷⁸³ ya puso de manifiesto el riesgo de vulneración del principio *non bis in idem* que presentaba la agravante tercera del art. 140.1 CP. Para evitarlo, el Informe proponía la aplicación de un concurso de normas con los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter), quedando estos absorbidos en la pena aplicable por el homicidio o asesinato agravado por la circunstancia del art. 140.1.3ª CP. En general es esta una doctrina pacífica, pues la regla del art. 570 quáter 2 segundo párrafo conduce a la misma solución, ya que al remitir a la regla de alternatividad del art. 8.4 CP, está afirmando que se trata de un concurso de leyes y no de delitos⁷⁸⁴.

Hasta donde he alcanzado a ver⁷⁸⁵, este precepto solamente ha sido aplicado por el Tribunal Supremo en la Sentencia 821/2022, de 17 de octubre (ponente: Marchena Gómez), que condena a dos penas de prisión permanente revisable y a una pena de 20 años de prisión por dos delitos de asesinato consumados y uno intentado de los arts. 1391.1ª y 140.1.3ª CP.

3.1.7.2. Fundamento

Esta circunstancia específica de agravación también ha generado serias objeciones en cuanto a su fundamento. En este sentido destaca quizás PEÑARANDA, que ya desde

⁷⁸¹ Cfr. PEÑARANDA RAMOS (2013), p. 506, PEÑARANDA RAMOS (2016), p. 1267; VIZUETA FERNÁNDEZ (2014), p. 7; ÁLVAREZ/VENTURA (2015), pp. 324s; MORENO VERDEJO (2016), p. 15.

⁷⁸² Así, por ejemplo, JUANATEY DORADO (2016a), p. 34, sobre la base del principio de proporcionalidad; MUÑOZ CONDE (2023), p. 62.

⁷⁸³ CGPJ (2013), p. 152.

⁷⁸⁴ Así, por ejemplo, CADENA SERRANO, F.A (2015); “Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el código penal por ley orgánica 1/2015”, ponencia accesible en www.fiscal.es, p. 15; MUÑOZ RUIZ (2015), p. 344; MORENO VERDEJO (2016), p. 15; MORALES PRATS (2016), p. 43. De otra opinión, FELIP I SABORIT (2015), p. 35, que opta por el concurso real de delitos.

⁷⁸⁵ Con anterioridad, en la STS 242/2022, de 16 de marzo (ponente: Magro Servet), se sustancia el recurso de una persona condenada por un delito de asesinato del art. 139.1.1ª en concurso real con un delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis y con un delito de tenencia ilícita de armas. Se trataba de un miembro de *Dominican Don't Play*, que dispara a bocajarro en el pecho a la víctima en un local público. Dado que el recurso no se dirige contra la calificación jurídica, el Tribunal no tiene oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

el primer momento no alcanzaba a entender qué gravedad aporta a la muerte la simple pertenencia del autor a un grupo u organización criminal⁷⁸⁶. En sentido similar, QUINTERO OLIVARES⁷⁸⁷ apuntaba hacia una desvaloración personal del sujeto, que realmente no aportaría gravedad al hecho.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la existencia de organizaciones criminales puede suponer un riesgo grave por su capacidad de potenciar la lesividad de los delitos que fomentan, dado que establecen formas de lograr la impunidad de sus autores y de ocultar sus beneficios⁷⁸⁸. No menos importante es, además, su capacidad para infiltrarse en las estructuras sociales y, en general, la agresividad creciente de estas organizaciones, que amplían actividades y traspasan fronteras⁷⁸⁹.

Pero que este argumento sea, como tal, trasladable a los delitos contra la vida, parece requerir de alguna matización. Se puede partir de una mayor gravedad del injusto como núcleo de su fundamento, puesto que la pertenencia a una organización o grupo criminal incrementaría el desvalor de acción, en la medida en que supone una mayor facilidad de comisión del delito contra la vida, añadiendo además, el desvalor de resultado por la lesión del bien jurídico protegido en los delitos de pertenencia a grupo u organización criminal, como afirma VIZUETA FERNÁNDEZ⁷⁹⁰.

Desde mi punto de vista, el criterio de la orientación a la víctima que se viene proponiendo juega también aquí un papel relevante. La mayor gravedad del asesinato cometido por quien pertenece a un grupo u organización criminal se fundamenta (siempre y cuando se acepte la interpretación restrictiva comentada en el apartado anterior) en la necesidad de una protección reforzada de la víctima que contrarreste los siguientes factores de peligro, sin necesidad de que concurran todos en el caso concreto:

- (1) profesionalización del autor, que tiene acceso a determinados medios proporcionados por la organización⁷⁹¹;
- (2) contexto delictivo en el que se emplea la violencia para obtener los objetivos;
- (3) mayores posibilidades de impunidad por los medios proporcionados por la organización;

⁷⁸⁶ Cfr. PEÑARANDA RAMOS (2013), p. 506. En igual sentido, ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 28; ALONSO DE ESCAMILLA (2018), p. 9. También ALONSO ÁLAMO (2015b), p. 29, se ha pronunciado en contra, por considerar que supone “una decisión legislativa propia de un derecho penal de autor”.

⁷⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, G. (2015); “Estudio Preliminar”, en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 35 a 68, p. 60.

⁷⁸⁸ En este sentido, LLOBET ANGLÍ, M (2019); “Delitos contra el orden público”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, (Dir. SILVA SÁNCHEZ), 6ª ed., Atelier, pp. 445.

⁷⁸⁹ Vid. ANARTE BORRALLÓ, E (1999); “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C/ANARTE BORRALLÓ, E, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, pp. 13-57, *passim*.

⁷⁹⁰ Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ (2014), p. 7. Con anterioridad, SANZ MORÁN (1995), p. 808. Vid. SIERRA LÓPEZ (2023), p. 17.

⁷⁹¹ En este sentido, SIERRA LÓPEZ (2023), p. 17.

- (4) motivación reforzada del autor por la necesidad de dar cumplimiento a las órdenes recibidas, en su caso, por la organización a la que pertenece.

De esta forma, el precepto podría tener alguna función en la lucha contra determinadas organizaciones criminales especialmente peligrosas por estar dedicadas al tráfico de personas y/o al tráfico de órganos. Teniendo en cuenta las elevadas penas que prevén los arts.156 bis y 177 bis, la aplicación de la PPR como pena máxima podría quedar justificada, por ejemplo, por la gravedad que presenta el asesinato de una persona para extraerle sus órganos después de haber sido objeto de trata con fines de explotación sexual o laboral.

3.2. LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA EN EL DELITO DE ASESINATO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ASESINATO CON ALEVOSÍA

Todo apunta a que el delito de asesinato en su configuración actual ha sobrepasado los límites de lo que puede soportar un tipo penal sin caer en graves críticas de orientación al derecho penal de autor, de infracción del principio *non bis in idem* y de vulneración del principio de proporcionalidad. En un esfuerzo por eludir la tendencia a valorar en exceso los elementos subjetivos, aquí se ha intentado ofrecer una fundamentación de cada elemento y agravante específica partiendo de una perspectiva victimológica, que atiende a las necesidades de protección de la víctima. En mi opinión, cuanto más se acerca el fundamento de agravación hacia la protección reforzada de la víctima en determinadas situaciones, más fácil es reconducir las circunstancias motivacionales al injusto y, lo que es más importante, despojarlas de consideraciones moralistas. Debo reconocer, no obstante, la enorme dificultad de lograr una fundamentación que legitime totalmente y sin fisuras la aplicación de unas penas tan elevadas, especialmente la prisión permanente revisable.

El criterio victimológico, de orientación a la víctima, no se agota en la protección reforzada de determinadas víctimas por razón de sus características personales o por hallarse en determinadas situaciones peligrosas. De hecho, la segunda línea interpretativa es justamente la contraria: la de valorar la contribución de la víctima al delito para reducir la gravedad del asesinato.

En esta dirección y ante el colapso al que parece conducirnos el modelo casuístico, autores como MÜSSIG y GRÜNEWALD han propuesto, de distintas formas, diferenciar homicidio y asesinato sobre la base de la responsabilidad de la propia víctima en el delito. Otros autores, como ZORN, emplean este criterio para interpretar restrictivamente el asesinato con alevosía. Aunque sus propuestas no me parecen del todo convincentes —por las razones que se expondrán en el siguiente epígrafe— sí que comparto el punto de partida, puesto que una fundamentación orientada a la protección de la víctima implica la necesidad de tener en cuenta su conducta en la medida en que suponga una contribución al delito que incremente el riesgo de ser sujeto pasivo.

3.2.1. *La conducta de la víctima como criterio de delimitación normativa entre asesinato y homicidio. Las propuestas de MÜSSIG y GRÜNEWALD*

Tanto MÜSSIG como GRÜNEWALD abogan por valorar la contribución de la víctima en su propia muerte a manos del autor. También coinciden en la preferencia por una sistemática diferente de los delitos contra la vida, en la que el asesinato sea el tipo básico y el homicidio un tipo atenuado, pero discrepan en la articulación de los criterios concretos.

3.2.1.1. La propuesta de MÜSSIG. La valoración de la conducta de la víctima como criterio delimitador de homicidio y asesinato en sede de imputación objetiva

Este autor parte de un enfoque diferenciador de carácter normativo residenciado en la imputación objetiva. Se trata de la delimitación de esferas de responsabilidad por el hecho y su contexto entre autor y víctima: si conforme a los criterios de imputación objetiva se puede fundamentar la responsabilidad única del autor en el hecho, estaremos ante el asesinato como la forma más básica del injusto de matar, pero si es posible fundamentar la corresponsabilidad de la víctima, entonces debe apreciarse el homicidio como tipo privilegiado⁷⁹².

Es decir, el asesinato se configuraría como el tipo básico de la muerte dolosa “cuyo contexto jurídico relevante ha sido generado de forma que el autor sería el único responsable”, mientras que estaríamos ante un homicidio “cuando el hecho se produjera bajo circunstancias que permitieran una (parcial) descarga de responsabilidad del autor”⁷⁹³.

Los dos patrones de imputación básicos que propone MÜSSIG serían, por un lado, el modelo *personal* de imputación de la responsabilidad para la configuración del correspondiente círculo de organización como rol jurídico de cualquier persona y, por otra parte, el modelo *institucional* de imputación como caracterización de roles jurídicos especiales que reconducen hacia la integración de la persona en contextos normativos destacados, especialmente, en estructuras de organización social diferenciadas⁷⁹⁴.

De esta forma, MÜSSIG pretende concretar el “contexto semántico” de la prohibición de matar: desde este punto de vista, matar a un desconocido para robarle muestra una mayor atribución o incumbencia (*Zuständigkeit*) del autor en el hecho que la muerte dolosa del tirano familiar. La situación en que se produce el homicidio estará en unos casos más marcada por la responsabilidad del autor y en otros de la víctima, por lo que, además de la muerte, la estructura semántica de sentido del suceso homicida se determina también por las estructuras objetivas de responsabilidad que caracterizan el contexto del delito⁷⁹⁵.

⁷⁹² Cfr. MÜSSIG (2005), p. 129.

⁷⁹³ MÜSSIG (2005), p. 244.

⁷⁹⁴ Cfr. MÜSSIG (2005), p. 129; también en MÜSSIG (2006), p. 109.

⁷⁹⁵ Cfr. MÜSSIG (2005), pp. 246 y s.

Los criterios que permiten la responsabilidad completa del autor por el *modelo de imputación personal* serían los siguientes:

- (1) En primer lugar, que la víctima no haya proporcionado un motivo o causa. En este sentido, matar por el “placer de matar” (*Mordlust*), cuando la muerte de la víctima es el único fin del autor, sería claramente un supuesto de asesinato⁷⁹⁶. MÜSSIG deja muy abierta la cuestión de cuándo puede considerarse que la víctima proporcionó un motivo de peso: serían aquellos casos que se puedan seleccionar como lesiones jurídicas relevantes para el autor y que, conforme a criterios generales de imputación, no se pueda excluir que el autor reaccione a esa lesión⁷⁹⁷.
- (2) El segundo criterio consiste en que la atribución de las circunstancias del hecho al autor son expresión de la imputación personal⁷⁹⁸ en un contexto delictivo sin que la víctima tuviera responsabilidad⁷⁹⁹. De esta forma, la prohibición jurídica de discriminación, así como la prohibición de irrumpir en el círculo jurídico de la víctima, permiten considerar como asesinato las muertes discriminatorias y las cometidas con ocasión de un delito sexual. Considera, por el contrario, que la víctima tendría responsabilidad y, por tanto, estaríamos ante un homicidio, si hubiese chantajeado al autor con revelar un delito y este le matara para evitar ser descubierto, así como cuando hubiera provocado al posterior autor, que finalmente la mata para ocultar su delito⁸⁰⁰.

Estaremos ante la imputación de responsabilidad fundamentada en un *modelo institucional* cuando el autor se hace responsable del cuidado de la víctima en el marco de una relación estatal o personal como, por ejemplo, los padres respecto a los hijos y los cónyuges entre sí, aunque en este último caso con limitaciones⁸⁰¹. La atribución a la víctima (con la consiguiente descarga en la responsabilidad del autor) podría asumirse, conforme a este modelo, en las siguientes situaciones:

- (1) por una conducta de la víctima no permitida o infractora del derecho,
- (2) si se admite como motivo o causa del hecho (*Tatanlaß*) el quebrantamiento de una “relación especial de confianza” por parte de la víctima;
- (3) también se pueden incluir en este contexto de imputación a la víctima los hechos relativos a la autopuesta en peligro⁸⁰².

Debe destacarse que, respecto del primer criterio —una conducta no permitida o infractora del derecho— MÜSSIG se apoya en la dogmática de la legítima defensa y del estado

⁷⁹⁶ Cfr. MÜSSIG (2005), pp. 262 y ss.

⁷⁹⁷ Cfr. MÜSSIG (2005), p. 318.

⁷⁹⁸ Cfr. MÜSSIG (2005), pp. 265 y ss.

⁷⁹⁹ Cfr. MÜSSIG (2005), pp. 269 y ss.

⁸⁰⁰ Cfr. MÜSSIG (2005), p. 277.

⁸⁰¹ Cfr. MÜSSIG (2005), pp. 129 y s.

⁸⁰² Cfr. MÜSSIG (2005), p. 130.

de necesidad respecto de la lesión de los bienes jurídicos que podrían configurar la responsabilidad de la víctima, incluso aunque no llegaran a justificar la conducta del autor⁸⁰³.

La tesis de MÜSSIG es atractiva como punto de partida y así la presenta el propio autor⁸⁰⁴. Pero plantea problemas por la amplitud de criterios empleados y por la vaguedad conceptual de algunos de ellos. Por poner un ejemplo, no se termina de entender muy bien el formalismo excesivo de fundamentar la “relación especial de confianza” entre los cónyuges, pero negarla en las relaciones análogas de afectividad⁸⁰⁵.

3.2.1.2. La propuesta de GRÜNEWALD

La autora comienza destacando que, por lo general, estamos ante delitos de relación en sentido amplio y que el juzgador proyecta su experiencia personal en el hecho, de manera que si se siente identificado con el autor le resultará más fácil comprender su comportamiento y se sentirá más inclinado a reducir la pena⁸⁰⁶.

Crítica GRÜNEWALD que normalmente estos supuestos de comportamiento “comprensible” se reconducen a una valoración ético-social tan cargada de moralismo que se aleja de una interpretación estrictamente jurídica, favoreciendo una “valoración global” del hecho. Esta incursión de lo meramente social en lo jurídico se hace a través de la provocación (§ 213 StGB⁸⁰⁷) por una “injuria grave” (*Schwere Beleidigung*) que se identifica como un mero agravio (*Kränkung*) y no como un delito de injuria. De esta forma, se amplía el ámbito de aplicación del tipo atenuado viéndose afectado el espacio jurídico de libertad de la víctima, pues la reducción de su protección deriva de su conducta quizás inadecuada desde el punto de vista moral o de la ética social, pero que no consiste en una lesión de derechos jurídicamente reconocidos del autor⁸⁰⁸.

Con la finalidad de evitar esta injusticia hacia la víctima, GRÜNEWALD se circunscribe a la utilización de criterios jurídicos —con rechazo expreso de las consideraciones morales o ético sociales— que permitan establecer tipos privilegiados en atención a la responsabilidad de la víctima por su injerencia en la esfera de protección del autor. Esto significa que la víctima se ha portado *de forma incorrecta jurídicamente* y no solo desde la perspectiva ética o moral⁸⁰⁹.

⁸⁰³ Vid. MÜSSIG (2005), pp. 312 y ss.

⁸⁰⁴ Vid. MÜSSIG (2005), pp. 430 y s.

⁸⁰⁵ Muy crítica sobre este criterio en particular, GRÜNEWALD (2019), pp. 251-255, no solo por la asimetría entre relaciones, que no considera justificada, sino también por la manera de entender el “quebrantamiento de la relación de confianza” en algunas situaciones de planteamiento del deseo terminar la relación (especialmente p. 254 y s.)

⁸⁰⁶ Vid. GRÜNEWALD (2010), p. 216 y ss.

⁸⁰⁷ § 213 StGB: “Caso menos grave de homicidio. Si el homicida, sin culpa propia, fuere provocado a la ira por vejaciones o injurias graves infligidas por la víctima a él o un pariente y ello le condujera de forma inmediata a cometer el acto, o si el caso es menos grave, la pena será de uno a diez años”.

⁸⁰⁸ Cfr. GRÜNEWALD (2010), 223 y s.

⁸⁰⁹ Cfr. GRÜNEWALD (2015), p. 501.

En la búsqueda del anclaje de estas consideraciones en la teoría del delito, la autora se apoya en el consentimiento y en las causas de justificación, delimitando dos grupos de casos en los que la conducta de la víctima da lugar a un injusto reducido: en primer lugar, aquellos en los que la víctima estaba de acuerdo con su propia muerte⁸¹⁰ y, en segundo lugar, cuando la muerte se produce en situaciones próximas a las que permiten la legítima defensa o el estado de necesidad. De esta forma, también se debe acudir al §32 StGB (legítima defensa) para determinar los bienes jurídicos del autor afectados por la conducta de la víctima que podrían ser tenidos en cuenta, de manera que cuando el perjuicio previo causado por la posterior víctima quede bajo el umbral de una lesión de derechos de cierta relevancia, seguiremos en el ámbito del asesinato⁸¹¹.

En resumen, no se trata de cualquier contribución de la víctima al delito, pues la mera provocación no sería suficiente. Los criterios que conducen a una reducción del contenido de injusto dependen de la demarcación de las esferas exteriores de libertad y, por tanto, de la responsabilidad de las personas en el derecho.

La aminoración del injusto vendrá mediada por la víctima, pues evidencia la estructura delictiva clásica, la constelación autor-víctima. La estratificación del contenido de injusto debe fundamentarse con criterios de imputación o responsabilidad *específicamente jurídicos*. Esto ocurrirá en dos casos:

- (1) cuando se puede reprochar a la víctima su conducta jurídicamente defectuosa frente al (posterior) autor, por haber lesionado su ámbito de libertad jurídicamente protegida en el contexto inmediato del delito,
- (2) cuando la víctima ha aceptado su muerte o su puesta en peligro⁸¹².

3.2.2. Las propuestas de corte victimodogmático de ARTZ y ZORN en relación con la alevosía. Similitudes con la praxis del Tribunal Supremo en casos de riña previa y otras situaciones de conflicto en el asesinato con alevosía

A falta de descripción legal, en Alemania la alevosía (*Heimtücke*) es definida por la jurisprudencia de la siguiente manera: “actúa alevosamente el autor que, con dirección de voluntad hostil (*feindliche Willensrichtung*)⁸¹³, aprovecha conscientemente la desprevenición e indefensión de la víctima para matarla” (BGHSt 9, 385).

⁸¹⁰ Vid. GRÜNEWALD (2015), p. 508 y s. y GRÜNEWALD (2016), pp. 50 y s.

⁸¹¹ Cfr. GRÜNEWALD (2015), p. 502; GRÜNEWALD (2016), p. 40.

⁸¹² Cfr. GRÜNEWALD (2010), p. 379.

⁸¹³ La “dirección de voluntad hostil” permite excluir la alevosía cuando el autor actuó en la creencia de hacer lo mejor para la víctima. En España este criterio ha sido defendido por BACIGALUPO ZAPATER (1994), *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, p. 39.

3.2.2.1. ARZT. La desprevención “fundada” o “justificada” de la víctima como presupuesto de la alevosía

Frente a la constatación meramente descriptiva de la alevosía, ARZT pretende aportar una solución que desplace el “enjuiciamiento moralista” obtenido a partir de la “reprochabilidad del aprovechamiento de la desprevención e indefensión” de la víctima por parte del autor⁸¹⁴. Su propuesta consiste en restringir la aplicación de este elemento del asesinato considerando que sólo puede afirmarse la desprevención cuando la víctima tiene una razón “fundada” (*begründeten*) o “justificada” (*berechtigten*) para estar desprevénida. De esta forma, aportando un criterio normativo, pretende evitar el moralismo que ha detectado en la jurisprudencia.

Este criterio se apoya en la víctima: no se podría afirmar la desprevención *cuando la propia víctima ha contribuido a la acción hostil del autor*.

La doctrina ha criticado su propuesta debido al sesgo victimodogmático que contiene⁸¹⁵. Así, RENGIER se opone frontalmente porque implica introducir un componente de imprudencia en la víctima, en la medida en que su conducta negligente da lugar a que su desprevención sea “injustificada” y por ello se considere no necesitada de pena⁸¹⁶. Para FROMMEL, semejante criterio “contradiría la prohibición general de matar”⁸¹⁷.

Desde mi punto de vista, la principal debilidad de la tesis de ARZT reside en el establecimiento de una fórmula hipotética sobre la base de una contribución de la víctima a la acción hostil del autor, que no está suficientemente delimitada⁸¹⁸. ¿Basta una conducta de la víctima que no sea constitutiva de ninguna infracción, pero que provoque la ira del autor? Todo indica que de esta forma se podría estar beneficiando a los autores más violentos y agresivos.

La tesis de ARZT representa el modelo de atribución a la víctima expresamente rechazado por GRÜNEWALD por la imprecisión y arbitrariedad de la valoración de su conducta⁸¹⁹.

3.2.2.2. ZORN. *Obliegenheiten* de la víctima en la exclusión de la alevosía

ZORN también pretende ofrecer un criterio normativo que limite la aplicación de la alevosía en determinados supuestos. La autora parte de entender que los ciudadanos

⁸¹⁴ ARZT, G (1979); “Die Einschränkung des Mordtatbestandes”, *JR*, pp. 7 a 12, p. 12.

⁸¹⁵ H. SCHNEIDER (2015), p. 867, la rechaza por considerar que es una tesis victimodogmática y, por tanto, ya superada por una dogmática de la víctima.

⁸¹⁶ Cfr. RENGIER, R. (1979); *Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)*, *MDR*, pp. 441-446, p.443.

⁸¹⁷ Cfr. FROMMEL, M (1987); “Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.11.1985 - 3 StR 273/85 (LG Wuppertal)”, *StV* núm.7, pp. 291 a 295 p. 294. En contra Zorn (2013), pp. 294 y s., pues siempre se podrá calificar de homicidio.

⁸¹⁸ En igual sentido, SCHMOLLER (1987), p. 397, destaca la dificultad de encontrar un baremo objetivo que diferencie la desprevención “fundada” de la “infundada”.

⁸¹⁹ *Vid.* Cap.V.3.2.1.2.

adultos no sólo tienen derechos sino también deberes, por lo que la responsabilidad por los propios actos no debería exigirse solamente a los autores de un delito, sino también a las víctimas. Desde esta perspectiva, afirma que interpretar la desprevenición como “el ataque imprevisto y que no debía de haber sido previsto”, está en consonancia con la imagen del ser humano responsable⁸²⁰. Ahora bien, ya que se va a valorar la conducta de la víctima, mejor será hacerlo directamente y con unas reglas claras que no cambien o se moldeen para adaptarse al caso concreto.

Con la finalidad de establecer su propuesta sobre la base de esquemas más fijos y dotarlos, al mismo tiempo, de mayor seguridad jurídica, ZORN fundamenta una *Obliegenheit* de la víctima, entendida como un deber contra uno mismo cuya lesión da lugar a una peor posición jurídica⁸²¹. La infracción de este deber por parte de la víctima podría excluir la aplicación de la alevosía, conforme a los siguientes parámetros:

- (1) No estamos ante supuestos de culpabilidad compartida, puesto que, en relación con sus bienes jurídicos, la víctima no realiza ningún injusto⁸²².
- (2) Es preferible una solución en la tipicidad, rechazando que deba ser desplazada a la medición de la pena⁸²³, aunque se muestra de acuerdo con HÖRNLE en que no cualquier posibilidad fáctica de ser dañado genera esa incumbencia que pueda descargar de responsabilidad al autor⁸²⁴.
- (3) No se trata de perjudicar a la víctima por su actuar descuidado, sino de tener presente su conducta delictiva. El deber se fundamenta claramente respecto de la comisión de delitos dolosos⁸²⁵.
- (4) El deber (*Obliegenheit*) de tener que contar con una agresión puede fundamentarse también mediante la conducta imprudente de la víctima. En el caso de la imprudencia inconsciente, es presupuesto para aceptar semejante deber que la víctima no se dé cuenta del hecho a posteriori y que no contribuya inmediatamente a rebajar la tensión del conflicto con el autor (*Deeskalierung*)⁸²⁶. ZORN no se refiere a cualquier negligencia, sino solamente a la que sea constitutiva de delito y haya lesionado los bienes jurídicos del autor, puesto que, en caso contrario, “la insensatez de la víctima es solo asunto suyo” y no dará lugar a la exclusión de la alevosía⁸²⁷.

⁸²⁰ Cfr. ZORN (2013), pp. 294 y ss.

⁸²¹ ZORN (2013), p. 299. *Vid.* Cap. VI.2.

⁸²² Cfr. ZORN (2013), p. 301.

⁸²³ Sobre esta solución, propuesta por HILLENKAMP y HÖRNLE, *vid.* Cap. VI.2.

⁸²⁴ Cfr. ZORN (2013), p. 237.

⁸²⁵ Cfr. ZORN (2013), p. 299. Como el StGB prohíbe la extorsión e, igualmente, lesionar a alguien (*Erpresser y Tyrannen Fälle*) puede negarse la desprevenición en esos casos.

⁸²⁶ ZORN (2013), p. 310.

⁸²⁷ ZORN (2013), p. 78.

- (5) La especial protección que confiere la alevosía se puede recuperar cuando la víctima actúa rebajando la tensión o cuando ha pasado un gran lapso de tiempo desde que incumplió su *Obliegenheit*⁸²⁸.

Al centrar la atención en la conducta previa de la víctima hacia el autor y limitarla a la lesión dolosa o imprudente de importantes bienes jurídicos de este, ZORN logra aportar un criterio claro y fiable que rompe la asimetría que supone aplicar alevosía en los casos de muerte dolosa de tiranos familiares o domésticos (*Haustyrannenfälle*), pero negarla en los supuestos en que es el maltratador el que pone el punto final a una vida de malos tratos permanentes⁸²⁹.

La existencia de semejante deber (*Obliegenheit*)⁸³⁰ conduce a la valoración del comportamiento de la víctima conforme a criterios victimodogmáticos⁸³¹, pues esta hace dejación de autotutela, comportándose negligentemente respecto de la protección de los bienes jurídicos de los que es titular. Desde mi punto de vista, la conducta meramente imprudente de la víctima, que puede incluso no llegar a entender la gravedad de la situación (imprudencia inconsciente) no sería suficiente para privarla de la protección reforzada que se pretende con el castigo más grave de la muerte alevosa. No obstante, la comisión previa de un delito doloso contra bienes jurídicos personalísimos contra el posterior autor sí podría tener algún impacto en la interpretación restrictiva del asesinato alevoso⁸³².

3.2.2.3. La praxis jurisprudencial española en supuestos de riña previa y otras situaciones de conflicto en la aplicación del asesinato con alevosía

Las tesis anteriores recuerdan, en parte, a la seguida por el Tribunal Supremo en un grupo de casos que tienen en común que la muerte se produce en una situación de conflicto, bien sea tras una fuerte discusión o pelea, o bien como punto final de una larga relación repleta de agresiones. Ambos supuestos quedarían fuera de la aplicación de la alevosía si se considerase que la apreciación de la idoneidad de los medios, modos o formas está siempre comprometida ante la posibilidad que tuvo la víctima de percibir el peligro o siquiera intuirlo momentos antes de la agresión mortal. La exclusión de la alevosía en estos casos se mantiene desde antiguo y la argumentación suele descansar en la falta de “aseguramiento” de los medios, modos o formas, por estar en guardia y por tanto no desprevénida la víctima inmersa en plena disputa⁸³³.

⁸²⁸ Cfr. ZORN (2013), p. 312.

⁸²⁹ Vid. Cap.V.3.2.3.

⁸³⁰ Cfr. H. SCHNEIDER (2015), p. 868, se opone a la propuesta de Zorn porque se basa en un deber de autoprotección (*Obliegenheit*) que no existe.

⁸³¹ En el mismo sentido, EXNER/REMMERS (2011), p. 22. De acuerdo con la versión limitada de este principio, consideran que no es aplicable al asesinato con alevosía porque no sería un “delito de relación” (*Beziehungsdelikt*). Sobre ello, vid. Cap.V.2.2.

⁸³² Vid. Cap.V.3.2.3

⁸³³ Vid. por todos, CAMARGO HERNÁNDEZ (1953), p. 23.

En este sentido, la STS 928/1992, de 17 de marzo (ponente: Soto Nieto), recoge la doctrina jurisprudencial de exclusión de alevosía en los siguientes casos:

“previa agresión del ofendido, riña mutuamente aceptada o enfrentamiento mutuo, exteriorización del agente de su decisión de atentar contra la víctima, inminencia de actos inequívocos de ataque o acometimiento o, incluso, cruce verbal de advertencias amenazantes, en definitiva, *presencia de un peculiar clima de violencia en el que resulta advertible cualquier desencadenamiento* de atentado a la vida o integridad física”⁸³⁴.

Es decir, que si tal clima de violencia existe y la víctima no se apercibe del ataque, aunque *de facto* estuviera desprevenida, no se aprecia alevosía porque tuvo suficiente información para percibirse de la situación de peligro en que se hallaba. Por lo tanto, solo a ella le es imputable su propia desprevenición.

Esta tesis general, de excluir alevosía en los supuestos de “riña previa” empieza a relajarse a partir de la STS 1432/1995, de 18 de mayo (ponente: Moner Muñoz), que aprecia asesinato con alevosía en lugar de abuso de superioridad pese a que la muerte se había producido durante el transcurso de una pelea. La víctima había intervenido con la mera intención de apartar al agresor y el TS apreció alevosía porque “en todo caso, podía esperar y aprestarse a repeler o evitar una agresión con los puños, como la pelea que estaba presenciando, pero nunca el uso de un estilete”. El salto cualitativo que supone pasar de los puños a las armas convenció en este caso al alto tribunal de que la víctima estaba desprevenida a efectos de aplicar esta circunstancia caracterizadora del asesinato.

De modo similar, en otros casos en que la riña había terminado por parte de la víctima, el TS considera que la víctima vuelve a estar desprevenida en la medida en que ya no espera un ataque contra su vida. Por ejemplo, en la STS 279/1979, de 8 de marzo (ponente: García Miguel), se estima alevosía porque el procesado, tras recibir una bofetada de su esposa, se marcha del lugar para volver con una escopeta y dispara a su mujer en la cabeza de forma súbita e inesperada.

Sin embargo, en otras ocasiones en que la riña había terminado se rechaza la apreciación de alevosía sobre la base de la conducta de la víctima, por ser ella la *provocadora del conflicto previo y aún latente*. En este sentido, la STS 2384/1989, de 29 de septiembre (ponente: Soto Nieto) rechaza la calificación de asesinato con alevosía en un caso de discusión acalorada en el que la víctima no esperaba la agresión con arma blanca de que fue objeto, porque *previamente la víctima había exigido dinero al autor y lo había amenazado*.

Más problemáticos son los supuestos de violencia continuada, cuando la muerte de la víctima es el último acto de una relación conflictiva jalonada de frecuentes amenazas y agresiones físicas. Dado el contexto de violencia, es difícil mantener en estos casos que la víctima está desprevenida. En los casos de violencia doméstica o de género continuadas, la víctima maltratada no solo espera ser agredida en cualquier momento, sino que

⁸³⁴ Subrayado añadido. Citada también por SEGRELLES DE ARENAZA (1995), p. 800, nota 159.

incluso puede detectar señales de agresión inminente que a otras personas les pasarían desapercibidas⁸³⁵.

De esta forma, muchos de estos supuestos reciben la calificación de homicidio con abuso de superioridad, pues la víctima *debía estar prevenida* frente a una agresión contra su vida. Es lo que ocurre en la STS 1340/2000, de 25 de julio (ponente: Martín Pallín), en la que el acusado aprovecha que su mujer, de la que se halla separado, se queda sola en casa de su suegra consiguiendo que le abra la puerta y entonces,

“previa una breve discusión, posiblemente por una carta amorosa, la comenzó a agredir sorprendiéndola, empujándola pasillo adentro para caerse ambos, momento que fue aprovechado por su hermano menor para huir del lugar en busca de auxilio, continuando aquellos hasta las inmediaciones del cuarto de baño, hasta donde la siguió, asestándole varias puñaladas en espalda, cara y ambas extremidades, trece en total, además de múltiples hematomas, dejándola tendida en un charco de sangre para abandonar rápidamente el lugar, bajando por la escalera porque por el ascensor ya subían los otros moradores prestos a auxiliar y a los que el niño había avisado”.

Condenado por la Audiencia por un delito de asesinato con alevosía, el TS casa la Sentencia por considerar que existen lagunas para perfilar la alevosía:

“Es evidente que no nos encontramos ante una persona absolutamente desprevenida y que no pudiera percatarse o vislumbrar las intenciones agresivas del que hasta entonces era su esposo. Existen antecedentes fácticos que demuestran que el comportamiento violento era casi una constante en los últimos encuentros”⁸³⁶.

Esta forma de interpretar restrictivamente la alevosía responde a parámetros victimodogmáticos, puesto que la exclusión de la alevosía cuando existe un conflicto previo por el que la víctima debiera estar alerta “sólo podría admitirse sobre la base del reconocimiento de una obligación de diligencia, no ya de la propia conducta, sino del comportamiento delictivo proveniente de un tercero”⁸³⁷. Es decir, que se responsabiliza a la víctima por su propia imprudencia al no valorar adecuadamente la situación de riesgo en que se hallaba, perdiendo así, parte de la protección penal.

No puede afirmarse, sin embargo, que el Tribunal Supremo recurra a estos parámetros con carácter general, puesto que en otras ocasiones ha rechazado que exista un “obligación” de alerta permanente⁸³⁸ y, en cierto modo, este es el argumento del que participa la modalidad de alevosía convivencial⁸³⁹.

⁸³⁵ Vid. LARRAURI PIJOAN, E (1995); “Violencia doméstica y legítima defensa -un caso de aplicación masculina del Derecho”, en LARRAURI PIJOAN, E/VARONA GÓMEZ, D, *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, S.L., Barcelona, pp. 9-88, p. 27, en relación con las mujeres maltratadas.

⁸³⁶ Citada también por GALLEGU MARTÍNEZ (2019), p. 10, nota 18.

⁸³⁷ GÓMEZ RIVERO (2014), pp. 156 y s.

⁸³⁸ Vid. STS 1094/1996, de 28 de diciembre (ponente: García-Calvo Montiel).

⁸³⁹ Vid. Cap.V.3.1.1.1.

3.2.3. *La conducta de la víctima como criterio restrictivo en las agravaciones fundamentadas en la necesidad de protección reforzada de la víctima. Especial consideración de la alevosía en el *Haustyrannenfall**

3.2.3.1. Planteamiento

En el epígrafe anterior se han expuesto los distintos criterios empleados para intentar reducir la aplicación de la alevosía en atención a la conducta de la víctima. En primer lugar, se ha hecho referencia a la propuesta de ARZT, que interpreta restrictivamente la alevosía excluyendo su aplicación cuando la víctima *debió* haber previsto el ataque, dada su contribución a la acción hostil del autor. En segundo lugar, ZORN retoma y perfila la propuesta anterior, admitiendo la exclusión de la alevosía solamente en los casos en que la contribución de la víctima a la reacción homicida haya consistido en la comisión de un delito (doloso o imprudente) que afecte a determinados bienes jurídicos del autor. Al cometer ese delito, la víctima habría incumplido la *Obliegenheit* de no ponerse en peligro. Por último, se ha hecho referencia a la práctica jurisprudencial de excluir su aplicación cuando existe un clima de violencia entre autor y víctima, por el que esta *podía* haber previsto la posibilidad de ser agredida puesto que ya lo había sido en ocasiones anteriores a manos de la misma persona.

En las líneas que siguen voy a ocuparme de la calificación penal de aquellos casos en que la conducta agresiva de la víctima ha desempeñado un papel determinante en la ejecución de su propia muerte. Se trata de diferentes supuestos que tienen en común la inversión de los roles autor-víctima. De entre ellos, la muerte del maltratador a manos de la mujer maltratada es probablemente el más conocido y el que refleja de forma más clara las contradicciones valorativas del asesinato con alevosía, si bien este esquema de inversión de roles puede darse en otros contextos violentos, no necesariamente de la familia más íntima ni en situaciones de larga duración⁸⁴⁰.

Con carácter general se reprocha a la alevosía que coloque en situación de desventaja a las personas débiles o indefensas, pues si quieren matar sin riesgo deben hacerlo alevosamente. En la conocida frase de JESCHECK, la alevosía es “el arma de los débiles y los indefensos frente la supremacía (*Übermacht*), la violencia y la brutalidad”⁸⁴¹.

Sin embargo, para matar a personas débiles o indefensas no es necesario emplear alevosía, ya que cualquier probabilidad de defensa es, en realidad, ilusoria⁸⁴². En todos los casos de este epígrafe, quien finalmente mata con medios alevosos se ve compelido a ello por la situación de peligro en que la posterior víctima habría colocado previamente a su victimario.

⁸⁴⁰ Por ejemplo, un chantaje, un secuestro de unos días o unas amenazas condicionales graves.

⁸⁴¹ JESCHECK (1957), p. 387. La STS 171/1960, de 23 de febrero, designa el “veneno femenino” como el arma “propia de los seres débiles”, citada también por QUINTANO RIPOLLÉS (1972), p. 283.

⁸⁴² *Vid.* GRÜNEWALD (2015), p. 488 y GRÜNEWALD (2016), p. 17.

Voy a ocuparme en primer lugar del “caso del tío” (*Onkelfall*) de 1981 (BGHSt 30, 105). Se trata de un caso muy conocido en la doctrina alemana, pues dio lugar a la apreciación de una atenuación suprallegal de la pena que se conoce como *Rechtsfolgenlösung*, es decir, la “solución de la consecuencia jurídica”⁸⁴³:

La posterior víctima, tío del acusado, había violado a la esposa de éste. Debido a ese suceso la mujer intentó suicidarse en varias ocasiones y, además, pidió el divorcio. Hasta entonces el matrimonio había sido feliz y el acusado no supo cuál era el problema hasta que ella finalmente se lo contó, algún tiempo después. Tras conocer lo ocurrido pidió explicaciones a su tío que, por otro lado, también le debía dinero. Su tío se burló de él, le dijo que no le devolvería el dinero, alardeó de la violación y lo amenazó de muerte. Unos días más tarde, el acusado entró en un bar donde sabía que encontraría a la víctima y le disparó varias veces por la espalda, provocándole la muerte.

El tribunal apreció alevosía, puesto que la víctima estaba de espaldas y no pudo percibirse del ataque. La calificación de asesinato excluía la posibilidad de aplicar el tipo atenuado por provocación del § 213 StGB⁸⁴⁴ y tampoco podían aplicarse los §§ 20 y 21 StGB pues no se daban los presupuestos de estas causas de exclusión o atenuación de la culpabilidad. Ante la tesitura de tener que imponer la prisión de por vida, a todas luces desproporcionada, el BGH decidió abrir el marco penal cuando concurrieran “circunstancias extraordinarias”, esto es, cuando el sujeto actuara con gran desesperación o en situaciones próximas a la legítima defensa o el estado de necesidad⁸⁴⁵. De esta forma consiguió una atenuación de la pena por analogía con esos supuestos. Desde entonces, esta posibilidad se ha aplicado en contadas ocasiones.

El “caso del extorsionador”⁸⁴⁶, muy estudiado en la doctrina alemana y que también ha recibido especial atención por PEÑARANDA⁸⁴⁷, era un buen candidato para la aplicación de la *Rechtsfolgenlösung*, pero en esta ocasión el BGH estableció una restricción de la alevosía por vía interpretativa, incorporando un elemento normativo que recuerda la tesis de ARZT:

⁸⁴³ Esta solución ha sido muy criticada, *vid.*, entre otros, ALBRECHT (1982), p. 698, que la considera una “creación judicial del derecho”; GÜNTHER, H-L (1982); “Lebenslang für ‘heimtückischen Mord’?”, NJW, pp. 353-358, p. 358; HASSEMER, W (1983); “Zur Prüfungsreihenfolge bei Heimtückemord”, JZ, n° 23/24, pp. 967-969, p. 968, destacando la amenaza que supone para la seguridad jurídica y EBERT, U (1983); “Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?”, JZ, n° 17, pp. 633- 643, p. 638.

⁸⁴⁴ Este precepto solo puede aplicarse al homicida, por lo que, si concurre un elemento del asesinato, no cabe la posibilidad de reducir la pena. *vid.* GEILEN, G (1997); „Provokation als Privilegierungsgrund der Tötung? Kritische Betrachtungen zu § 213 StGB“, en *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1977, pp. 357-388, p. 361.

⁸⁴⁵ GÜNTHER, H-L (1985); “Mordunrechtsmindernde Rechtsfertigungselemente. Ein Beitrag zur Konkretisierung unverhältnismäßiger Grenzfälle des § 211 StGB”, JR, p. 269 y s., considera que sí concurren estas eximentes, puesto que el acusado, al matar a su tío, salvó la vida de su mujer, su matrimonio e incluso su propia vida, que también había sido amenazada.

⁸⁴⁶ *Erpresserfall* (BGHSt 48, 207), de 12 de febrero de 2003. También se le conoce como el “caso del chantajista” (*Chantagefall*).

⁸⁴⁷ PEÑARANDA (2014), pp. 15 y ss.

La víctima era un sujeto corpulento y de fuerte carácter que se presentó con otro hombre en casa del posterior autor, para exigirle el pago de un dinero —no era la primera vez— a cambio de no denunciar su actividad ilícita de venta de CD. Como el chantajeado se negara, empezó a destrozarle el material de venta, por lo que finalmente el acusado accedió a entregarle 5.000 marcos alemanes (aprox.2.500 €). Cuando el chantajista estaba de espaldas, con la bolsa del dinero en la mano, le atacó con un cuchillo y le rajó el cuello varias veces, hasta matarlo.

El BGH rechazó la alevosía considerando que la víctima *tenía que haber contado* con una agresión por parte de la persona a la que estaba chantajeando. El autor se hallaba en una situación de agresión ilegítima contra sus bienes jurídicos, pues el dinero aún no había salido totalmente de su disponibilidad. Lo que viene a decir el tribunal es que, si se coloca a una persona en una situación de peligro para sus bienes jurídicos, lo normal es que se defienda y, por ello, es previsible esperar un ataque. En definitiva, el BGH emplea un argumento victimodogmático para excluir la alevosía en este supuesto⁸⁴⁸, pues si la víctima estaba desprevenida en el contexto violento que ella misma había generado, tan solo a ella le era imputable su situación de indefensión (*debió haber previsto el ataque*).

Otro ejemplo que puede emplearse para excluir la alevosía en contextos violentos con inversión de roles, podría ser el caso de quien mata a su secuestrador alevosamente golpeándolo con un objeto contundente por la espalda aprovechando que éste no esperaba ser atacado dada la inferioridad física de aquél. Supongamos que la persona secuestrada sigue golpeando a su captor hasta asegurarse de que lo ha matado y que en este caso no podamos aplicar la eximente completa de legítima defensa⁸⁴⁹. ¿Estamos ante un asesinato con alevosía?

En la doctrina y la jurisprudencia suele negarse la compatibilidad entre alevosía y legítima defensa. Esta incompatibilidad se ha defendido con apoyo en varios argumentos, sobre todo en el ámbito subjetivo, por considerar que el ánimo de defensa no casa bien con la imagen del sujeto artero, cobarde o traidor⁸⁵⁰. Pero, en lo que ahora interesa, solo voy a prestar atención a aquellos argumentos que tengan alguna orientación victimológica. En este sentido, traigo a colación la antigua STS de 23 de mayo de 1890 (ponente: José de Aldecoa), que, en un caso de defensa de terceros, rechaza la compatibilidad entre alevosía y legítima defensa incompleta —entre otras razones— porque “quien ile-

⁸⁴⁸ Así ROXIN (2008), p. 749, que se muestra de acuerdo con rechazar la alevosía, pero no en atención al argumento victimodogmático empleado por el BGH.

⁸⁴⁹ Un ejemplo similar de Robinson es recogido por CORREA FLÓREZ (2016), p. 87, para ilustrar posibles lagunas de la teoría de la inminencia de la agresión en la legítima defensa. Por su parte, OLAIZOLA NOGALES, I (2020); “Dar muerte al maltratador: posible aplicación de la legítima defensa”, en DE VICENTE REMESAL *et al* (Dir) *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, Reus, Madrid, pp. 863-875, p. 867 y s. se plantea el caso de quien mata a su secuestrador mientras duerme.

⁸⁵⁰ No voy a entrar en tales argumentos porque no comparto que la alevosía contenga elementos subjetivos aparte del dolo. *Vid.* Cap.V.3.2.1.1.

gítimamente acomete a otro, *debe de estar prevenido para cualquier acto de defensa*, que naturalmente ejecuten el agredido o tercera persona”⁸⁵¹.

En el caso de la muerte del tirano doméstico o familiar, es doctrina reiterada que no cabe la aplicación de la legítima defensa, por entender que no existe una agresión ilegítima ya que, cuando la mujer (u otra víctima tiranizada) mata al maltratador mientras duerme, no está presente el requisito de la inminencia o actualidad de la agresión. Esta restricción de la legítima defensa se ha denunciado desde el punto de vista de la perspectiva de género, pues tanto este, como el requisito de racionalidad del medio empleado, se interpretan desde una concepción muy masculina del derecho, que dificulta y restringe la aplicación de esta eximente a las mujeres y, en su caso, a otros miembros de la familia también tiranizados⁸⁵².

La reacción penal al homicidio del tirano familiar es aún más grave para la mujer maltratada, porque a la imposibilidad de aplicar la eximente de legítima defensa (completa e incompleta) se suma la apreciación de la alevosía en estos casos.

CORREA FLÓREZ, que considera errónea esta doctrina, propone reinterpretar el requisito de la actualidad de la agresión para poder dar cabida a los casos en los que el sujeto activo responde a una situación de “peligro latente para los bienes jurídicos”. De esta forma, los supuestos de homicidio/asesinato del tirano familiar más graves quedarían amparados por esta causa de justificación⁸⁵³. Además, esta interpretación de la actualidad de la agresión permitiría rechazar la aplicación de la alevosía, porque, como afirma esta autora:

“Lo que se sanciona a través de la alevosía es ese aprovechamiento de la situación para asegurar el resultado, pero —en estos casos— dentro del contexto es racionalmente necesario (en el sentido de la legítima defensa) que el agresor esté dormido, distraído o borracho, para (...) alcanzar el resultado justificado. Si se cataloga la acción como alevosa, se estaría afirmando que la acción necesaria para ejercer una acción defensiva lícita es, a su vez, susceptible de mayor reproche penal, evidenciándose así la contradicción referida”⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Subrayado añadido. Recogida en ALTÉS MARTÍ (1982), p. 287; en p. 291 se muestra de acuerdo en rechazar la compatibilidad con base en este argumento; también, HILLENKAMP, T. (2004); “Zum Heintückemord in Rechtsfertigungslagen”, en Rogall/Puppe/Stein/Wolter (eds), *Festschrift für Hans Joachim Rudolphi zum 70 Geburtstag*, pp. 463-481, Wolters Kluwer, Neuwied, p. 463.

⁸⁵² Expresamente, PÉREZ MANZANO (2016), p. 49; Varona Gómez, D (2021); *¿Juez o Jurado? Un análisis a partir de los casos de mujeres maltratadas que se rebelan contra su tirano*, Atelier, Barcelona, p. 83; DOVA (2018), pp. 13 y ss.; Pecorella, C. (2022); “Violencia domestica e legittima difesa”, en *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, núm.3, pp. 1-16, con carácter general a todos los miembros tiranizados con independencia de su género; PECORELLA, C (2023); “Discriminación indirecta y derecho penal”, en DOVAL PAÍS/GUTIÉRREZ PÉREZ (Dir.), *Manifestaciones de la desigualdad en el sistema penal*, Aranzadi, Pamplona, pp.49-70, pp. 50 y s.

⁸⁵³ CORREA FLÓREZ (2016), pp. 352-355. En el mismo sentido, OLAIZOLA NOGALES (2020), p. 874 y LAURENZO COPELLO, P (2020), “En los límites de la legítima defensa: mujeres que matan a sus parejas violentas”, en DE VICENTE REMESAL *et al* (Dir.) *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, Reus, Madrid, pp. 731-740, p. 738.

⁸⁵⁴ CORREA FLÓREZ (2016), p. 384. Tempranamente se planteó esta cuestión LARRAURI PIJOAN (1995); pp. 9-88, pp. 29 y ss.

Nuestra jurisprudencia suele aplicar la alevosía en estos casos, junto a la eximente incompleta de miedo insuperable⁸⁵⁵ o alguna atenuante en atención a la situación psicológica en que se encuentra la autora.

Un caso claro de este proceder lo ofrece la STS 1432/1976, de 4 de diciembre (ponente: García Miguel):

La procesada había iniciado los trámites para separarse de su marido, cansada de los malos tratos que recibía, pero volvió con él convencida por sus promesas de mejora y pensando en el bien de los hijos en común. El maltrato continuó y el día de los hechos la golpeó fuertemente. “La procesada, algo repuesta de la paliza que había recibido, preparó de nuevo la cena —la anterior se había quemado— dio a comer a su marido e hijos —ella no cenó— y acostó a sus hijos y mientras le daba la papilla al niño más pequeño en la cuna que se hallaba en la alcoba del matrimonio. Su marido se acostó en la cama, quedando pronto dormido y, aprovechando tal circunstancia, la procesada cogió un hacha de las empleadas en la cocina, (...) y con ella agredió, con intención de matar, a su marido (...) Inmediatamente después de la agresión, la procesada cogió un taxi y se presentó en el Puesto de la Guardia Civil, solicitando auxilio para su marido malherido”.

Se condena a la mujer por parricidio frustrado con alevosía y atenuante de arrepentimiento espontáneo. El TS confirma la alevosía y rechaza la legítima defensa incompleta, pero considera que pudo haberse aplicado la atenuante de estado pasional y por ello propone un indulto parcial, rebajando la inicial condena de 14 años y 8 meses de prisión, a la de 6 años y 1 día.

De forma excepcional y apoyándose en el argumento de carácter victimodogmático, la STS 213/1949, de 28 de mayo (ponente: de la Rosa de la Vega), califica de parricidio con eximente incompleta de miedo insuperable, *sin alevosía* porque “en el caso que se contempla, siendo el provocador, *no podía estar desprevenido y tenía que sospechar*, al menos, la posibilidad de una reacción violenta para contener sus desmanes y, además, debía conocer la existencia del arma que contra él se esgrimió”⁸⁵⁶.

La autora se había separado del marido porque la maltrataba con insultos y amenazas de muerte e incluso en alguna ocasión había intentado herirla con una navaja. Una noche se presentó en su casa “aporreando la puerta y reiterando los insultos”, portando “un podón y un cuchillo dentro de su vaina”. La puerta era sólida y las ventanas tenían barrotes, pero “como tratase de romper la tela metálica que cubría una de dichas ventanas, existente en el piso bajo y de poco más de un metro de altura, fuertemente obcecada y temerosa la Aida por las reiteradas y constantes amenazas de su marido y por el peligro de que llegase a entrar en el

⁸⁵⁵ También en casos similares, como en la STS 22/1949, de 24 de enero (Díaz Pla), citada por DEL ROSAL, J. (1948b); “Sobre alevosía, atenuante de miedo insuperable y premeditación en el asesinato”, *ADPCP*, pp. 527-540, p. 529 y s., respecto de dos acusados que se habían concertado para matar a un sujeto “pendenciero” con el que uno de ellos tenía un conflicto por el que ambos habían sido amenazados de muerte durante los tres días anteriores.

⁸⁵⁶ Subrayado añadido.

domicilio ante la actitud adoptada, tomó una escopeta de caza ya cargada, que así tenía y, después de apagar la luz de la habitación en que se encontraba, encañonó el arma y la dirigió hacia el bulto que veía perfectamente que en la calle hacía su marido, que estaba frente a la indicada ventana y, sin que el Celestino pudiese darse cuenta de lo que la procesada hacía, ésta, sin advertencia previa e inopinadamente, hizo a través del enrejado de la aludida ventana un disparo, que alcanzó de lleno en el pecho” a la víctima, que falleció.

Un sector relevante de la doctrina considera que en el caso clásico de homicidio del tirano familiar el modo de ejecución alevoso es la única opción que tiene la autora, porque de no ejecutar el delito cuando el maltratador duerme, por la espalda o en situaciones similares, la mujer no tendría la menor oportunidad de alcanzar el resultado⁸⁵⁷. Por eso resulta sorprendente que se deniegue la aplicación de asesinato alevoso en contextos violentos porque la víctima debía estar apercibida del peligro de agresión y, sin embargo, se aprecie en la muerte dolosa del tirano familiar porque la víctima estaba dormida, sin atender a más consideraciones.

También en Alemania encontramos esta asimetría. La sentencia del BGH de 2.8.1983- 5StR 503/83, se ocupa de un caso cuyos hechos resumo a continuación⁸⁵⁸:

La posterior víctima (que ingería diariamente entre 5 y 6 litros de cerveza), tiranizaba y maltrataba a su mujer y al hijo de esta, de 13 años de edad. El chico se había escapado de la casa por el miedo que sentía tras un fuerte episodio de maltrato, pero tenía que volver, estando previsto su regreso para el día siguiente. La víctima había anunciado con enorme agresividad su intención de darle una buena paliza en cuanto llegara. Tras mantener relaciones sexuales no deseadas con su marido, la mujer y madre del chico permaneció tendida en la cama, despierta durante horas dando vueltas a la situación, hasta que finalmente decidió matarlo para evitar a su hijo más sufrimiento y martirio como el que habían padecido hasta el momento.

El tribunal condenó por asesinato con alevosía y, rechazando que existiera una culpabilidad atenuada del § 21StGB, impuso una pena de 6 años de prisión conforme a la solución de la consecuencia jurídica (*Rechtsfolgenlösung*). Recurrida la sentencia, el BGH cuestiona la existencia de la alevosía, sobre la base de la posible falta de “aprovechamiento consciente”⁸⁵⁹ de la desprevenición e indefensión de la víctima. Además, consideró que el tribunal debió haberse planteado la posibilidad de aplicar una legítima defensa o un estado de necesidad o, al menos, un posible error sobre estas eximentes. El tribunal de instancia dictó una segunda sentencia en la que rechazaba la alevosía y admitía una

⁸⁵⁷ De esta opinión, entre otros muchos, LANGE (1978), pp. 230 y s.; WOESNER, H (1980); “Neueregelung der Tötungstatbestände”, *NJW*, pp. 1136 a 1140, p. 1138; LARRAURI PIJOAN (1995), pp. 20 y ss.; CORREA FLÓREZ (2016), p. 384.

⁸⁵⁸ Cfr. RENGIER, R. (2004); “Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? – Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen”, *NStZ*, Heft 5, pp. 233-240, p. 233.

⁸⁵⁹ Llama la atención que en la SAP de Cáceres 188/2011, de 19 de mayo el jurado denegara la presencia de alevosía en un caso de tirano familiar muerto a manos de su hija sobre la base de un argumento similar. *Vid.*, sobre esta sentencia, VARONA GÓMEZ (2021), pp. 114.

situación emocional que permitía atenuar la culpabilidad ex § 21 StGB. Pero, pese a la aplicación del homicidio (§ 212.I StGB), se negó a aplicar el tipo atenuado del § 213 StGB. La pena quedó en 2 años de prisión⁸⁶⁰.

Veinte años más tarde, el Tribunal Federal alemán vuelve a conocer un homicidio del tirano familiar (BGHSt 48, 256): confirma la alevosía, calificando como asesinato, en el caso de una mujer gravemente maltratada durante 15 años que mató a su marido mientras dormía⁸⁶¹, niega la legítima defensa y plantea un posible estado de necesidad disculpante. Se considera que concurre alevosía porque *la víctima no tenía motivos para estar desprevenida*, puesto que:

“la acusada había soportado en el pasado sin reacción alguna por su parte todas las humillaciones y malos tratos a los que la había sometido su marido. Estaba fuera de consideración que éste hubiera contado en el momento de irse a dormir con un ataque corporal relevante por parte de su mujer”⁸⁶².

La comparación entre el caso del extorsionador (BGHSt 48, 207)⁸⁶³ y el caso del tirano familiar o doméstico (BGHSt 48, 256) entre los que transcurren apenas seis semanas, produce perplejidad⁸⁶⁴: ¿cómo es posible que el extorsionador debiera esperar una agresión por hacerse con un botín de 5.000 DM (unos 2.500 €) pero no deba esperararlo el sujeto que lleva 15 años torturando a su esposa?

Aún más sorprendente resulta que en el caso del extorsionador se considerara que la agresión seguía siendo actual porque el sujeto aún no había abandonado la casa con el botín y que, sin embargo, en el caso del tirano familiar o doméstico no se aceptara como tal el peligro permanente (*Dauergefahr*) en el que se encontraba la acusada⁸⁶⁵.

Desde mi punto de vista, los hechos no son totalmente equiparables. Si atendemos a los bienes jurídicos en peligro, en el caso del tirano doméstico se trataba de la integridad física y la vida de la mujer y de las dos hijas del matrimonio, mientras que en el caso del

⁸⁶⁰ Según recoge RENGIER (2004), pp. 233 y s., parece ser que el ponente hizo alguna declaración mostrando su desacuerdo.

⁸⁶¹ Vid. en PEÑARANDA (2014), pp. 29 y ss. una completa exposición de los hechos y de los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

⁸⁶² Vid. también RENGIER (2004), pp. 235 y s. No se elimina la alevosía por falta de “aprovechamiento consciente” porque la acusada había reflexionado durante un largo rato.

⁸⁶³ Vid. la comparación entre ambas sentencias en PEÑARANDA (2014), pp. 15-38.

⁸⁶⁴ Vid., por todos, ROXIN (2008), *passim*. En contra H. SCHNEIDER (2015), pp. 868 y s., y QUENTIN, A. (2005); “Kein ‘Heimtückemord’ bei objektiv gegebener Notwehrlage? Zum Urteil des BGH vom 12.2.2003-1StR 403/02”, *NSZ*, pp. 128-133, p. 133, para quienes la alevosía no puede negarse tampoco en el caso del extorsionador (BGHSt 48, 207), porque no aceptan que la desprevenición pueda limitarse con criterios normativos, sino tan solo fácticamente.

⁸⁶⁵ Considera que sí existe este peligro permanente o continuado RENGIER (2004), p. 236, y afirma que ambos casos merecían el mismo tratamiento (p. 237); de la misma opinión es HILLENKAMP (2004), p. 463; de acuerdo con este último, MITSCH, W (2008); “Die Verfassungswidrigkeit des § 211 StGB”, *JZ*, pp. 336-340, p. 337. EBERT (1983); p. 637, comenta el caso de una chica de 15 años que mató a su padrastro (que la tenía tiranizada) golpeándolo con una sartén (BGH NJW 1966, 1823), en el que se aprecia un estado de necesidad disculpante.

extorsionador peligraba el patrimonio (y el medio de vida) del chantajeado. Conforme al parámetro del bien jurídico, considero más grave el peligro en que se hallaba la mujer. Pero el BGH niega alevosía en el primer caso y la afirma en el segundo, por entender que la víctima ni esperaba un ataque ni tenía por qué esperarlo, dado que la autora nunca antes había reaccionado agresivamente a la violencia que se ejercía contra ella. Similares pronunciamientos se encuentran en la jurisprudencia española⁸⁶⁶.

Sin embargo, tampoco la persona chantajeada había reaccionado agresivamente con anterioridad contra el extorsionador. No tiene sentido establecer un deber de estar prevenido en un caso y negarlo a continuación en un supuesto tan similar⁸⁶⁷. No puede exigirse prevención a unas víctimas, pero no a otras, sobre la base de la conducta previa del autor, sino al contrario: *esta exigencia, en caso de haberla, debería proceder de la propia conducta antecedente de la víctima*.

La presencia de alevosía no puede depender de que el peligro constante y persistente al que se enfrentan las víctimas en los supuestos de violencia de género y doméstica graves pueda lugar a una legítima defensa⁸⁶⁸, un estado de necesidad disculpante⁸⁶⁹ o un miedo insuperable⁸⁷⁰.

En todos los casos de homicidio del tirano familiar o doméstico una persona está en peligro a consecuencia de la injerencia dolosa de un tercero en sus bienes jurídicos personalísimos. La posibilidad de acudir a otras soluciones, como marcharse de la casa o pedir ayuda a las autoridades no siempre está tan clara para quien se encuentra en esa situación⁸⁷¹. Además, cuando tales opciones se han ejercido sin éxito con anterioridad, la persona en peligro pierde la confianza en recibir ayuda y acaba entendiendo que debe ser ella quien ponga fin a la situación. Si no puede evitar que la domine, le pegue, la controle, atente contra su libertad sexual y la amenace de muerte a ella y a sus hijos u otros familiares, evidentemente esa mujer no va a enfrentarse de forma abierta a su maltratador⁸⁷².

¿Por qué merece una protección reforzada quien ha lesionado los bienes jurídicos de otra persona hasta el punto de colocarla en situación de matar como única salida?

⁸⁶⁶ Por ejemplo, la STS 174/1981, de 12 de febrero (ponente: Hijas Palacios), en la que un hombre de 75 años, maltratado por su mujer de 49, le dispara por la espalda a menos de un metro de distancia. Se aprecia alevosía y ximiente incompleta de miedo insuperable. Citada también por PEÑARANDA (2014), p. 36.

⁸⁶⁷ En este sentido PEÑARANDA (2014), p. 30.

⁸⁶⁸ En cuyo caso no se aplicaría, por ser incompatibles.

⁸⁶⁹ En este sentido, por todos, ROXIN (2008), p. 756, para quien tal situación no es compatible con la alevosía por faltar la “malicia”, si bien este supuesto elemento de la alevosía es rechazado por otros autores, como SCHMOLLER (1987), pp. 401 y ss.

⁸⁷⁰ De esta opinión, GARCÍA ÁLVAREZ (2014), p. 81, rechazando las otras opciones.

⁸⁷¹ Sobre esta cuestión y, en general sobre aspectos criminológicos del homicidio de la mujer a su pareja o expareja masculina, *vid.* ARROYO ALFONSO (2024), pp. 138-145.

⁸⁷² Sin embargo, como señala OLMEDO CARDENETE, M (2004); “La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en los supuestos en que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor. Tratamiento del llamado *Haustyrann*”, *CPC*, vol. 82, 205-221, p. 213, el hecho de que la mujer volviera con su maltratador después de haberlo abandonado a menudo se vuelve en su contra respecto de la apreciación de la legítima defensa.

La dificultad de apreciar en estos casos un injusto tan grave que justifique la calificación de asesinato constituye uno de los principales argumentos esgrimidos por la doctrina alemana para eliminar la alevosía del catálogo de elementos del asesinato. En este sentido se han manifestado numerosos autores⁸⁷³.

Pese a considerar que debería ser suprimida, ROXIN —en pro de una aplicación más uniforme del derecho en estos casos— propone la siguiente definición de alevosía: “actúa alevosamente quien mata a otro con una dirección de voluntad hostil aprovechando su desprevenición e indefensión, *a menos que el hecho sea resultado de la salvación de la situación de necesidad que pone en peligro la existencia social o física del autor*, conforme a los §§ 32, 34 y 35 StGB”⁸⁷⁴.

Por su parte, GRÜNEWALD tampoco acepta la presencia de alevosía en el *Haustyrannenfall*⁸⁷⁵, de conformidad con su propuesta de reformulación de los delitos de asesinato y homicidio sobre el criterio de la irrupción de la víctima en la esfera jurídicamente garantizada del autor afectando bienes jurídicos de importancia y el autor reacciona a esta injerencia, no necesariamente en el mismo momento.

También MÜSSIG atiende a la conducta de la víctima que, cuando ha irrumpido en la esfera jurídica del autor con un comportamiento ilícito, comparte con este la responsabilidad por el injusto, ubicando esta cuestión en la imputación objetiva, pero con referencias a la dogmática de la legítima defensa y del estado de necesidad⁸⁷⁶.

De la misma forma, PEÑARANDA cuestiona que la alevosía eleve el contenido de injusto, sobre todo en los casos en que el sujeto ataca sorpresivamente “para defenderse (aunque con exceso) o para poder terminar con su sometimiento al abuso de otro a través de su (en general injustificada) muerte”⁸⁷⁷.

Pese a partir de posiciones diferentes, estos autores coinciden en que las situaciones próximas a la legítima defensa y al estado de necesidad disculpante deben excluir la alevosía.

3.2.3.2. Propuesta personal. El doble valor de la protección reforzada como fundamento del asesinato

Desde el punto de vista del fundamento de la alevosía, la protección reforzada se ofrece a la víctima por la especial peligrosidad de la acción llevada a cabo de manera que no conlleve riesgo para el autor que proceda de la defensa del ofendido⁸⁷⁸.

⁸⁷³ Por ejemplo, se propone su supresión en el *AE-Leben*, *vid.* Cap.V.2.2.1.1.

⁸⁷⁴ Cfr. ROXIN (2008), p. 756 y (2010), p. 24. Subrayado añadido.

⁸⁷⁵ Precisamente este caso y la imposibilidad de aplicar asesinato con alevosía en los casos de bebés y otros seres indefensos son los ejemplos con los que rechaza la autora la validez de este elemento del asesinato. *Vid.* GRÜNEWALD (2015), p. 488 y GRÜNEWALD (2016), p. 17.

⁸⁷⁶ *Vid.* Cap.V.3.2.1.1.

⁸⁷⁷ PEÑARANDA RAMOS (2014), p. 275 y s. Cita literal en p. 276.

⁸⁷⁸ *Vid.* Cap.V.3.1.1.2.

En los casos de conflicto continuado, el sujeto mata a la víctima porque sus bienes jurídicos están siendo lesionados —o al menos puestos en peligro— de forma permanente. El peligro que quiere evitar procede, precisamente, de la propia víctima. ¿Cómo puede reprocharle el derecho que la haya matado sin riesgo propio, empleando un medio de comisión más peligroso para la víctima por sus mayores posibilidades de éxito?

Desde mi punto de vista, el fundamento de la alevosía decae en este caso, de la misma manera que quien provoca una agresión ilegítima de un tercero, ve limitada su autorización de defenderse. Sería incoherente excluir la eximente completa de legítima defensa por la “provocación” de quien la alega y, no obstante, mantener la especial protección que otorga la alevosía a quien ha provocado a su victimario con una conducta delictiva y dolosa que afectó gravemente a sus bienes jurídicos personalísimos. Como afirma HERRERA MORENO, este requisito de la legítima defensa “en términos victimológicos, contiene la proscripción de una criminodinamia tan completa como es la de la precipitación de la conducta victimo-precipitante por parte del victimario”⁸⁷⁹.

No se trata de una “penalización” a la víctima por el incumplimiento de una *Obliegenheit*. Tampoco es necesario plantearse si la víctima “debió haber contado” o no con una agresión a la vista de las circunstancias.

Mi propuesta de interpretación restrictiva de la alevosía para estos casos deriva de su propio fundamento de orientación victimológica: el derecho no puede otorgar una protección reforzada al sujeto pasivo basada en el mayor peligro de la acción de matar, si esta ha sido realizada para proteger bienes jurídicos del autor que, con carácter previo, la víctima ha puesto *dolosamente* en peligro. Esto, que es evidente en relación con la legítima defensa, no lo es menos respecto del estado de necesidad disculpante ni del miedo insuperable cuando la situación de necesidad o el origen del miedo se deben a una conducta dolosa previa de la posterior víctima.

En otras palabras: el criterio de orientación a la víctima supone, en la mayoría de los casos, un reforzamiento de la respuesta penal por necesidades especiales de protección. No obstante, cuando es la propia víctima la que ha generado esa necesidad de mayor protección como consecuencia de su conducta dolosa contra el posterior autor, no creo que el derecho deba otorgar esa protección reforzada con carácter general.

En el caso de la alevosía, tal necesidad se deriva de la especial peligrosidad del modo de comisión, que eleva el desvalor de acción. Sin embargo, cuando el medio especialmente peligroso haya sido elegido por el sujeto activo precisamente por el grave peligro en que se encontraban sus bienes jurídicos como consecuencia de los delitos dolosos cometidos contra él por la posterior víctima, el criterio de orientación a la víctima entra en contradicción. Si se protege de forma reforzada a quien maltrata, acosa, extorsiona, etc., frente a la persona a la que maltrata, acosa o extorsiona, se resiente el ideal de justicia.

⁸⁷⁹ HERRERA MORENO (1996), p. 374.

Se debe ser cuidadoso en no presentar a la víctima como si no lo fuera⁸⁸⁰. Pero cuando se rechaza la aplicación de la alevosía a estos casos, no se trata de un menosprecio a la víctima, sino de coherencia con el fundamento de agravación. El modo de comisión merece un mayor reproche penal y con ello una pena agravada, porque es un medio especialmente peligroso que se intenta compensar otorgando una protección reforzada a la víctima. Por eso, cuando es la propia víctima la que ha provocado el empleo de ese medio por el autor, *debido a su conducta delictiva y dolosa previa*, su protección reforzada no se sostiene. Como afirma VARONA GÓMEZ, resulta “una cruel ironía considerar indefenso a quien tiene a otra persona sometida a un reino de terror y agresiones”⁸⁸¹.

3.2.3.3. Recapitulación y perspectivas

En este capítulo se ha colocado a la víctima de asesinato en el centro de análisis de este delito, orientando el fundamento de cada elemento definidor del art. 139.1 CP y de cada agravante específica del art. 140.1 CP a sus mayores necesidades de protección. De esta forma, tanto las agravaciones relativas a las formas de comisión (alevosía), como las que atienden al contexto delictivo (asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, miembro de grupo u organización criminal) y las que se apoyan en móviles u objetivos del autor (precio, recompensa o promesa, para facilitar u ocultar otro delito), se han interpretado en clave victimológica, por el mayor peligro que corre la víctima en todos estos casos, lo que podría justificar su protección reforzada⁸⁸².

Esta orientación debe destacarse respecto de aquellos elementos que habitualmente se fundamentan de acuerdo con otros parámetros. En este sentido, aquí se ha considerado que los móviles del autor no agravan por su especial maldad o peligrosidad, sino en tanto puedan suponer una voluntad más intensa de matar que incremente las posibilidades de lesión del bien jurídico. Por otro lado, el ensañamiento se ha fundamentado en el mayor desvalor de resultado que implica la especial lesión de otro bien jurídico de la víctima, su integridad moral.

Esta protección reforzada conlleva, como contrapartida, tomar en consideración la conducta de la víctima en el acontecer delictivo, porque en muchos casos no es un sujeto neutro, completamente pasivo y casual. Los homicidios entre conocidos, a menudo entre allegados y parientes, constituyen la inmensa mayoría y ya desde antiguo la criminología ha destacado la relevancia causal de la víctima.

¿Cómo valorar en términos penales la contribución de una persona a su propia muerte? Las posibilidades son numerosas y, en su mayoría, esta valoración se hace de forma encubierta. En este sentido, el asesinato con alevosía es probablemente el que más oportunidades ofrece. Por ejemplo, puede utilizarse como medio de prueba negando la sorpresa del ataque, puesto que *no era posible* que la víctima estuviera desprevenida. En

⁸⁸⁰ Cfr. HILLENKAMP (1995), pp. 145 y s.

⁸⁸¹ VARONA GÓMEZ (2021), p. 128.

⁸⁸² *Vid.* Cap.V.3.1.

aquellos casos en que ha quedado probado el desapercibimiento, se puede recurrir a la parte subjetiva, negando que el autor hubiera actuado taimadamente, o de forma traicionera porque no podía esperar que la víctima estuviera desprevenida, dadas las relaciones entre ambos. Pero este modo de proceder genera sentencias contradictorias respecto de hechos similares y puede contribuir a una aplicación sesgada del derecho. Para evitarlo, la conducta de la víctima debe encontrar su sitio en la dogmática de los delitos dolosos.

Una primera propuesta la ofrece la victimodogmática, que se presenta como una forma de interpretar los delitos que exigen de una participación de la víctima, como la estafa y algunos casos de revelación de secretos. Conforme a esta teoría, los ciudadanos tienen un deber de autoprotección que, en caso de incumplir por mera dejadez o imprudencia, puede dar lugar a una menor responsabilidad del autor o incluso a un hecho atípico. Esta tesis no convence por las razones ya vistas y, aún menos, en los delitos contra la vida.

Sin embargo, en la aplicación judicial de la alevosía a veces se aprecian argumentos de carácter victimodogmático. Por ejemplo, cuando se niega su presencia porque la víctima “tenía que haber contado con una agresión”. De aquí parece derivarse un reproche a la víctima por la lesión de un deber de autoprotección, que se aprecia por vía interpretativa. Pero entonces habría que admitir que el autor vea reducida su responsabilidad (de asesinato a homicidio) porque la víctima fue incauta o confiada, y sin embargo, tal deber de autoprotección frente a ataques contra la vida no existe ni puede derivarse de ningún instituto de derecho penal ni de otra figura legal.

Además, de esta manera se califica de asesinato en los casos de personas que nunca antes habían reaccionado al abuso, dado que la víctima no tenía motivos para desconfiar, mientras que se califican de homicidio los supuestos en que el maltratador acaba matando a la víctima.

En un esfuerzo por evitar esta consecuencia, hemos visto como ZORN vincula ese deber o incumbencia de estar prevenido (*Obliegenheit*) con la comisión de un delito doloso o imprudente previamente cometido contra el autor, que ha resultado como desencadenante de la agresión mortal. Pero, pese a ser una propuesta muy perfilada, persiste la crítica de que tal deber de autoprotección no se vincula necesariamente con la alevosía, en la medida en que se trata de un elemento que se apoya en la forma de comisión elegida por el autor.

La conducta de la víctima acaba valorándose, en el caso concreto, para reducir la pena (HILLENKAMP, HÖRNLE) e incluso para la creación de causas de atenuación suprallegales (*Rechtsfolgenlösung*) o para otras estrategias más o menos cuestionables (negar en algunos casos que exista prueba suficiente de actuar alevoso y afirmarla en otros que son muy similares si no prácticamente iguales).

No comparto que esa valoración deba hacerse, sin control, en el ámbito de la medición de la pena, sino que, metodológicamente, creo que es más correcto ubicar esta cuestión en la interpretación de los tipos penales. Que ello se haga conforme a una ampliación de los criterios de imputación objetiva o que se recurra a una interpretación sistemática que combine la fundamentación del tipo en coherencia con otras institu-

ciones penales, es harina de otro costal. En cualquier caso, me parece mejor opción que la de recurrir a elementos subjetivos que no existen en el tipo (por ejemplo, elementos de la actitud interna (sadismo en el ensañamiento, malicia o actitudes traicioneras en la alevosía, o determinada “consciencia” del aprovechamiento o de la expresión de sentido que contiene la norma).

En cualquier caso, no existe una *Obliegenheit* de autoprotección, ni tampoco de estar prevenido frente al ataque de terceros, *pero sí que existe una obligación legal* muy clara, *de no cometer delitos contra otras personas ni colocarlas dolosamente en situación de peligro*. Desde mi punto de vista, la contribución de la víctima puede valorarse en la alevosía de acuerdo con su fundamentación, como protección reforzada de la víctima frente a determinada forma de comisión especialmente exitosa. En aquellos casos en que la necesidad de protección ha sido generada por la propia víctima a causa de la comisión de un delito doloso que atenta contra bienes jurídicos personalísimos del autor, el derecho no debe seguir manteniendo esa protección reforzada. *De mantenerse esta protección, el criterio de orientación a la víctima entraría en contradicción interna*.

No se trata de hacer una valoración global en torno a si la víctima *merece* o no la protección reforzada que encarna la alevosía. La propuesta que aquí se defiende en relación con el asesinato alevoso se apoya en un principio rector objetivo —la orientación a la víctima, concretada en la necesidad de su protección reforzada— y ofrece un criterio delimitado para excluir la alevosía: la comisión de un delito precedente contra bienes jurídicos personalísimos de la víctima sobre el posterior autor y que por ello se encuentre en situación de peligro.

No basta, por tanto, con cualquier ofensa, sino que el sujeto pasivo del homicidio ha debido cometer un delito doloso contra bienes jurídicos personalísimos que haya colocado en una situación de peligro al posterior autor. Esta situación de peligro no tiene por qué ser necesariamente actual, pero sí debe ser actualizable, de tal manera que la muerte de la víctima aparezca como una solución racional para la superación del peligro. En esos casos no concurrirá alevosía, con independencia de la causa de exención o de atenuación de la pena que pudiera apreciarse, puesto que *la negación de la alevosía se apoyaría en lo inadecuado de aplicar la protección reforzada de la víctima cuando ha sido ella misma la que ha provocado esa situación por su comportamiento previo contra el autor, en los términos señalados*.

En definitiva, mi propuesta se concreta en una restricción teleológica de la alevosía en casos de contribución de la víctima con relevancia en la configuración de su propia muerte por la injerencia en los bienes jurídicos del autor en los casos de conflicto puntual o continuado (tiranía familiar, chantaje, amenazas graves, secuestro, etc.)

En la medida en que el principio de orientación a la víctima se ha empleado en la fundamentación del resto de elementos y agravantes específicas del asesinato, cabe la posibilidad de llegar a interpretaciones restrictivas en relación con éstas en atención a la contribución de la víctima en los términos expresados respecto de la alevosía.

Así, por ejemplo, en el asesinato cometido por quien pertenece a un grupo u organización criminal, podría restringirse la aplicación de esta agravante específica a los

homicidios o asesinatos cometidos contra personas ajenas al grupo u organización, pues la especial protección no abarcaría los casos en que es la propia víctima la que incrementa —potencialmente— el peligro contra sus bienes jurídicos personalísimos al integrarse por voluntad propia en un contexto delictivo organizado⁸⁸³. Mientras que, en el caso del asesinato de cobertura, quizás podría valorarse la propia participación de la víctima respecto del delito cometido que se quiere ocultar o incluso el hecho de haber generado la propia motivación del autor, al amenazar con la delación en un contexto de chantaje.

En un sentido más amplio, podría tenerse en cuenta también la orientación a la víctima para evitar la aplicación de la agravante específica de especial vulnerabilidad, cuando tanto la víctima como el autor son personas vulnerables por ser menores de 16 años, o por razón de edad, enfermedad o situación⁸⁸⁴.

Estos ejemplos son tan solo una muestra de las posibilidades que ofrece el criterio de orientación a la víctima en su doble versión de necesidad de protección de la víctima y de valoración de su contribución al delito.

⁸⁸³ *Vid.*, el voto particular de Hernández García a la STS 821/2022, de 17 de octubre (ponente: Marchena Colombo): la especial protección no abarcaría los casos en que es la propia víctima la que incrementa —potencialmente— el peligro contra sus bienes jurídicos personalísimos al integrarse por voluntad propia en un contexto delictivo organizado.

⁸⁸⁴ En el sentido expresado por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2019a), p. 160: “Piénsese en la muerte de un residente en un geriátrico a manos de otro interno, o de un discapacitado por parte de otro”.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, M (2017); “El modelo de la pena privativa de libertad ‘de por vida’ (cadena perpetua) en Alemania”, en DE LEÓN VILLABA (Dir)/LÓPEZ LORCA (Coord) *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 517-564.
- Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-13, 57a StGB)* (2015), dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf;jsessionid=E7ECA5C2BD7A464DDFD4EB7A4230D806.2_cid334?__blob=publicationFile&v=2
- ACALE SÁNCHEZ, M (2017), “El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina”, *Papers*, 102/2, <http://dx.doi.org/10.5565/rev/papers.2337>
- ACALE SÁNCHEZ, M (2018), “Política criminal falseada y medios de comunicación”, en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, diciembre 24/2018, pp. 134-148.
- AIZPURÚA GONZÁLEZ/FERNÁNDEZ MOLINA (2016); “Opinión pública hacia el castigo de los delincuentes: La importancia del delito cometido”, *Boletín Criminológico*, Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, Málaga, Artículo 1/2016, enero-febrero (nº 161).
- ALBRECHT, P-A (1982); “Das Dilemma der Leitprinzipien auf der Tatbestandsseite des Mordparagraphen”, *JZ*, pp. 697-706.
- ALONSO ÁLAMO, M. (1981); *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2012); “Sentimientos y Derecho penal”, *CPC* núm. 106, pp. 35-95
- ALONSO ÁLAMO, M (2015a); *El ensañamiento*, Comares, Granada.
- ALONSO ÁLAMO, M (2015b); “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, *CPC* nº. 117, pp. 5 a 49.
- ALONSO ÁLAMO, M (2021); “Prólogo”, en MATEOS BUSTAMANTE, J. (2021); *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del art. 22.1 del Código Penal*, Reus, Madrid.

- ALONSO ÁLAMO, M (2023); “¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial A propósito de la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS: 2022:2351)”, *RECPC* 25-r1
- ALONSO DE ESCAMILLA, A (2018); “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio”, en LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Dykinson, pp. 1-34.
- ALTÉS MARTÍ, M.A. (1982); *La alevosía (estudio de determinados aspectos de la Agravante del nº 1 del art. 10 del Código Penal)*, Universidad de Valencia, Servicio de Publicaciones.
- ALVARADO PLANAS, J (2017); “La Ilustración y la humanización del Derecho penal”, en ALVARADO PLANAS/MARTORELL LINARES (Coord.), *Historia del castigo en la Edad Contemporánea*, Dykinson, Madrid, pp. 19-41.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (1978); “Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P. de 1822”, *CPC* núm. 5, pp. 229-235.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (2013); “Las prioridades de la justicia criminal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, (Dir)/ DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord); *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25 a 47.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (2024); “Asesinato”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir)/VENTURA PÜSCHEL (Coord), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia pp. 139-214.
- ÁLVAREZ GARCÍA, J/VENTURA PÜSCHEL, A (2015); “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 Y 140 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 313 a 332.
- ÁLVAREZ POSADILLA, J (1802); *Práctica criminal por principios; o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de la justicia. Tomo tercero: contiene el Tratado de Delitos y sus penas según la Legislación de España*, Valladolid.
- AMBOS, K (2020), *Derecho penal nacionalsocialista. Continuidad y radicalización*, (trad. BEGUELÍN/DÍAS), Tirant lo Blanc, Valencia.
- AMOR Y NEVEIRO, C (1922); “La circunstancia agravante de precio en los delitos y faltas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 140, pp. 341-520.
- ANARTE BORRALLA, E (2002); *Causalidad e imputación objetiva. Estructura, Relaciones y Perspectivas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva.
- ANARTE BORRALLA, E (1999); “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C/ANARTE BORRALLA, E, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, pp. 13-57.
- ANTÓN MELLÓN, J/ÁLVAREZ, G/ROTHSTEIN, PA (2015), “Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión”, en *Revista Crítica Penal y Poder*,

- nº 9, marzo, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, pp. 32-61.
- ANTÓN-MELLÓN, J./ÁLVAREZ, G./ROTHSTEIN, P.A. (2017); “Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas”, *Revista Española de Ciencia Política*, 43, 13-36.
- ANTÓN MELLÓN, J./ANTÓN CARBONELL, E. (2017), “Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, I Época, Vol. 12, pp. 133-150.
- ANTÓN ONECA, J (1949); *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Madrid.
- ANTÓN ONECA, J (1965a); “Historia del Código Penal de 1822”, *ADPCP*, pp. 263-278.
- ANTÓN ONECA, J (1965b); “El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, *ADPCP*, pp. 473-495.
- ANTÓN ONECA, J. (1970); “El Código Penal de 1870”, *ADPCP*, pp. 229-251.
- ANTÓN ONECA, J (1972); “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español”, *ADPCP*, T. XXV, pp. 249-288.
- ARIAS EIBE, M.J (2005) “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *RECPC*, núm. 07-03.
- ARROYO ALFONSO, M.S. (2024); “La orientación a la víctima en el delito de asesinato”, tesis doctoral, Universidad de Huelva, accesible en abierto en el repositorio Arias Montano: <https://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/23955>
- ARROYO ZAPATERO, L (2014); “Opinión pública y castigo en España. La manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales”, en *Securitarismo y derecho penal: por un derecho penal humanista*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 241-255.
- ARZT, G (1971); „Die Delikte gegen das Leben“, *ZStW* 83, pp. 1-38.
- ARZT, G (1979); “Die Einschränkung des Mordtatbestandes”, *JR*, pp. 7 a 12.
- ATIENZA/JUANATEY DORADO (2022); “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable”, *Diario La Ley*, Nº 10017, 24 de Febrero de 2022.
- BACIGALUPO ZAPATER (1994), *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Akal, Madrid.
- BARBERET HAVICAN, R. (1999); “La investigación criminológica y la política criminal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, Escuela Judicial, CGPJ, 1999, pp. 41-69.
- BARÓ PAZOS, J (2013); “El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, *AHDE*, tomo LXXXIII, pp. 105-138.
- BARQUÍN SANZ, J. (2018); “Retos de la justicia penal: avance de un diagnóstico”, en SUÁREZ LÓPEZ ET AL (Coord)/ *Estudios jurídico-penales y criminológicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. HC. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Vol. I., pp. 27-52.
- BECK, M. (2016); “Die Heimtücke -ein unzeitgemäßes und moralisierendes Mordmerkmal. Unter Berücksichtigung des Abschlussberichts der von Justizminister Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission”, *ZIS* 1/2016, pp. 10-18.

- BERNALDO DE QUIRÓS, C (1906); *Criminología de los delitos de sangre en España*, Madrid.
- BLANCO CORDERO, I (2023); “La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad”, en MOYA GUILLEM (Dir)/BONSIGNORE FOUQUET (Coord) (2023) *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 121-160.
- BLANCO LOZANO, I. (2020); “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, en PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO (Dir), *La integración social de la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 507-545.
- BOIX REIG, J. (1978); “Comentario al Proyecto de Ley sobre abolición de la pena de muerte en el Código Penal”, en *CPC*, núm. 5, pp. 207-212.
- BONET ESTEVA, M (1999); *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del injusto)*, McGraw Hill, Madrid.
- BORJA JIMÉNEZ, E (2012); “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, *RGDP*, núm.18.
- BUSCH, (1957); “Über die vorzätzliche Tötung”, en *Festschrift für Theodor Rittler*, Innsbruck, pp. 287 a 296.
- CADENA SERRANO, F.A (2015); “Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el código penal por ley orgánica 1/2015”, ponencia accesible en www.fiscal.es
- CALLEJO HERNANZ, G.M/MARTÍNEZ PATÓN, V (Coords.) (2022); Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario, BOE, Madrid.
- CAMAN/KRISTIANSSON/GRANATH/STURUP (2017); “Trends in rates and characteristics of intimate partner homicides between 1990 and 2013”, *Journal of Criminal Justice*, Volume 49, March–April 2017, pp. 14-21.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, C (1953); *La alevosía*, Barcelona, 1953.
- CANCIO MELIÁ, M. (2013); “La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, Nº 8175.
- CANCIO MELIÁ, M (2022); *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 3ª ed., B de f, Buenos Aires.
- CAÑIZARES NAVARRO, J.B. (2013); “El Código Penal de 1822: sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico (desde el s. XX)”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 10 (2013), pp. 109-136.
- CARBONELL MATEU, J.C. (2015); “Prisión permanente revisable I (Arts. 33 y 35), en GONZÁLEZ CUSSAC, (Dir), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 211-221.
- CARBONELL MATEU, J.C. (2022a); “Homicidio y sus formas (I): Homicidio”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 49-68.

- CARBONELL MATEU, J.C. (2022b); “Homicidio y sus formas (II): asesinato” en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord), *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 69-84.
- CARRARA, F. (1863), *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*. Vol. V, núm. 3, 1985, traducción de J.J. Ortega Torres y J. Guerrero, 5ª ed. Bogotá.
- CASABÓ RUIZ, J.R (1969); “Los orígenes de la codificación penal en España”, *ADPCP*, Fasc.2, pp. 313-342.
- CASABÓ RUIZ, J.R (1979); “La aplicación del Código Penal de 1822”, *ADPCP*, pp. 333-344.
- CASALS FERNÁNDEZ, A (2019); “La ejecución penitenciaria de la pena de prisión permanente revisable”, *ADPCP*, VOL. LXXII, pp., 669-699.
- CASALS FERNÁNDEZ, A. (2021); «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable», *La Ley*, núm. 153.
- CASTELLÓ NICÁS, N. (1998); “El asesinato y sus circunstancias”, *CPC*, 64, pp. 5-34.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. (2000); *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Tirant lo Blanc, Valencia.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I (2010); *El protagonismo de las víctimas en la elaboración y reforma de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. (2019); “La victimología como ciencia”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coord)/CEREZO DOMÍNGUEZ/GÓMEZ GUTIÉRREZ (2019); *Introducción a la victimología*, Síntesis, Madrid, pp. 13-45.
- CEREZO MIR, J (1996); “El delito como acción culpable”, *ADPCP* Fasc. I, pp. 9 a 42.
- CEREZO MIR, J (1998), *Curso de Derecho penal español. Parte General/I*, 5ª ed., Tecnos, Madrid.
- CEREZO MIR, J (1999); *Curso de Derecho penal español. Parte General/II*, 6ª ed., Tecnos, Madrid.
- CERVELLÓ DONDERIS, V (2015); *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CGPJ (2013), *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.
- COBO DEL ROSAL, M. (1968) Consideraciones sobre las atenuantes de “arrebato y obcecación” y “provocación y amenaza adecuada”, en *Anales de la Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho*, 1967-68, pp. 71-93.
- COBO DEL ROSAL PÉREZ, G. (2010); “Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código Penal de 1928: tres códigos penales entre 1931-1932”, *Revista de las Cortes Generales*, Nº 80, pp. 181-221.
- COBO DEL ROSAL PÉREZ, G. (2012); “El proceso de elaboración del Código Penal de 1928”, *AHDE*, T. LXXXII, pp. 561-602.
- COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU (1989); “El delito de asesinato. Consideraciones sobre el delito de asesinato, en *VVAA Estudios penales. Libro Homenaje al Profesor Fernández Albor*, pp. 191-209.

- COLOMO IRAOLA, H (2022); “La pena interminable: una reflexión crítica sobre la prisión permanente revisable a propósito de la STC 169/2021, de 6 de octubre”, *RDPC*, nº 28, pp. 13-57.
- CORREA FLÓREZ, M.C. (2016); *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.
- CUELLO CONTRERAS, J/MAPELLI CAFFARENA, B (2015); *Curso de Derecho penal. Parte General.*, 3ª ed., Tecnos, Madrid.
- CUENCA GARCÍA, M. J (2016); “Problemas interpretativos y de *non bis in idem* suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”, *CPC*, núm. 118, 2016, pp. 115-149.
- CUERDA RIEZU, A (2001), “Los medios de comunicación y el derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, pp. 187-207.
- CUESTA SÁNCHEZ, M. (2007); “Alevosía. Una visión práctica”, *Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia pp.1-16.
- DAHLM, G. (1942), „Todesstrafe und Tötungstyp nach der Strafgesetznovelle vom 4. Sept. 1941“, *DR*, pp. 401-406.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A (2013); “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, *RDPC*, 3ª Época, nº X, pp. 65-114.
- DECKERS, R. (2015), “Zum Heimtückemerkmal des § 211 StGB”, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-13, 57a StGB, dem Bundesminister der Justiz unfür Verbraucherschutz Heiko Maas*, 2015, pp. 443-450.
- DE BENITO FRAILE, E (2008); “Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822”, *Foro, Nueva época*, núm. 8/2008, pp. 41-68.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2022); “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *Revista Penal*, nº 50, pp. 64-90.
- DEVÍS MATAMOROS, A (2023); “Crónica de una confusión anunciada: tratamiento jurisprudencial del asesinato de personas especialmente vulnerables”, *La Ley Penal*, Nº 160, enero.
- DE LEÓN VILLALBA, F.J. (2016); “Prisión permanente revisable y derechos humanos”, en ARROYO/PÉREZ/LASCURAÍN (Edit), RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.) (2016), *Contra la cadena perpetua*, Estudios de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 91-113.
- DE SOUZA DE ALMEIDA, D. (2020); “Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático”, *Revista Penal*, nº 45, pp. 194-213.
- DE VICENTE REMESAL, J (1997); “La consideración de la víctima a través de la reparación del daño”, en SILVA SÁNCHEZ (ed) *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, pp. 173-206.

- DEL ROSAL, J (1948a); “Estimación de la teoría del “tipo de autor” en la legislación española”, *ADPCP*, pp. 38-60.
- DEL ROSAL, J. (1948b); “Sobre alevosía, atenuante de miedo insuperable y premeditación en el asesinato”, *ADPCP*, pp. 527-540 y en *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid 1961, pp. 165-178.
- DEL ROSAL, J/COBO DEL ROSAL, M/RODRÍGUEZ MOURULLO, G (1962), *Derecho penal español (Parte Especial), Delitos contra las personas*, Madrid, 1962.
- DEL ROSAL BLASCO, B (1993); “Los delitos contra la vida en el Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, pp. 947-960.
- DEL ROSAL BLASCO, B (1999), “La alevosía en el Código Penal de 1995”, en *Manuales de formación continuada*, CGPJ, nº 3, 1999, pp. 271-298.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2015); “Del homicidio y sus formas (I) y (II)”, en MORILLAS CUEVAS (Dir) *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 1-45.
- DELGADO MARTÍN, J (2007); “La victimización reiterada de personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el proceso penal”, en GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J.P. (Dir) *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 15-95.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L (1979); “La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia”, *ADPCP* Fasc. I, pp. 93-140.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L (1993); “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992”, *La Ley*, 1993-2, pp. 899-909.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L (2001); “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *AP*, I-2001, marg. 1-22.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2003); *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L (2004); “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Jueces para la Democracia*, 2004, pp. 25 a 42, publicado también en *RECPC* 06-03 (2004).
- DÍEZ RIPOLLÉS/CEREZO DOMÍNGUEZ/BENÍTEZ JIMÉNEZ (2017), *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014). Su efectividad, eficacia y eficiencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L (1997), *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2000) “La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995”, *RdPP*, Aranzadi, núm. 4, pp. 61-91.
- DOVA, M (2018); “Defenderse del tirano doméstico: problemas y perspectivas”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 3.
- EBERT, U (1983); “Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?”, *JZ*, nº 17, pp.633- 643.
- ENGISCH, K (1955); “Zum Begriff des Mordes (Bemerkungen zu dem Urteil des BGH von 14.10.1954 -4St R 362/54)”, *GA*, pp. 161 a 167, p. 166.

- ESER, A./KOCH, H-G (1980); „Die vorsätzlichen Tötungstatbestände. Eine reformpolitisch-rechtsvergleichende Struktur-und Kriterienanalyse“, *ZStW* 92, pp. 491-560.
- ESER, A (1980); „Empfiehl es sich, die Strattabestände des Mordes, des Totschlags und der Kindertötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?“, en *Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages*, Band. I, Gutachten D, München.
- ESER, A/STERNBERG-LIEBEN, D (2019); „§ 211 Mord“, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., C.H.Beck, München, pp. 2096-2119.
- ESQUINAS VALVERDE, P (2021); „La regulación del homicidio doloso y el asesinato tras la reforma del CP por LO 1/2015: análisis de su aplicación en la jurisprudencia más reciente“, *LA LEY Penal* nº 149.
- ESQUINAS VALVERDE, P (2022); „El homicidio y sus formas“, en MARÍN DE ESPINOSA (Dir)/ESQUINAS VALVERDE (Coord), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 51-70.
- EXNER, T/REMMERS, E.(2011); „Viktimodogmatik durch die Hintertür der Heimtücke i.S.d. § 211 StGB?“, *ZIS* 1/2011, pp. 15-22.
- FELIP I SABORIT, D (2019); „El homicidio y sus formas“, en *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, (Dir. Silva Sánchez), 6ª ed., Atelier, Barcelona, pp. 27-56.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A (1964); *Homicidio y asesinato*, Madrid.
- FERNÁNDEZ CRUZ, J.A. (2023); „¿Cuándo podemos calificar una medida penal como populista? Una propuesta metodológica.“, en MUÑOZ SÁNCHEZ/GARCÍA PÉREZ/CEREZO DOMÍNGUEZ/GARCÍA ESPAÑA (Dir.) en *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje Al Profesor José Luis Díez Ripollés*, pp. 201-212.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G (2019a); „Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable“, *Revista Penal*, núm. 44, pp. 42-60.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G. (2019b); „Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo“, *Misión Jurídica. Revista de derecho y ciencias sociales*, nº 16, pp. 163-195.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2013); „Riesgo de feminicidio de género en situaciones de ruptura de la relación de pareja“, *EPCr*, vol. XXXIII, pp. 149-173.
- FERRAJOLI, L. (2006); „Criminalidad y globalización“ (trad. M. Carbonell), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril, pp. 301 a 316.
- CONSEJO FISCAL (2013); *Informe del Consejo Fiscal, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del código penal*, de 8 de enero de 2013.
- FIESTAS LOZA, A (1978); „Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822“, *Revista de Historia del Derecho*, vol. 2, núm.1, pp. 57-77.
- FIGUEROA NAVARRO, M.C (2000); „El proceso de formación de nuestra legislación penal“, *ADPCP*, vol. LXXX, 2000, pp. 327-342.

- FRISCH, W (2021); “Sobre el papel de la víctima en la dogmática del delito”, (trad. CANCIO MELIÁ) en POZUELO/RODRÍGUEZ (Coord); *El papel de la víctima en el Derecho penal*, BOE, Madrid, pp. 97-135.
- FROMMEL, M (1980); „Die bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941“, *JZ*, pp. 559-564.
- FROMMEL, M (1982); „Die Rechtsfolgenlösung des BGH bei Mord“, *StV*, pp. 533-539.
- FROMMEL, M (1987); “Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.11.1985 - 3 StR 273/85 (LG Wuppertal)”, *StV* núm.7, pp. 291 a 295.
- FUENTES OSORIO, J.L (2005); “Los medios de comunicación y el derecho penal”, *RECPC*, núm. 07-16, p. 16:1-16:51.
- GALLEGO MARTÍNEZ, V (2019); “Dogmática penal y jurídica sobre la alevosía. De la alevosía convivencial a la perspectiva de género”, comunicación presentada al *XIX Seminario interuniversitario de Filosofía del derecho y Derecho penal*, Universidad de León, de 2 a 6 de julio, disponible en <https://ficip.es>
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2014); *La víctima en el Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P (2022); “La repercusión de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), en la protección reforzada de los menores de edad en el código penal”, *RGDP* núm.37.
- GARCÍA ARÁN, M. (2008); “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.85 a 113.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J (1962); “Traición y alevosía en la Alta Edad Media”, *AHDE*, Madrid, 1962, pp. 323-345.
- GARCÍA PABLOS, A (1989) Hacia una “redefinición” del “rol” de la víctima en la criminología y en el sistema legal, en *Estudios Penales en memoria del Profesor A. Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989*, pp. 307-328.
- GARCÍA PABLOS, A (2014); *Tratado de Criminología* 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA PÉREZ, O (2018); “La legitimidad de la prisión permanente revisable a la vista del estándar europeo y nacional”, *EPCr*, vol. XXXVIII, pp. 409-459.
- GARCÍA RIVAS, N. (2017), “Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable”, *RGDP* núm. 28.
- GARCÍA VALDÉS, C (2012); “La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias”, *AHDE*, tomo LXXXII, 2012, pp. 37-66.
- GARCÍA VALDÉS, C (2021); “La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa”, en PÉREZ MACHÍO, A.I/DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (DIRS), *Contra la política criminal de la tolerancia cero. Libro-homenaje al Prof. Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Cizur Menor, Navarra, pp. 353-365.

- GARROCHO SALCEDO, A.M. (2024); “El asesinato de personas constitucionalmente indefensas: una propuesta para una interpretación razonable del asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1ª del Código Penal español”, *REDPC*, 26-06, pp. 1-28.
- GEILEN, G (1997); „Provokation als Privilegierungsgrund der Tötung?. Kritische Betrachtungen zu § 213 StGB“, en *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1977, pp. 357-388.
- GIL Y GIL, A. (2016); “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *inDret* 4/2016, pp. 1-39.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1990); “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato”, *ADPCP* Tomo XLIII, pp. 421-441.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2009); “La reforma del código penal”, en *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, disponible en www.laley.es
- GLATZEL, J (1987); *Mord und Totschlag. Tötungshandlungen als Beziehungsdelikte. Eine Auswertung psychiatrischer Gutachten*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg.
- GÓMEZ DE MAYA, J (2008); “El Código Penal de Don Carlos VII”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, número 16, pp. 85-139.
- GÓMEZ HERNÁNDEZ, J.V (1994); “El delito de asesinato en el Proyecto de código Penal de 1992”, *Tapia*, enero-febrero de 1994, pp. 21-24.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2007); *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GÓMEZ RIVERO, C. (2000); “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal”, *RdPP*, Aranzadi, núm. 4, pp. 35-59.
- GÓMEZ RIVERO, M.C (2014); “Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?”, *CPC*, Número 113, II, Época II, septiembre 2014, pp. 105-158.
- GÓMEZ RIVERO, M.C. (2015); *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, Vol. I, 2ª ed., Tecnos, Madrid.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L. (2018); “Perfiles de víctima y agresor en violencia de género: implicaciones para la valoración del riesgo. Presentación del último estudio de casos sobre homicidios de violencia de género”, *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 14, pp. 219-245.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L./SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F./LÓPEZ OSSORIO, J.J./SANTOS HERMOSO, J/ CERECEDA FERNÁNDEZ ORUÑA, J (Coord) (2018); *Informe sobre el homicidio. España. 2010-2012*. Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, Gabinete de Coordinación y Estudios. Ministerio del Interior. Gobierno de España. Madrid.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (1992); “Paradojas del Caso Amedo”, en *Poder Judicial*, núm. 27, pp. 39-54.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2015); “Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología”, *Teoría & Derecho*, nº 17, pp. 168-177.

- GONZÁLEZ/GARRIDO/LÓPEZ/MUÑOZ/ARRIBAS/CARBAJOSA/BALLANO (2018); “Revisión pormenorizada de homicidios de mujeres en las relaciones de pareja en España”, *APJ*, vol. 28. Núm. 1, pp. 28-38.
- GRACIA MARTÍN, L./VIZCUETA FERNÁNDEZ, J. (2007); *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GRECO L. (2012); “Asesinatos por honor en el derecho penal alemán”, en ELÓSEGUI ITXASO (Coord.), *La neutralidad del estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 227-251.
- GROIZARD, A. (1893); *El Código Penal de 1870*, Tomo IV, Salamanca.
- GRÜNEWALD, A (2010); *Das Vorsätzliche Tötungsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- GRÜNEWALD, A (2015); „Die vorsätzlichen Tötungsdelikte“, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-13, 57a StGB)*, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas.
- GRÜNEWALD, A (2016) *Reform der Tötungsdelikte, Playdöyer für ein Privilegierungskonzept*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- GRUPO DE EXPERTOS/AS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ (2018), *Análisis de las sentencias dictadas en el año 2016, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o expareja y de menores a manos de sus progenitores*, disponible en www.poderjudicial.es
- GÜNTHER, H-L (1982); “Lebenslang für ‘heimtückischen Mord’?”, *NJW*, pp. 353-358.
- GÜNTHER, H-L (1985); “Mordunrechtsmindernde Rechtsfertigungselemente. Ein Beitrag zur Konkretisierung unverhältnismäßiger Grenzfälle des § 211 StGB”, *JR*.
- HAAS, V. (2016); „Zur Notwendigkeit einer Reform der Tötungsdelikte. Zugleich eine kritische Würdigung des Abschlussberichts der Expertengruppe“, *ZStW*, 128 (2), pp. 316-369, p. 321.
- HARDWIG, W (1956); “Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht,” en *ZStW* 68, pp. 14 a 40.
- HASSEMER, W. (1971); “Die Mordmerkmale, ins besondere “heimtückisch” und “niedrige Beweggründe” -BGHSt 23, 119”, *JuS* 12/1971, pp. 626 y ss.
- HASSEMER, W (1983); “Zur Prüfungsreihenfolge bei Heimtückemord”, *JZ*, nº 23/24, pp. 967-969.
- HASSEMER, W. (1990); “Consideraciones sobre la víctima del delito”, (trad. CANTARERO BANDRÉS), *ADPCP*, tomo XLIII, fasc. 1, pp. 241-259.
- HASSEMER, W/MUÑOZ CONDE, F (2012), *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HAVA GARCÍA, E (2023); “Un estudio descriptivo de los homicidios y asesinatos enjuiciados por el tribunal supremo entre 2017 y 2021”, *REIC*, Volumen 21 (1), e751.
- HEINE/HÖPFEL/HUBER/JUNG/LAUTENSCHLÄGER/LILIE/MEIER/RENGIER/RIKLIN/ROLLINSKI/RADTKE/RIESS/ROXIN/SCHÖCH/SCHREIBER/SCHÜLER-SPRINGORUM/VERREL (2008); *„AE-Leben 2008. Alternativ-entwurf Leben (AE-Leben), Entwurf eines*

- Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer“, *GA*, Vol., pp. 193-280.
- HERNÁNDEZ HIDALGO, P. (2015); “Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático”, *RECPC* 17-05.
- HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, N (2017); “El discurso protector de las víctimas menores de edad. Populismo punitivo en España y Colombia”, *Revista Criminalidad*, 59 (I), pp. 117-127.
- HERRERA MORENO, M (1996); *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid.
- HERRERO HERRERO, C. (2011), *Fenomenología criminal y criminología comparada*, Dykinson, Madrid.
- HERRERO HERRERO, C (2017); *Criminología, Parte general y especial*, 4ª ed., Dykinson, Madrid.
- HILLENKAMP, T. (1995); “In tyrannos-viktimodogmatische Bemerkungen zur Tötung des Familientyrannen”, *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 141-158.
- HILLENKAMP, T. (2004); “Zum Heintückemord in Rechtsfertigungslagen”, en ROGALL/PUPPE/STEIN/WOLTER (eds), *Festschrift für Hans Joachim Rudolph zum 70 Geburtstag*, pp. 463-481, Wolters Kluwer, Neuwied.
- HILLENKAMP, T (2017); Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? – Eine Zwischenbilanz zur „viktimologischen Maxime“ als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessungsprinzip, *ZStW* 129(3), pp. 596-628.
- HIRSCH, H-J. (2011); „Zum aktuellen Stand der Diskussion über die Reform der Tötungsdelikte“, en FISCHER/BERNSMANN (Hgrs), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25 Januar, 2011*, De Gruyter, Berlin, New York, pp. 219-238.
- HÖRNLE, T (2006); “Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht”, *JZ*, 19/2006, pp. 950-958.
- HÖRNLE, (2012); T.; “Subsidiariedad como principio delimitador. Autoprotección”, (Trad. MONTANER FERNÁNDEZ) en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. alemana), ROBLES PLANAS (ed. española), 2012, Atelier, pp. 87 a 100.
- HOYER, A (2019); „Vorsätzliche Tötung“ en MAURACH/SCHOEDER/MAIWALD/ HOYER/ MOMSEN; *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1. Persönlichkeits- und Vermögenswerte*; 11. Aufl. C. F. Müller, Heidelberg.
- HÖYNCK, T/ BEHNSEN, M/ HAUG, M. (2014); „Der Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben) Überlegungen zur Frage der Folgen des Entwurfs für Nahraumtötungen am Beispiel von Tötungsdelikten an Kindern?“ *ZIS* 3/2014, pp. 102-122.
- IGNOR, A. (2015); „Stellungnahme zum Referat von Schneider “Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda”, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-*

- 13, 57a StGB) (2015), dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, pp. 524- 528.
- JAKOBS, G (1997); *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., traducida por CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid.
- JARAMILLO GARCÍA, A (1929): *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Vol. II, Libros II y III, Salamanca.
- JAVATO MARTÍN, A.M (2021); “Protección penal de las personas mayores”, *AFDUAM* 25 (2021), pp. 321-348.
- JESCHECK, H-H (1957); “Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 22.9.1956-GSSt 1/56”, *JZ*, pp. 385-388.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L/ANTÓN ONECA, J. (1929); *Derecho penal conforme al Código de 1928, II, Parte Especial*, Madrid.
- JORGE BARREIRO, A. (1997); en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir) *Comentarios al Código Penal*, Madrid.
- JUANATEY DORADO, (2012); “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, *ADPCP*, Vol. XV, pp. 127-153.
- JUANATEY DORADO, C. (2016a); “Homicidio”, en BOIX REIG (Dir) *Derecho penal. Parte Especial*, Vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, pp. 17-44.
- JUANATEY DORADO, C. (2016b); “Asesinato”, en BOIX REIG (Dir) *Derecho penal. Parte Especial*, Vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, pp. 45-70.
- JULIÁN PEREDA, S.J. (1951); “El uxoricidio”, *ADPCP*, tomo 4, fasc. 3, pp. 518-545.
- KAISER, G. (1988); *Introducción a la criminología*, 7ª ed. (Trad. J.A. RODRÍGUEZ NÚÑEZ), Dykinson, Madrid.
- KELKER, B (2007); *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.
- KINDHÄUSER/SCHRAMM (2020); *Strafrecht. Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Saat und Gesellschaft*, 9 Aufl.
- KINZIG, J, (2014), “Die Zukunft der lebenslangen Freiheitsstrafe”, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-13, 57a StGB)*, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, 2015, pp. 529-591.
- KÖHNE, M. (2014); „Die Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte: Warum ist sie bisher gescheitert und wie könnte sie aussehen?“, *Kritische Justiz*, 2014, Vol. 47, N° 3, pp. 283-297.
- HORSTKOTTE, H.W (1967); *Die verwerfliche Gesinnung, ein Begriffsmerkmal des Mordes?*, Hamburgo.
- KOSLOWSKI, R (1999); *Die Kriminologie der Tötungsdelikte*, Peter Lang, Frankfurt am Main.
- KREUZER, A (2010); “Notwendigkeit der Reform des Tötungsstrafrechts und der ‘AE Leben’”, en DÖLLING/GÖTTING/MEIER/VERREL, *Verbrechen-Strafe-Resozialisierung*.

- Festschrift für Schöch* zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, pp. 495-510, en <http://www.arthurkreuzer.de/FS-Schoech-2010.pdf>, con la numeración 1-11.
- KREUZER, A. (2016); “Zur anstehenden Neuregelung der Tötungsdelikte. Erwartungen zwischen Jahrhundertreform und bloßer Kosmetik”, *Neue Kriminalpolitik (Monika Frommel zum 70. Geburtstag)*, Vol. 28, N° 3, pp. 307-321.
- KUBICIEL, M. (2014); „Reform der Tötungsdelikte. Vorschlag zum tatbestandlichen Neuzuschnitt von Mord und Totschlag“, *Kölner Papier zur Kriminalpolitik (KPKp)* 6/2014, pp. 2-9.
- LAMARCA PÉREZ, C (1989); “Algunas reflexiones sobre la reforma de los delitos de homicidio y asesinato en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, pp. 335-360.
- LAMOTT/PEÄFFLIN/ROSS/SAMMET/WEBER/FREVERT (1998); “Trauma, Beziehung und Tat. Bindungstheoretische Rekonstruktion interpersonaler Beziehungserfahrungen von Frauen, die getötet haben”, *MsschrKrim* 81, Heft 4, pp. 235-245.
- LANDROVE DÍAZ, G (1998); *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LANGE, R (1978); „Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes“, en *Gedächtnisschrift für Horst Schöder*, München, pp. 217 a 234.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, M (1782); *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Estudio preliminar de Manuel de RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Vitoria-Gasteiz, edición de 2001.
- LARRAURI PIJOAN, E (1995); “Violencia doméstica y legítima defensa -un caso de aplicación masculina del Derecho”, en LARRAURI PIJOAN, E/VARONA GÓMEZ, D, *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, S.L., Barcelona, pp. 9-88.
- LASCURAÍN/PÉREZ/ALCÁZER/ARROYO/DE LEÓN/MARTÍNEZ (2016), “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en ARROYO/PÉREZ/LASCURAÍN (Edit), RODRÍGUEZ (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Estudios de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 17-75.
- LAURENZO COPELLO, P (2020), “En los límites de la legítima defensa: mujeres que matan a sus parejas violentas”, en DE VICENTE REMESAL *et al* (Dir.) *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, Reus, Madrid, pp. 731-740.
- LEÓN ALAPONT, J (2024); „Delitos a los que se aplica la prisión permanente revisable: estado de la cuestión, críticas y una propuesta de reforma“, en *Revista Penal*, núm. 54, pp. 97-117.
- LLOBET ANGLÍ, M (2019); “Delitos contra el orden público”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, (Dir. Silva Sánchez), 6ª ed., Atelier.
- LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M. (1996); *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. (Comentario al texto y al debate parlamentario)*, Madrid.
- LÓPEZ GUTIÉRREZ ET AL (2021); *Informe sobre la violencia contra la mujer (2015-2019)*, Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad.

- LÓPEZ LÓPEZ, C.I. (2020); “La víctima menor de 16 años en los delitos de homicidio y asesinato: reflexiones sobre la indefensión como fundamento de la agravante”, en DE VICENTE REMESAL *et al* (Dir.) *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, Volumen II, Reus, Madrid, pp. 1711-1721.
- LÓPEZ LÓPEZ, I (2021); La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida, *Revista Penal* nº 48, julio, pp. 94-109.
- LÓPEZ MELERO, M (2015), “Perfil criminológico de Alfredo Galán Sotillo: «El asesino de la baraja»”, *La Ley Penal*, Nº 114, Sección Criminología, Mayo-Junio.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C (2018); “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, *RECPC* 20-30, pp. 1-49.
- LÓPEZ REY, O (2018); “El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado”; *ADPCP*, Vol. LXXI, pp. 347-401.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (2016); *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 135.
- MAPELLI CAFFARENA, B (1988), “El dolo eventual en el asesinato”, *ADPCP*, T. XLI, pp. 431-464.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (2010); “La cadena perpetua”, *El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 12
- MAPELLI CAFFARENA, B. (2020); “Alevosía y poder. El fundamento preventivo general del asesinato alevoso”, en DE VICENTE REMESAL *et al* (Dir.) *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*. Reus, Madrid, pp. 753-768.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (2023); “Política criminal y prisión permanente revisable”, en MUÑOZ SÁNCHEZ/GARCÍA PÉREZ/CEREZO DOMÍNGUEZ/GARCÍA ESPAÑA (Dir.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje Al Profesor José Luis Díez Ripollés*, pp.1087-1106.
- MARCOS GUTIÉRREZ, J. (1824); *Práctica criminal de España*, Tomo III, 3ª ed., Madrid, 1824, disponible en <http://hdl.handle.net/10366/19444>
- MARÍA E IZQUIERDO, M.J. (1999); “El Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 6, 1999, pp. 435-473.
- MARTÍN ARAGÓN, M.M. (2018); “La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada”, en Liber Amicorum. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Mª. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanc, Valencia, pp.441-454.
- MARTÍN GONZÁLEZ, F (1988); *La alevosía en el Derecho español*, Granada.
- MARTÍNEZ GARAY, L (2016), “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, en Arroyo/Pérez/Lascuraín (Edit), Rodríguez Yagüe (Coord.) (2016), *Contra la cadena perpetua*, Estudios de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 139-162.
- MARTÍNEZ PÉREZ, C (1983); “La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa”, *CPC* núm. 19, 1983, pp. 39-73.

- MARTOS NÚÑEZ, J.A (1992); “La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el sistema penal español”, *RDPC*, núm. 2, 1992, pp. 449-512.
- MARTOS NÚÑEZ, J.A (2017); *El delito de asesinato. Análisis de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*, Bosch.
- MASIP DE LA ROSA, L.I (2016); *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, Madrid, 2016, Tesis en acceso abierto en: [E-Prints Complutense](#)
- MATEOS BUSTAMANTE, J. (2018); “Estudio jurídico-penal de la alevosía convivencial”, *CPC*, 124, I, Época II, mayo 2018, pp. 243- 263.
- MATEOS BUSTAMANTE, J. (2021); *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del art. 22.1 del Código Penal*, Reus, Madrid.
- MERCHÁN APARICIO, C. (2017); “Algunos aspectos del Derecho penal histórico español”, en *VERGENTIS*, 4, junio 2017, pp. 107-133.
- MERKEL, R (2015); “Grundlagenprobleme der *Leirprinzipien* und der *Motivgeneralklausel* des Mordtatbestands”, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-13, 57a StGB)*, pp. 658-686.
- MESA VALIENTE, (2000); *El delito de asesinato cualificado por la alevosía*, Tesis doctoral, Alicante, 2000. <http://hdl.handle.net/10045/3734>
- MIDDENDORFF (1984) *Kriminologie der Tötungsdelikte*, Boorberg, Stuttgart.
- MIETHE/REGOECZI/DRASS (2004), *Rethinking Homicide. Exploring the Structure and Process Underlying Deadly Situations*, Cambridge University Press.
- MIR PUIG, S. (2016); *Derecho penal. Parte General*, (Actualizado y puesto al día por GÓMEZ MARTÍN, V), 10ª ed., Reppertor, Barcelona.
- MIRÓ LLINARES, F (2019); “La demanda social de la prisión permanente revisable: ¿Premisa fundada? ¿argumento irrelevante? ¿Razón suficiente?”, *LA LEY Penal*, nº 38, pp. 1-22.
- MIRÓ LLINARES, F. (2023); “El Derecho penal como coartada. Aproximación a la estructura de la comunicación sobre el crimen y la ley penal en Twitter”, *InDret*, núm.2, pp. 445-492.
- MITSCH, W (1996); “Grundfälle zu den Tötungsdelikten”, *Jus* pp. 213-219.
- MITSCH, W (2008); “Die Verfassungswidrigkeit des § 211 StGB”, *JZ*, pp. 336-340.
- MOMMSEN, T (1905); *Derecho penal romano* (trad. Dorado Montero), Tomo II, Madrid.
- MONTANOS FERRÍN, E./SÁNCHEZ-ARCILLA, J. (1990); *Estudios de Historia del Derecho criminal*, Madrid, 1990.
- MONTANOS FERRÍN, E (2017); “El homicidio y el asesinato”, en ALVARADO PLANAS/ MARTORELL LINARES (Coord), *Historia del castigo en la Edad Contemporánea*, Dykinson, Madrid, pp. 249-272.
- MONTIEL, J.P. (2014); “Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”, *inDret* 4/2014, pp. 1-29.

- MORALES PRATS, F. (1995); “Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas”, en DÍEZ RIPOLLÉS J.L (Dir), *Delitos contra la vida e integridad física*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 253-288.
- MORALES PRATS, F. (2016); “Del homicidio y sus formas”, en QUINTERO OLIVARES (Dir) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 10ª ed., pp. 27-79.
- MORENO VERDEJO, J (2016); “Novedades en la tipificación de los delitos de homicidio y asesinato dolosos”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 1, pp. 4 a 23.
- MOYA GUILLEM, C (2020a); “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, *RD Criminología*, 3ª Época, nº 24, pp. 13-58.
- MOYA GUILLEM, C (2020b), “Alternativas a la aporofobia como circunstancia agravante” *Revista Sistema Penal Crítico*, nº 1, pp. 135-151.
- MOYA GUILLEM, C/DURÁN SILVA, C. (2022); “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, *InDret*, 12022, pp. 414-451.
- MOYA GUILLEM, C/SANDOVAL CORONADO, J.C. (2023); “La regulación de los ataques contra víctimas vulnerables en los delitos contra la vida. Otro caso de irracionalidad legislativa”, en DOVAL PAÍS/GUTIÉRREZ PÉREZ (Dir.), *Manifestaciones de la desigualdad en el sistema penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 263-307.
- MÜLLER-DIETZ, H (1983); “Mord, lebenslange Freiheitsstrafe und bedingte Entlassung”, *Jura*, pp. 568 a 580, y 628 a 635.
- MUÑOZ CONDE, F. (1987); “Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio”, *ADPCP*, 1987, pp. 301-317.
- MUÑOZ CONDE, F. (2001); *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (2024); “Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”, en *Revista Penal*, núm. 54, pp. 169-177.
- MUÑOZ CONDE, F (2023), *Derecho Penal. Parte Especial*. 25ª ed. revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CUESTA, J. (2018); “Asesinato: muerte causada para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.5, recuperado de www.aranbib.com/2018/08/19/asesinato-muerte-causada-para-facilitar-la-comision-de-otro-delito-o-para-evitar-que-se-descubra/
- MUÑOZ RUIZ, J. (2015); “Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVAS (Dir), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, pp. 335-379.
- MÜSSIG, B. (2005); *Mord und Totschlag. Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München.

- MÜSSIG, B (2006); Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización“, (trad. CANCIO MELIÁ), *ADPCP* Vol. LIX, pp. 83-109.
- NIEDERMAIR, H (1994); “Tateinstellungsmerkmale als Strafbedürftigkeitskorrektive“, *ZStW* 106, pp. 388 a 404.
- NÚÑEZ PAZ, M.A. (1999); *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid.
- NÚÑEZ PAZ, M.A. (2014); “La mujer ante el umbral del delito“, *Revista Penal*, núm. 34, pp. 131-148.
- NÚÑEZ PAZ, M. I. (2010), “La no aplicación efectiva de la pena de muerte al parricida por razones religiosas. Una reflexión histórica sobre la larga pervivencia del parricidio en el derecho penal como delito autónomo“, *Revista Penal*, núm. 25, enero, pp. 89-103.
- OBERLIES, D. (1990); “Der Versuch, das Ungleiche zu vergleichen. Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen und die rechtliche Reaktion“, *Kritische Justiz* (23), pp. 318-331.
- OLAIZOLA NOGALES, I (2020); “Dar muerte al maltratador: posible aplicación de la legítima defensa“, en DE VICENTE REMESAL *et al* (Dir) *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Volumen I*, Reus, Madrid, pp. 863-875.
- OLMEDO CARDENETE, M (2004); “La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en los supuestos en que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor tratamiento del llamado *Haustyrann*“, *CPC*, vol. 82, 205-221.
- ORLANDIS ROVIRA, J. (1945); “Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media“, *AHDE*, Tomo XVI, 1945, pp. 112-192.
- ORTEGA FERNÁNDEZ, M.C (2021); “Reflexiones sobre la alevosía doméstica: análisis jurisprudencial“, en GALÁN MUÑOZ/MENDOZA CALDERÓN (Coord.), *Derecho penal y política -criminal en tiempos convulsos. Libro homenaje a la Profa. Dra. María Isabel Martínez González*, Tirant lo Blanc, Valencia, pp. 223-236.
- ORTEGA MATESANZ, A (2024); “La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa. Principales cuestiones que plantea“, en *RECPC* 26-14, pp. 1-54.
- ORTEGO GIL, P (2021); “La otra publicidad del proceso penal: la crónica periodística del crimen de Nava de Roa (1888)“, *ADPCP*, pp. 127-171.
- OTERO VALERA, A (1999); “Historia del derecho criminal en Compostela“, *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 8, Nº 1, pp. 141-186.
- OTÍN DEL CASTILLO; J.M. (2007), “El crimen en serie: un modelo metodológico“, *RGDP*, n.º 7, mayo, pp. 1-58, p. 5.
- OTTO, H (1971); “Straftaten gegen das Leben“, *ZStW* 83 (1971), pp. 39 a 80.
- OTTO, H. (1994); “Die Mordmerkmale in der Höchstrichterliche Rechtsprechung“, *Jura*, pp. 141-152.
- PACHECO, J.F. (1856); *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo III, 2ª ed. 1856.

- PANTALEÓN DÍAZ, M./SOBEJANO NIETO, D. (2014); “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el código penal español”, *RJUAM*, nº 29, 2014-I, pp. 213-237.
- PANTALEÓN DÍAZ, M (2020); “La aporofobia como móvil discriminatorio: ¿derecho penal de autor?”, *Revista Sistema Penal Crítico*, nº 1, pp. 153-164.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (2022); “Retóricas populistas en política criminal”, en OLIVER-LALANA (Edit), *Debatendo leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*, Dykinson, Madrid, pp. 373-416.
- PARRILLA VERGARA, J (2019): “La perspectiva de género en la jurisprudencia del tribunal supremo: alevosía y agravante de género”, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.) /PARRILLA VERGARA (Coord.), *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, pp. 31-69.
- PASTOR SANTIAGO, I. (2000); *El delito de asesinato: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona (editado en microfichas), 2000.
- PECORELLA, C (2023); “Discriminación indirecta y derecho penal”, en DOVAL PAÍS/GUTIÉRREZ PÉREZ (Dir.), *Manifestaciones de la desigualdad en el sistema penal*, Aranzadi, Pamplona, pp.49-70.
- PECORELLA, C. (2022); “Violencia domestica e legittima difesa”, en *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, núm.3, pp. 1-16.
- PENA GONZÁLEZ, W (2024); “La pena de prisión permanente revisable como pena proporcionada, taxativa y no contraria a la resocialización: Comentario a la STC 169/2021, de 6 de octubre”, en *Revista Penal* núm. 54, pp. 363-366.
- PENNA, G, (2019); “Entrevista a John Pratt. Populismo penal, democracia y expertos”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 4/2019.
- PEÑARANDA RAMOS, E (2013); “Notas críticas sobre los Arts. 139, 140 y 140 bis CP en el Anteproyecto de Reforma de 2012”, en ÁLVAREZ (Dir)/DOPICO (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 491-509.
- PEÑARANDA RAMOS, E (2014); *Estudios sobre el delito de asesinato*, B de F, Montevideo-Buenos Aires.
- PEÑARANDA RAMOS, E (2016); “Los delitos de homicidio y asesinato tras la Reforma de 2015 del Código Penal”, en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 1257-1281.
- PEÑARANDA RAMOS, E (2017); “Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal”, *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 17, pp. 13-45.
- PEÑARANDA RAMOS, E (2024a); “Homicidio”, en Molina Fernández (edit), *Memento Penal 2025*, Lefebvre, ed. online, marg. 6902-7020.
- PEÑARANDA RAMOS, E (2024b); “Asesinato”, en: MOLINA FERNÁNDEZ, F., (edit.), *Memento Penal 2025*, Lefebvre, ed. online, marg. 7025-7115.

- PERALTA, J.M (2012); *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid.
- PERALTA, J.M (2013); “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, *InDret* 4/2013, pp. 1-27.
- PÉREZ MACHÍO, A.I/DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2020); “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor como víctima de delitos”, en PÉREZ MACHÍO, A.I/DE LA MATA BARRANCO, N (Dirs), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 25-68.
- PÉREZ MACHÍO, A.I (2021); “La protección penal del/de la menor víctima de delitos. Hacia un derecho penal basado en el paradigma de la victimología evolutiva y la vulnerabilidad del/la menor de edad”, *RDPC*, 3.^a Época, n.º 25, págs. 263-304.
- PÉREZ MANZANO, M. (2016); “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”, *RJUAM*, n.º 34, 2016-II, pp. 17-65.
- PÉREZ MANZANO, M (2018), “En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación”, *ADPCP*, Vol. LXXI, pp. 91-120.
- PERIS RIERA, J (2018), “Consolidación del protagonismo de la víctima en nuestro sistema penal: del Código de 1995 al Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015), en *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Volumen II*, Dykinson, Madrid, pp. 2331-2353.
- PETIT CALVO, C (2005); “La célebre causa del crimen de Fuencarral. Proceso penal y opinión pública bajo la Restauración”, *AHDE*, T. LXXV, pp. 369-412.
- PICKETT, J.T (2019); “Public Opinion and Criminal Justice Policy: Theory and Research”, *Annual Review of Criminology*, Vol. 2, pp. 405-428.
- PINTASKE/SITZER (2010); „Die Erarbeitung gemeinsamer Grundlagen zum systematischen Verhältnis von Mord und Totschlag und zur Reform der Tötungsdelikte“, en JAHN/NACK (Edrs) *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog am 19. Juni 2009*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, pp. 61-67.
- PORRAS ARBOLEDAS, P.A (2003), “El Ordenamiento de Penas de Cámara de Enrique III (1400). Un nuevo manuscrito”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2003. 10, pp. 209-234.
- PUENTE SEGURA, L (1997); *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid.
- QUENTIN, A. (2005); “Kein ‘Heimtückemord’ bei objektiv gegebener Notwehrlage? Zum Urteil des BGH vom 12.2.2003-1StR 403/02”, *NStZ*, pp. 128-133.
- QUINTANO RIPOLLÉS (1951), “Voz Asesinato”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ)* III, pp. 39-46.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A (1955); “El uxoricidio como parricidio privilegiado”, en *ADPCP*, tomo VIII, fasc. 3, pp. 495-512.

- QUINTANO RIPOLLÉS, A (1972); *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo I, 2ª ed. (revisada por GIMBERNAT ORDEIG, E.), Madrid.
- QUINTERO OLIVARES, G (2014); “Malvados *ex lege*: traidores y sicarios. La explicación cultural e histórica de esas formas de asesinato y la necesidad de revisarlas”, en VIVES ANTÓN/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/ALONSO RIMO/ROIG TORRES (Dir), *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura.*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 753 a 768.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2015); “Estudio Preliminar”, en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 35 a 68.
- QUINTERO OLIVARES, G (2016), en QUINTERO OLIVARES, G (Dir), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10º ed Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2018); “Gritos de un mundo desconocido: una aproximación a la muerte violenta de menores a través de la jurisprudencia”, *RDPC*, 3ª época, núm. 19, pp. 289-324.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2021); “Muerte violenta de menores en la jurisprudencia (2017-2019): Reforzando las conclusiones del estudio de los años 2000-2016”, en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (Dir)/GÓMEZ BELLVÍS (Coord), *El Derecho penal ante lo “empírico”. Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, pp. 197-214.
- RENGIER, R. (1979); *Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BverfGE 45, 187 (I)*, MDR, pp. 441-446.
- RENGIER, R. (2004); “Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? – Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen”, *NStZ*, Heft 5, pp. 233-240.
- REQUEJO CONDE, C. (2022); “Los delitos contra la vida humana como hechos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual (los artículos 140.1.2ª y 138.2a del código penal español)”, *RdPP*, num.68/2022, recuperado de <https://insignis.aranzadidigital.es>, BIB 2022\3719
- RÍOS MARTÍN, J.C. (2013); “La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013”, *RDPC*, Extraordinario, Nº 1, Págs. 177-211.
- RISSING-VAN-SAAN, R (2019); Vor §§ 211 ff, en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (ed), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (LK), Großkommentar*, 12 ed., Siebenter Band, 1. Teilband, §§ 211 bis 231, pp. 1-16.
- RODRIGO ALSINA, M. (1999), “El conocimiento del sistema penal: alarma social y medios de comunicación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial IV*, Escuela Judicial, CGPJ, pp. 71-89.
- RODRÍGUEZ DEvesa, J.M. (1960); “Algunos aspectos criminológicos del asesinato”, *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XVIII, núm. 3, Derecho, curso 1959-60, pp. 343-361.
- RODRÍGUEZ DÍAZ/BOUZA ÁLVAREZ (2017); “La justicia, los medios de comunicación y la opinión pública en España”, en DE LEÓN/LÓPEZ, *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R (2014); “De *lege ferenda*: proyecto de Ley de reforma del Código Penal. (Introducción de la pena de «prisión permanente revisable» y modificaciones en las reglas de aplicación de las penas), *Diario La Ley*, Nº 8294, recuperado de www.laley.es el 13/11/2019.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C (2019); “Seis frentes abiertos de la prisión permanente revisable”, en *Diario La ley*, disponible en www.laley.com
- ROIG TORRES, M. (2013); “La cadena perpetua: Los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La prisión «permanente revisable» a examen”, *CPC* nº 111, pp. 97-144.
- ROIG TORRES, M (2018); “El pronóstico de reinserción social en la prisión permanente revisable”, *InDret* 1/2018.
- ROIG TORRES, M (2024); “La regulación de la prisión permanente revisable a debate tras la última jurisprudencia del TEDH”, en *Revista Penal* núm. 54, pp. 216-237.
- ROSTALSKI, F (2024); *Die vulnerable Gesellschaft. Die neue Verletzlichkeit als Herausforderung der Freiheit*, 2ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- ROXIN, C. (1992); “Anmerkung zu BGH, Urt.v. 8.5.1991 - 3StR 467/90 (LG Wuppertal)”, *NSzZ*, pp. 34 a 36.
- ROXIN, C. (1997); *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. 2ª ed. por LUZÓN/DÍAZ/DE VICENTE), Civitas, Madrid.
- ROXIN, C (2008); “Zur normativen Einschränkung des Heimtücke merkmals beim Mord”, en *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Günther Widmaier zum. 70 Geburtstag*, pp. 741-757.
- ROXIN, C/GRECO, L (2020); *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ª Aufl., C.H. Beck, Múnich.
- RUEDA SERRANO, Y. (2018); “Los estereotipos de género en el proceso penal”, *Boletín Comisión Penal, Monográfico perspectiva de género en el proceso penal*, Vol. 1, pp. 11-20.
- RÜPING, H (1979); “Zur Problematik des Mordtatbestandes”, *JZ*, pp. 617-621.
- SALAZAR FORTEA/GARRIDO GENOVÉS (2017); “Los asesinos múltiples en España: un estudio a través de las sentencias”, *RDPC*, 3.ª Época, n.º 18, págs. 335-367.
- SALIGER, F. (2015); “Grundfragen einer Reform der Tötungsdelikte”, *ZIS* 12/2015, pp. 600 a 604, (www.zis-online.com).
- SÁNCHEZ BENÍTEZ, C (2020); *Derecho penal del enemigo en España*. Madrid, Reus.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N (2023); “Mayores vulnerables y Derecho penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad”, en Moya Guillem (Dir)/Bonsignore Fouquet (Coord), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables: Aspectos penales, procesales y político-criminales*, pp. 161-204, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P (2015); “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, *InDret* 1/2015, pp. 1-26.

- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M (1996), en RODRÍGUEZ RAMOS/COBOS GÓMEZ DE LINARES/SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte Especial I*, Madrid, 1996.
- SANDOVAL CORONADO, J.C. (2023); “Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal? El caso de la vulnerabilidad victimal”, en MOYA GUILLEM (Dir)/BONSIGNORE FOUQUET (Coord). *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 91-119.
- SANTOS-HERMOSO/LÓPEZ-HEREDIA/SÁNCHEZ-MARTÍN/GONZÁLEZ-ÁLVAREZ (2021); “La ruptura de la pareja y su influencia en la dinámica relacional en casos de feminicidio”, *REIC*, Artículo 7, Volumen 19 (1) .
- SAINZ GUERRA, J. (2006); “Infracción y pena en el Fuero de Soria”, *AHDE* nº 76, 2006, pp. 137-172.
- SANZ BARBERO, B *et al.* (2021); *Análisis temporal de los asesinatos de mujeres por violencia de género en España a lo largo de 15 años (2003-2017)*, Delegación del Gobierno contra la violencia de género. Ministerio de Igualdad, Centro de Publicaciones.
- SANZ MORÁN, A.J. (1995); “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”, *ADPCP*, XLVIII, pp. 783 a 848.
- SANZ MORÁN, A.J. (2015); “La última reforma penal: los delitos contra la vida humana como paradigma”, *RdPP* nº 38, abril-junio, pp. 15 a 18.
- SANZ MORÁN, A.J. (2016); “La reforma de los delitos contra la vida”, en MAQUEDA/MARTÍN/VENTURA (Coord.), *Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios Penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid pp. 821-838.
- SCHAFFSTEIN, F (1966); “Zur Auslegung des Begriffs der ‘heimtückischen’ Tötung als Mordmerkmal”, en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1 Mai 1965*, Berlin, pp. 419 a 431.
- SCHMIDHÄUSER (1958); *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1958.
- SCHMOLLER, K (1987); “Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals ‘heimtückisch’”, *ZStW*, pp. 389-423.
- SCHNEIDER, H. (2009); “Das systematische Verhältnis von Mord und Totschlag und die Reform der Tötungsdelikte –ein Kurzstatement“, en JAHN/NACK (Edrs) *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog am 19. Juni 2009*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, pp. 44-60.
- SCHNEIDER, H. (2015); “Thesen zur Heimtücke”, en *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte* (§§ 211-13, 57a StGB, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas, pp. 864-880.
- SCHNEIDER, U. (2015); “Der Haustyrann und die Reform der Tötungsdelikte. Ein Diskussionsbeitrag aus geschlechtsspezifischer Sicht”, *NStZ*, Vol. 35, Nº. 2, págs. 64-68.
- SCHRÖDER (1952), *SfZ*, pp. 560-569.

- SCHOEDER, F-C (2019); en MAURACH/SCHOEDER/MAIWALD/HOYER/MOMSEN (2019); *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1. Persönlichkeits- und Vermögenswerte*; 11. Aufl. C. F. Müller, Heidelberg.
- SCHWALM, G. (1957); “Heimtücke und achtswerter Beweggrund”, *MDR*, n.5, pp. 260 a 262.
- SCHÜNEMANN, B (2002); “Sistema del Derecho penal y victimodogmática”, en Díez/ROMEO/GRACIA/HIGUERA (Edit), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, pp. 159-172.
- SCHÜNEMANN, B (2012); “Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal”, (trad. RIGGI y ROBLES PLANAS), en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. alemana), ROBLES PLANAS (ed. española), 2012, Atelier, pp. 63 a 85.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I. (1995); “La alevosía. Análisis dogmático de algunos aspectos fundamentales”, *CPC*, n° 57, pp. 763-836.
- SEELMANN, K (1989); “Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht”, *JZ*, 44, nr. 14, pp. 670-676.
- SERRANO GÓMEZ, A. (2013a); “Notas al Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de octubre de 2012”, *RECPC* 15-r1, pp. 1-18.
- SERRANO GÓMEZ, A (2013b), El Proyecto de Ley de reforma del Código Penal y legislación líquida”, en *Diario La Ley*, N° 8204, recuperado de www.laley.com el 2/07/2015.
- SERRANO GÓMEZ, A/SERRANO MAÍLLO, I (2016) *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson S.L., Madrid.
- SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ (2019); *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed. Dykinson, Madrid.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L (2019a); “Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente”, *Revista Penal*, n° 43, pp. 156-171.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L (2019b); “Los nuevos tipos de muerte dolosa agravada por ser subsiguiente a delito contra la libertad sexual”, en CANCIO ET AL (edt), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, pp. 1241-1259.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L (2022); “Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa “subsiguiente” agravada.”, *InDret* 4 2022, pp. 43-79.
- SIERRA LÓPEZ, M.V (2014); “Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas. (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013), *RdPP*, n° 33, pp. 127-161.
- SIERRA LÓPEZ, M.V (2019); El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra”, *RECPC* 21-13.

- SIERRA LÓPEZ, M.V (2021); “La medida de ‘internamiento permanente revisable’: una consecuencia de la prisión permanente revisable en el ámbito de las medidas de seguridad”, *RECPC* 23-11.
- SIERRA LÓPEZ, M.V (2023); “El asesinato hipercualificado por quien perteneciere a un grupo u organización criminal”, en *RECPC* 25-31, pp. 1-39.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M (1989); “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia, pp. 633-646.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M (1990a); “La victimo-dogmática en el Derecho extranjero”, en BERISTAIN/DE LA CUESTA (Dir.), *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián = VIII Udako Ikastaroak Donostian*, pp. 105-112.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M (1990b); “La victimo-dogmática en el Derecho español”, en BERISTAIN/DE LA CUESTA (Dir.), *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián = VIII Udako Ikastaroak Donostian*, pp. 195-203.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M (1993); “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimo-dogmática’”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo 15, pp. 11-52.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M (2010); “Honeste Vivere”, en *InDret* 3/2010, sin numeración.
- SIOL, J. (1973), *Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht –Eine Untersuchung anhand von Gerichtsurteilen*, Otto Schwartz & Co, Göttingen.
- SOLAR CALVO, P. (2018); “¿Es el tratamiento penitenciario voluntario? Valoración de la cuestión a la luz de la prisión permanente revisable”, *ADPCP*, VOL. LXXI, pp. 307-345.
- SOLAR CALVO, P (2022); “Revisando la prisión permanente revisable. ¿De verdad que es constitucional?”, *ADPCP*, VOL. LXXV pp. 557-588.
- SOTELSEK, Marc (2012); *Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen. Ein Beitrag zur Reform der Tötungsdelikte*, Peter Lang, Frankfurt am Main.
- SOTO NIETO, F. (2005); “La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *La Ley*, año XXVI. Número 6187.
- STANCU, O/VARONA, D. (2017); “¿Punitivismo también judicial?: Un estudio a partir de las condenas penales por homicidio en España (2000-2013)”, *RECPC* 19-12, pp. 1-33. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-12.pdf>
- STENGLEIN, G (2012), *Condición femenina y delincuencia. Estudio comparado hispano-alemán y una propuesta sistémica europea*, Ed. Académica Española.
- STÖCKL/DEVRIES/ROTSTEIN/ABRAHAMS/CAMPBELL/WATTS/GARCÍA MORENO (2013); “The global prevalence of intimate partner homicide: a systematic review”, *Lancet*, Vol 382 September 7, pp. 859-865.
- STRATENWERTH, G. (1963); “Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale”, en *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn, pp. 171-191.

- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2015); “Del homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, (Dir), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 465- 486.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI (2018); “La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer”, *Boletín Comisión Penal, Monográfico perspectiva de género en el proceso penal*, Vol. 1, pp. 27-39.
- TALÓN MARTÍNEZ, F (1980); “Delitos contra las personas”, *RJCat*, pp. 73-99.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (1998); *La víctima en el Derecho penal. De la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima*, Aranzadi Thomson Reuters.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (2013), “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, *inDret*.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (2015); “La prisión permanente revisable”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, pp. 96-97.
- TEJEDOR MUÑOZ, F.J. (2017); “Tratamiento de la alevosía en los delitos de violencia de género: análisis jurisprudencial”, *Foro FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales)* — Tribuna y Boletín de la FICP N° 2017-2 (septiembre), pp. 617-625, disponible en <https://fcp.es>
- TÉLLEZ AGUILERA, A. (2018); “El crimen de la calle Fuencarral y la reforma penitenciaria”, en *Revista de Estudios Penitenciarios* N.º 261, pp. 9-48.
- THOMAS, S (1985): *Die Geschichte des Mordparagraphen – eine normgenetische Untersuchung bis in die Gegenwart*, Bochum, 1985.
- THOMSEN/LETH/HOUGEN/VILLESSEN/BRINK (2019); “Homicide in Denmark 1992-2016”, en *Forensic Science International: Synergy*, DOI: 10.1016/j.fsisyn.2019.07.01
- TOMÁS Y VALIENTE, F (1969); *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid.
- TORÍO LÓPEZ, A (1983), “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos*, Bilbao, 1983, pp. 79-114.
- TORÍO LÓPEZ, A (1998); “Delitos contra la vida en el Código Penal de 23-XI-1995”, en ASÚA BATARRITA (Coord), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco=Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones.
- TORRES AGUILAR, M (1991): *El parricidio: Del pasado al presente de un delito*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- ULLRICH (1959), *Natur und Tragweite der Mordmerkmale*, München.
- UNODC (2019); *Global Study on Homicide 2019*, Vienna, disponible en <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>. Resumen ejecutivo disponible en español, en [unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIDIOS_EN_ESPAÑOL.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIDIOS_EN_ESPAÑOL.pdf)

- UNODC (2023); *Global Study on homicide 2023, Chapter 4, Understanding homicide*, disponible en <https://www.unodc.org/unodc/es/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>.
- URBANO CASTRILLO, E. (1997); “El homicidio y sus formas. Los delitos contra la vida en el Código Penal del 95”, en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*, Las Palmas, pp. 15-42.
- VAN ZYL SMIT/RODRÍGUEZ YAGÜE (2019), “Un acercamiento a la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos sobre la cadena perpetua y a su posible proyección sobre la prisión permanente revisable en España”, *RGDP*, núm. 31.
- VARONA GÓMEZ, D (2011); “Medios de comunicación y punitivismo”, *inDret* 1/2011.
- VARONA GÓMEZ, D (2016); *El debate ciudadano sobre la justicia y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un derecho penal democrático*, Marcial Pons, Madrid.
- VARONA GÓMEZ, D (2021); *¿Juez o Jurado? Un análisis a partir de los casos de mujeres maltratadas que se rebelan contra su tirano*, Atelier, Barcelona.
- VIVES ANTÓN, T.S (2022); “Introducción”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 43-47.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2014); “Novedades del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales”, *Diario La Ley*, Nº 8311, recuperado de www.laley.es el 2 de julio de 2015.
- VON HENTIG (1960); *Estudios de psicología criminal II. El asesinato*, (Trad. Rodríguez Devesa, J.M.), Madrid (el original es de 1956).
- WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER (2019); *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 43ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.
- WOESNER, H (1978); “Moralisierende Mordmerkmale”, *NJW*, pp. 1025-1028.
- WOESNER, H (1980); “Neueregelung der Tötungstatbestände”, *NJW*, pp. 1136 a 1140.
- WOLFGANG, M. E/ FERRACUTI, F (1971), *La subcultura de la violencia: hacia una teoría criminológica*, (Trad. A. GARZA Y GARZA), México D.F. (el original es de 1967).
- VORMBAUM, T (2009); *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg.
- ZORN, A (2013); *Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB- ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal?*, Dunker & Humbolt, Berlín, 2013.

GRACIAS POR CONFIAR EN NUESTRAS PUBLICACIONES

Al comprar este libro le damos la posibilidad de consultar gratuitamente la versión ebook.

Cómo acceder al ebook:

- ☞ **Acceda a nuestra página web**, sección Acceso ebook
(www.dykinson.com/acceso_ebook)



- ☞ **Rellene el formulario** que encontrará facilitando, el código de acceso que le facilitamos a continuación así como los datos con los que quiere acceder al libro en el futuro (correo electrónico y contraseña de acceso).
- ☞ Si ya es **cliente registrado**, deberá acceder con su **correo electrónico y contraseña habitual**.
- ☞ Una vez registrado, **acceda a la sección Mis e-books de su cuenta de cliente**, donde encontrará la versión electrónica de esta obra ya desbloqueada para su uso.
- ☞ Para acceder al libro en el futuro, ya sólo es necesario que se identifique en nuestra web con su correo electrónico y su contraseña, y que se dirija a la sección Mis ebooks de su cuenta de cliente.

CÓDIGO DE ACCESO

Rasque para ver el código

Nota importante: Sólo está permitido el uso individual y privado de este código de acceso. Está prohibida la puesta a disposición de esta obra a una comunidad de usuarios.



**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciase de nuestras ofertas semanales

En la regulación actual de los delitos de homicidio y asesinato se observa un especial protagonismo de los móviles, finalidades y otros aspectos residenciados en la persona del autor como criterios de agravación. Estos elementos de carácter subjetivo pueden poner en tensión el principio de culpabilidad en su versión de responsabilidad por el hecho.

Pero junto a esta tendencia a sobrevalorar determinadas características del autor, el derecho penal actual también acusa la influencia del protagonismo adquirido en las últimas décadas por la figura de la víctima. En este sentido destaca especialmente la necesidad de protección reforzada de las personas vulnerables, cuyo análisis se incorpora a los delitos de asesinato y homicidio en el presente trabajo como criterio de fundamentación e interpretación de los elementos y circunstancias que establecen una penalidad agravada en los ataques dolosos contra la vida.

La incorporación del principio victimológico al delito de asesinato permite valorar un criterio, el de las mayores necesidades de protección de la víctima, que puede contrarrestar la tendencia a la sobrevaloración de los aspectos subjetivos del autor. De esta forma, la fundamentación de la gravedad del hecho, tradicionalmente basada en los criterios de peligrosidad y reprochabilidad, adquiere tintes más objetivos. No se trata de castigar a autores especialmente peligrosos, sino de proporcionar mayor protección a las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, ya sea por sus características propias o por hallarse en contextos de mayor peligro.