

Algunos aspectos controvertidos de la pena de prisión permanente revisable

ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal y Derecho Penitenciario
Universidad CEU San Pablo

RESUMEN

A través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se introdujo en nuestro país la pena de prisión permanente revisable, pena que ya ha sido efectivamente impuesta por nuestros tribunales en quince ocasiones. Esta pena tan controvertida permite detenernos en algunos aspectos que el legislador deja sin resolver. Destacamos la alevosía y su dificultad para no quebrar el principio ne bis in ídem. Pero también la ambigüedad de algunos términos; la compatibilidad de ciertos artículos del Código Penal por falta de especificidad; la indeterminación de un límite máximo de pena como obstáculo en la modificación de la misma; la figura del cómplice y la desproporción, la tentativa y el límite máximo de la prisión provisional.

Palabras clave: *prisión permanente revisable, alevosía, indeterminación, complicidad, tentativa.*

ABSTRACT

The Organic Law 1/2015, March 30th, was introduced in our country the penalty of revisable permanent prison. That penalty has already been effectively imposed by our courts on fifteen occasions. This controversial sentence allows us to talk about some aspects that the legislator leaves unresolved This problem is created by the pre-meditation's evaluation; the uncertainty of some terms, the compatibility of Penal Code articles due to absence of specificity; the uncertainty of maximum limit of punishment as obstacle about its modification; the involvement, the attempt and the provisional prison.

Key words: *permanent Reviewable Imprisonment, treachery, indeterminacy, involvement, attempt.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La alevosía: controversia con el principio *ne bis in ídem*.–III. La compatibilidad entre el artículo 139.1.4.^a y el 140.1.2.^a del Código Penal.–IV. Los problemas que plantea la indeterminación del límite máximo de la pena de prisión permanente revisable.–V. La figura del cómplice y la desproporción de los límites de su pena.–VI. La tentativa y su determinación en los delitos más graves del ordenamiento.–VII. La indeterminación de la prisión provisional.–VIII. Conclusiones.–IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se produjo, en la parte general de Derecho Penal y, a su vez, en los delitos más graves del ordenamiento, una modificación del listado de penas privativas de libertad, introduciendo la novedosa institución de la pena de prisión permanente revisable. Aunque lleva más de cinco años en nuestro ordenamiento jurídico penal, la polémica y el debate en torno a la misma no ha perdido en absoluto actualidad.

Esta se encuentra regulada para los delitos más graves del ordenamiento, es decir, para ofrecer una respuesta penal extraordinaria a aquellos supuestos que se caracterizan por una gravedad extrema o excepcional. En primer lugar, el asesinato cualificado del artículo 140 del Código Penal, incluido todo homicidio cuya víctima sea menor de 16 años, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental. En segundo lugar, la muerte de Rey, Reina, Príncipe o Princesa de Asturias, recogido en el artículo 485.1 del Código Penal. En tercer lugar, el delito de terrorismo que cause la muerte de una persona, enunciado en el artículo 573 bis del Código Penal. En cuarto lugar, la muerte del jefe de un Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado que se encuentre en España, según el artículo 605 del Código Penal. Y, por último, la muerte, agresiones sexuales o lesiones graves de una persona en delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal) y delitos de lesa humanidad (artículo 607 bis del Código Penal).

Resulta interesante hacer constar que, aunque existen precedentes de esta pena en nuestro Derecho, ni se habían incluido en el catálogo de penas de ninguno de los códigos penales aprobados en el siglo XX,

ni había sido objeto de debate durante la última etapa del siglo XX, siendo nuestro país democrático. Tampoco parecía una reforma necesaria en un país como el nuestro, al ostentar una de las tasas de criminalidad más bajas de Europa(1).

Desde la entrada en vigor de la pena de prisión permanente revisable hasta la actualidad tenemos un total de quince sentencias(2). De la totalidad de ellas, en once ocasiones se ha utilizado el artículo 140.1.1.^a del Código Penal. Es decir, las víctimas de estos asesinatos han sido víctimas menores de dieciséis años, o se ha tratado de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Concretamente, en nueve de estas, la víctima tenía menos de dieciséis años y, las otras dos, eran personas afectadas por enfermedad o discapacidad. En cinco ocasiones se ha utilizado el artículo 140.1.2.^a del Código Penal, acometiendo un asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. Y, en una ocasión, se ha aplicado, además, el artículo 140.2 del Código Penal, es decir, que el reo de asesinato ha sido condenado por la muerte de dos o más personas.

A día de hoy, no tenemos a ningún condenado a la pena de prisión permanente revisable por cometer un asesinato y ser perteneciente a un grupo u organización criminal (artículo 140.1.3.^a del Código Penal); ni ningún condenado por un delito contra la Corona consistente en la muerte del Rey o la Reina o Princesa de Asturias (artículo 485 del Código Penal); ni por un delito contra el Derecho de Gentes, es decir, por delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal) o

(1) Según la Oficina Europea de Estadística (Eurostat) España en 2014 era uno de los países más seguros de Europa. Entre los 41 países estudiados, España se encuentra entre los últimos diez puestos (34) en casos de homicidios intencionales, en una posición intermedia (21) en cuanto a agresiones y prácticamente a la cola (31) de los países con una mayor tasa de robos y atracos. Dentro de las estadísticas de crimen, Eurostat incluye datos de violencia sexual y de violaciones, en las que España se sitúa el puesto 21 y 27 respectivamente. Disponible en: www.epdata.es

(2) Las quince sentencias en las que se condena con la pena de prisión permanente revisable son: 1) Sentencia del Tribunal Supremo 701/2020, de 16 de diciembre; 2) Sentencia del Tribunal Supremo 678/2020, de 11 de diciembre; 3) Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 379/2019, de 30 de septiembre; 4) Sentencia del Tribunal Supremo 180/2020, de 19 de mayo; 5) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 7/2019, de 4 de marzo; 6) Sentencia del Tribunal Supremo 82/2019, de 16 de enero; 7) Sentencia del Tribunal Supremo 418/2020, de 21 de julio; 8) Sentencia del Tribunal Supremo 129/2020, de 5 de mayo; 9) Sentencia del Tribunal Supremo 367/2019, de 18 de julio; 10) Sentencia del Tribunal Supremo 102/2018, de 1 de marzo; 11) Sentencia del Tribunal Supremo 520/2018, de 31 de enero; 12) Sentencia del Tribunal Supremo 716/2018, de 16 de enero; 13) Sentencia del Tribunal Supremo 700/2018, de 9 de enero; 14) Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 171/2018, de 16 de octubre; 15) Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 42/2017, de 14 de julio.

por delitos de lesa humanidad (artículo 607 bis 2.1 del Código Penal). Es decir que, por ahora, la tendencia jurisprudencial es aplicar la condena de prisión permanente revisable únicamente para los delitos hiperagravados del artículo 140 del Código Penal (con excepción de los cometidos por organización o grupo criminal, que aún no se ha aplicado).

Debemos destacar que la doctrina científica en España se ha posicionado mayoritariamente en contra de esta pena(3). En este sentido, más de cien catedráticos de Derecho Penal de todas las universidades en España, firmaron un manifiesto en su contra en marzo de 2018(4).

En este momento todo es posible: desde el fin de su vigencia por declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional o por modificación legislativa, hasta su ampliación, endurecimiento y/o corrección de los problemas técnicos apreciados por el Tribunal Supremo de cara a su aplicación en algunos casos(5).

Es por ello que después de más de cinco años con la pena de prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento, debemos recalcar los aspectos más controvertidos de la misma. Hasta la fecha tenemos quince sentencias y un recurso ante el Tribunal Constitucional en el olvido(6).

(3) Debemos tener en cuenta que algunas voces autorizadas muestran su conformidad con la misma como respuesta a determinados delitos de especial gravedad. Ver, entre otros, a Jaén Vallejo, M.: «La prisión permanente revisable comienza a aplicarse», en *Elderecho.com*, 17 de julio de 2017. Disponible en: <https://elderecho.com/laprision-permanente-revisable-comienza-a-aplicarse>

(4) Las firmas se encuentran bajo el lema «Manifiesto contra la prisión permanente revisable» y se encuentran en: https://www.peticiones24.com/signatures/manifiesto_contra_la_prision_permanente_revisable/

(5) Cfr. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español», en *ADPCP*, Vol. LXXIII, 2020, p. 273.

(6) Recurso de inconstitucionalidad n.º 3866-2015, promovido por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; Catalán de Convergencia i de Unió; de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; Vasco (EAJ-PNV); y Mixto contra los siguientes apartados del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: Apartado veinticuatro, en la redacción que da al artículo 33.2 a); apartado veinticinco, en la redacción que da al artículo 35; apartado veintiséis, en la redacción que da al artículo 36; apartado treinta y cinco, en la redacción que da al artículo 76.1 e); apartado treinta y ocho, en la redacción que da al artículo 78 bis; apartado cincuenta y uno, en la redacción que da al artículo 92; apartado setenta y ocho, en la redacción que da al artículo 140; apartado doscientos treinta y cuatro, en la redacción que da al artículo 485.1; apartado doscientos cincuenta y cinco, en la redacción que da al artículo 605.1; apartado doscientos cincuenta y seis, en la redacción que da al artículo 607.1.1.º y 2.º; y apartado doscientos cincuenta y siete, en la redacción que da al artículo 607 bis 2.1.º.

II. LA ALEVOSÍA: CONTROVERSIA CON EL PRINCIPIO *NE BIS IN ÍDEM*

La alevosía es una circunstancia modificativa agravante genérica recogida en el artículo 22.1 del Código Penal. Se define en este artículo de la siguiente manera: «*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*». Pero también es una circunstancia que cualifica el asesinato, recogida en el artículo 139.1.1.^a del Código Penal.

La jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo 716/2018, de 16 de enero, considera que esta circunstancia concurre «*en aquellos casos en los que, por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido*». Y, añadiendo la Sentencia del Tribunal Supremo 604/2019, de 5 de diciembre, añadiríamos que radica «*en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes*». Por otro lado, la jurisprudencia ha precisado que la presencia de signos de defensa no elimina, por sí misma, la existencia de alevosía, siendo compatible con «*intentos defensivos ínsitos al propio instinto de conservación*» (Sentencia del Tribunal Supremo 51/2018). La alevosía «*no desaparece por la posible existencia de hematomas o rasgos defensivos, pues una cosa es la defensa activa que se realice o pueda realizarse y otra cosa es la que podríamos llamar defensa pasiva o simple autoprotección equiparable a lo que comúnmente suele llamarse instinto de autoprotección*» (Sentencia del Tribunal Supremo 472/2002, de 14 de marzo y 417/2008, de 30 de junio).

La jurisprudencia, de manera reiterada(7), ha indicado que la alevosía consta de cuatro elementos. En primer lugar, solo se aplica a los delitos contra las personas. En segundo lugar, está relacionada con el *modus operandi* utilizado por el autor, a través de medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar la eliminación de las posibilidades de defensa. En tercer lugar, el dolo abarca los medios, modos, formas, y la tendencia a asegurar la ejecu-

(7) Ejemplo de ello la Sentencia del Tribunal Supremo 1035/2012; 253/2016 y 716/2018.

ción y su orientación a impedir la defensa. Y, en cuarto lugar, supone la comprobación de se produjo una situación de total indefensión(8).

También debemos hacer la distinción entre cuatro clases de alevosía(9). En primer lugar, la alevosía proditoria que se considera una emboscada o situación en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en el momento y lugar que ésta no espera. En segundo lugar, la alevosía súbita, inopinada o sorpresiva, donde el sujeto activo no descubre sus intenciones y aprovecha la confianza de la víctima para actuar de forma imprevista o repentina. El carácter sorpresivo es lo que suprime la posibilidad de defensa. En tercer lugar, la alevosía de desvalimiento que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como es el caso de los menores, ancianos, enfermos o personas cualquier tipo de personas especialmente vulnerable. En último lugar, la alevosía doméstica o convivencial basada en la relación de confianza, provocando una total despreocupación de la víctima respecto a cualquier ataque proveniente de una acción del acusado(10).

Con todo lo expuesto hasta ahora, debemos recordar que la alevosía es una circunstancia que sirve para cualificar los delitos recogidos en el Título Primero «Del homicidio y sus formas», pero no tiene aplicación directa para cualificarlo como asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del Código Penal.

Para ello, vamos a analizar la Sentencia del Tribunal Supremo 520/2018, de 31 de octubre, donde nos explica los problemas que deslinden de la alevosía en relación con el artículo 140.1.1.^a del Código Penal. En primer lugar, afirma que no todos los casos en los que se da muerte a un menor de edad o persona especialmente vulnerable, concurre alevosía, ya que esto supondría vaciar de contenido el delito de homicidio agravado del artículo 138.2.a) del Código Penal. En segundo lugar, razona que en los supuestos en los que la edad de la víctima o la enfermedad o discapacidad física o mental determinen por sí solas la alevosía, concurrirá el tipo básico de asesinato del artículo 139.1.1.^a del Código Penal. La sentencia advierte de la infracción *non bis in ídem* si se apreciase el tipo hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del Código Penal, debido a que las condiciones de la

(8) Vid. PINTO PALACIOS, F., «Alevosía, *non bis in ídem* y prisión permanente revisable. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, n.º 9799, de 25 de febrero de 2021, p. 5.

(9) Vid. MIR PUIG, C.: «La pena de prisión permanente revisable en el Derecho Penal español en la reforma del Código Penal de 2015», GÓMEZ- JARA DÍEZ, C. (Coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Aranzadi, Madrid, 2018, p. 579.

(10) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 215/2019, de 24 de abril.

víctima basan la alevosía. Por último, indica cuál sería el ámbito de aplicación del artículo 140.1.1.^a del Código Penal, siendo en aquellos supuestos en los que la alevosía, basada en otros elementos, se superponga a las circunstancias relativas a la minoría de edad o al hecho de tratarse de una persona especialmente vulnerable. Por ejemplo, el caso de un ataque sorpresivo por la espalda (alevosía súbita, artículo 139.1.1.^a del Código Penal) de un menor de 15 años (artículo 140.1.1.^a del Código Penal)(11).

Ejemplo de este deslinde de la alevosía y no vulneración del principio *ne bis in idem* sería la Sentencia del Tribunal Supremo 700/2018, de 9 de enero donde se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante que condenó al acusado por tres delitos de asesinato en grado de tentativa, uno de ellos en su modalidad hiperagravada dado que la víctima era menor de dieciséis años (artículo 140.1.1.^a del Código Penal). En este caso, la alevosía que determinó la presencia de tres delitos de asesinato en grado de tentativa se derivaba de la forma de ejecución para acabar con la vida de las víctimas, destacando la indefensión de éstas ya que confiaban en la normalidad y tranquilidad de su hogar, y por eso, solo la víctima menor se calificó como delito hiperagravado de asesinato.

Un caso distinto es el de Sergio Díaz(12), condenado el 21 de marzo de 2018 por un delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del Código Penal, al asestarle más de treinta puñaladas y diversos golpes con varios objetos a una persona de 66 años con discapacidad, siendo el acusado conocedor de esta situación. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife decidió condenarlo a pena de prisión permanente revisable. Tras esto se presentó recurso de apelación al Tribunal Superior de Justicia y se desestimó. A continuación, se interpuso recurso de casación alegando que se había incurrido en un error *iuris nocet*(13), al considerar que no se había aplicado correctamente el sistema escalonado de hipercualificación previsto(14). Expuso que se había considerado una circunstancia de alevosía en su modalidad de desvalimiento para aplicarle el artículo 140.1.1.^a del

(11) Cfr. PINTO PALACIOS, F., *Op. Cit.*; p. 7.

(12) Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 100/2018, de 21 de marzo. El conocido caso del asesino de Icod, siendo el primer condenado con pena de prisión permanente revisable en Canarias.

(13) Entendiendo este tipo de error como el error de derecho que perjudica. Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a edición, Reppertor, Barcelona, 2015, p. 278.

(14) Vid. VILLEGAS GARCÍA, M. A.; ENCINAR DEL POZO; M. A., «Jurisprudencia sobre la nueva regulación del delito de asesinato», en *Diario La Ley*, n.º 9726, de 29 de octubre de 2020, p. 5.

Código Penal. El Tribunal Supremo estima el recurso formulado por la defensa y revoca la pena de prisión permanente revisable (Sentencia del Tribunal Supremo 716/2018, de 16 de enero). La Sala considera que *«la situación de desvalimiento, o si se prefiere la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad, tal como resulta del contenido de la resolución recurrida, integraba de modo inescindible junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía»*. Por lo tanto, la indefensión de la víctima no se puede apreciar para cualificar el asesinato y para aplicar la hiperagravación por especial vulnerabilidad del artículo 140.1.1.^a del Código Penal. Por este motivo, se revoca la prisión permanente revisable y se sustituye por una pena de prisión de 24 años, atendiendo al artículo 139.2 del Código Penal, ya que se consideraron la alevosía (art. 139.1.1.^a del Código Penal) y el ensañamiento (artículo 139.1.3.^a del Código Penal).

Mucho más difícil de apreciar el deslinde entre la alevosía y el tipo hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del Código Penal, se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo 367/2019, de 18 de julio. El acusado fue condenado por un delito de asesinato hiperagravado por razón de edad de la víctima, al tener ésta diecisiete meses. La Sala de lo Penal rechazó las alegaciones de la defensa sobre la vulneración del principio *non bis in ídem* considerando que *«la indefensión proviene del desvalimiento que caracteriza a los ataques a un bebé de meses, por la especial situación de la vulnerabilidad de la víctima. Mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía. De este modo la situación de desvalimiento, integraría la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía y en todo caso, como parece apuntar la sentencia recurrida, cabría escindir las diversas modalidades de la alevosía, para entender que en todo caso la sorpresiva siempre podría cualificar el asesinato y la menor edad lo hipercualificaría»*. Parece que la Sala haya forzado la justificación de la alevosía realizando una doble vertiente de calificación, primero utilizando ésta para el artículo 139 y posteriormente usándola como menor de edad en el artículo 140 del Código Penal. Debemos recordar que el Código Penal solo escribe alevosía y es la amplia jurisprudencia, a lo largo de los años, la que ha ido perfilando las distintas modalidades de esta agravante.

Otro de los casos más conocidos mediáticamente, el crimen de Pioz, la Audiencia Provincial de Guadalajara condenó a Patrick Nogueira por un delito de asesinato con alevosía (artículo 139.1.1.^a del Código Penal), a la pena de prisión de 25 años; dos delitos de asesinato con ensañamiento (artículo 139.1.3.^a del Código Penal) por víctima especialmente vulnerable en atención a su edad en relación con el artículo 140.1.1.^a del Código Penal, a dos penas de prisión permanente revisable; y un delito de asesinato con alevosía (artículo 139.1.1.^a del Código Penal) en relación con el artículo 140.2 del Código Penal, a la pena de prisión permanente revisable. La defensa interpuso un recurso de apelación que fue estimado por la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Ésta ratificó que las muertes de los dos adultos debían ser calificadas como asesinatos con alevosía dado que fueron cometidos por el autor con arma blanca, de manera sorpresiva y súbita, y sin posibilidad de defensa eficaz por parte de las víctimas. En el caso de la mujer, el asesinato alevoso derivaba de la localización en la que se produjo su muerte, una estancia de reducidas dimensiones en la que la víctima se encontraba de espaldas a la puerta. Respecto del varón, también se produjo de forma alevosa porque el condenado acometió a la víctima, de forma sorpresiva y sin posibilidad de defensa, cuando se encontraba en el pasillo de acceso a la vivienda. En cuanto a los menores entendió que debía anularse la condena de prisión permanente revisable, ya que consideró la muerte de los dos menores con la agravante de alevosía, reconociendo de esta manera su situación de vulnerabilidad, impidiendo apreciar el artículo 140.1.1.^a del Código Penal(15).

Finalmente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estimó los recursos de casación formulados por las acusaciones particulares al considerar que procedía imponer al acusado dos penas de prisión permanente revisable por los asesinatos de los dos menores de edad. La Sala entendió que no existía problemas de inherencia en la medida que nada impide un tratamiento agravado del asesinato de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa dada su mayor antijuridicidad(16). Y, por tal motivo, la sentencia concluye que *«el art. 140.1.1 del Código Penal no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de un menor, ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha*

(15) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha 16/2019, de 13 de junio.

(16) Cfr. PINTO PALACIOS, F., *Op. Cit.*; p. 10.

de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el artículo. 67 del Código Penal».

La última sentencia a destacar también es un suceso conocido mediáticamente, el caso del niño Gabriel Cruz. La Audiencia Provincial de Almería condenó a Ana Julia Quezada por un delito de asesinato hiperagravado sobre víctima menor de 16 años a la pena de prisión permanente revisable. A su vez, el Tribunal Supremo(17) ratifica la condena de la acusada teniendo en cuenta dos consideraciones. En primer lugar, ratifica la apreciación de la circunstancia de alevosía pues en los hechos probados consta que la acusada ejecutó un ataque súbito y repentino al menor que fue previo a la maniobra de asfixia que, finalmente, le causó el fallecimiento. Y, en segundo lugar, considera que la prisión permanente revisable tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Reiterando que hay dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes y, por lo tanto, no hay *bis in ídem* sino un legítimo *bis in altera*(18).

III. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ARTÍCULO 139.1.4.^a Y EL 140.1.2.^a DEL CÓDIGO PENAL

Otra de las modificaciones que se produjeron con la Ley Orgánica 1/2015 fue la introducción de una modalidad más para la calificación de asesinato, la circunstancia cuarta del art. 139.1 del Código Penal. Esta modalidad dice que se califica como asesinato matar a otro para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. Es decir, en este precepto se regulan dos modalidades delictivas.

Por un lado, nos encontraríamos con la modalidad de matar a otro para facilitar la comisión de otro delito. Esta variante sería un supuesto

(17) Sentencia del Tribunal Supremo 701/2020, de 16 de diciembre.

(18) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Temas de Derecho Penal (Penología. Parte especial. Proyectos de reforma)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1992, p. 24.

de concurso medial de delitos que el Código Penal ha querido castigar de forma independiente. Y, por otro lado, nos encontraríamos con la modalidad de matar a otro para evitar que el delito se descubra.

Ha provocado ciertas críticas dentro de la doctrina toda vez que esta circunstancia plantea dudas respecto a su compatibilidad con la circunstancia 2.^a del art. 140.1 del Código Penal, que determina la aplicación de la pena de prisión permanente revisable cuando el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual(19). Además, continúan las críticas porque este precepto no hace distinción entre agresión y abuso sexual, delitos que se encuentran plenamente diferenciados y castigados de forma independiente en el Título VIII del Código Penal. Es decir, equipara unos tocamientos con fines sexuales con una violación. Otra crítica es que este artículo protege exclusivamente el bien jurídico de la libertad sexual, no abarcando, por tanto, la indemnidad sexual(20).

El problema del artículo 139.1.4.^a del Código Penal no especifica qué otro delito se intenta que no se descubra. Por ello, si nos encontraríamos en un supuesto en el que un sujeto mata a otro para evitar que un delito contra la libertad sexual se descubra, en principio, podríamos aplicarle este precepto. Sin embargo, este supuesto también sería subsumible dentro de la segunda circunstancia del artículo 140.1 del Código Penal. Pero, no podríamos penar doblemente este hecho por ambos artículos ya que incurriríamos en una vulneración del principio *ne bis in ídem*(21).

Un ejemplo de controversia lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 6/2019, de 22 de abril, el caso de Enrique Romay Reina. El supuesto se calificó como un asesinato con alevosía y ensañamiento. En dicha sentencia, se planteó la duda sobre si aplicar el artículo 139.1.4.^a o el 140.1.2.^o del Código Penal, debido a que el acusado mató tras agredirla sexualmente para evitar que lo denunciara.

En este caso, la Audiencia Provincial argumentó que al haberse apreciado ya la concurrencia de las circunstancias 1.^a (alevosía) y 3.^a (ensañamiento) del artículo 139 CP, la muerte dolosa de la víctima queda ya cualificada con cualquiera de esas dos circunstancias como

(19) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.^a edición, Tirant lo Blanch, 2019, p. 34.

(20) Vid. CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable. El ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 112.

(21) Vid. ESCUDERO MUÑOZ, M.: «La cualificación del asesinato por la circunstancia del artículo 139.1.4.^a del Código Penal. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito», en *Foro FICP*, n.º 2018-2, septiembre 2018, pp. 256-257.

asesinato. Por tanto, el hecho de haber dado muerte el acusado a la víctima a continuación del delito contra la libertad sexual y como medio para evitar el descubrimiento de la comisión de tal delito contra la libertad sexual, debe determinar la apreciación del subtipo agravado del artículo 140.1.2.º del Código Penal, por la aplicación del artículo 8.4.ª del Código Penal(22). Es decir, la jurisprudencia opta por aplicar el principio de alternatividad, castigando por el precepto penal que tenga una pena mayor.

Otro ejemplo de esta controversia se dio en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 197/2019, de 17 de diciembre, el caso de José Enrique «El Chicle». Al sujeto se le condenó como autor responsable de dos delitos: uno de detención ilegal y agresión sexual en concurso medial, con la circunstancia atenuante analógica de confesión; y un delito de asesinato con alevosía cometido para ocultar otro delito y subsiguiente a un delito contra la libertad sexual con la atenuante analógica de confesión.

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

La Audiencia consideró que cuando el acusado acabó con la vida de la víctima, lo hizo concurriendo en alevosía, ya que esta no tenía ninguna posibilidad de defensa, al encontrarse en un lugar desconocido para ella, donde nadie podía prestarle ayuda al encontrarse abandonado y separado de otras viviendas; al tener mucha más fuerza física el acusado, y al haberla sujetado este con al menos una brida. Además, consideró que el acusado mató a la víctima para ocultar su agresión sexual. Esta inferencia del jurado tiene como base la acreditación previa del motivo sexual de la privación de libertad y del traslado a la nave y de la perpetración del delito sexual. La conclusión del jurado resulta plenamente ajustada a máximas de experiencia y a la lógica de los comportamientos esperables tras la realización de actos criminales particularmente reprochables como los considerados probados. Siendo por otra parte coherente este ánimo de ocultar el delito sexual con los actos posteriores del autor de ocultar el propio cuerpo de la víctima en un pozo allí situado.

Una vez establecido todo esto, la Audiencia procede a explicar por qué se decanta por aplicar finalmente el artículo 140.1.2.ª del Código

(22) Artículo 8.4.ª del Código Penal: «*En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*».

Penal en vez del artículo 139.1.4.^a del Código Penal, argumentando que la comisión del asesinato de forma alevosa hace innecesaria la apreciación de la circunstancia cuarta del artículo 139.1 del Código Penal. Toda vez que ya se han calificado los hechos como asesinato. Así pues, se puede aplicar la forma hiperagravada del artículo 140.1.2.^a del Código Penal, sin incurrir en la vulneración del principio *ne bis in ídem*.

De querer apreciar el subtipo del artículo 139.1.4.^a CP, en ningún caso se hubiera considerado la circunstancia como vulneradora del principio *ne bis in ídem* aplicando el criterio de especialidad, en el entendimiento de que la decisión legislativa significa la atribución de un especial desvalor, a la comisión de la clase específica de delitos prevista en el tipo de asesinato hiperagravado, superior al reproche que la norma atribuye a las conductas del subtipo de asesinato por la relación funcional de la causación de la muerte con cualquier clase de delito. Es decir, el principio de especialidad hace referencia a que el precepto especial se aplica con preferencia al general. Esto es así porque existen leyes concéntricas, de modo que dentro del círculo mayor se requieren menos elementos que dentro del círculo menor(23).

IV. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INDETERMINACIÓN DEL LÍMITE MÁXIMO DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

En primer lugar, la fase de determinación de la pena debería comenzar por la elección entre penas alternativas. El hecho de que en todos los delitos para los que se prevé la prisión permanente revisable esta pena sea de imposición obligatoria disminuye el ámbito de discrecionalidad del juez(24). Esta institución es, hasta el momento, la máxima pena privativa de libertad de nuestro ordenamiento jurídico y se debe a su indeterminación temporal. El hecho de que el límite máximo no esté determinado, a parte de ser de dudosa constitucionalidad, genera numerosos problemas a la hora de su aplicación práctica.

(23) Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 47.

(24) Cfr. DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., «La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2013, p. 70. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-10-4010/Documento.pdf>

En el caso hipotético de que se pudiese imponer la pena superior en grado de la pena de prisión permanente revisable, se nos queda una laguna penológica, ya que será tan extensa como la indeterminación de la propia pena. Imaginemos el caso de que un sujeto es condenado por un delito de terrorismo recogido en el artículo 573 bis 1.1.^a del Código Penal, y constase en su persona con una reincidencia cualificada (artículo 66.1.5.^a del Código Penal). No consta en ninguna parte del articulado penal cómo se procedería a calcular dicha pena. Es un cálculo no previsto y, por lo tanto, un motivo relevante para considerar su posible derogación o modificación. Una evidencia de que, en la actualidad, transgrede los principios de legalidad y seguridad jurídica, de humanidad, de igualdad y de proporcionalidad de las penas.

Otro de los problemas que nos podemos plantear, es que se diese el supuesto de la comisión de un delito con una forma de participación de cómplice y, a su vez, teniendo en su persona una reincidencia cualificada. Según el artículo 63 del Código Penal, por ser cómplice se le impondría la pena inferior en un grado, ya que el artículo 70.4 del Código Penal nos informa que la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años. Hasta aquí podemos ver que no hay problema, pero cuando nos disponemos a aplicar, a continuación, el artículo 66.1.5.^a del Código Penal, es decir, calcular la pena superior en grado, ¿cómo procedemos a su cálculo?

El artículo 70.3.1.^o del Código Penal dice que, si la pena superior en grado excede de los límites máximos fijados a cada pena y la pena fuera de prisión, entonces su duración máxima será de treinta años. Por lo tanto, si aplicando la inferior en grado de la prisión permanente revisable nos encontramos con este tope de treinta años, no podríamos volver a subir la pena a prisión permanente revisable, porque estaríamos diciendo que la pena superior en grado de veinte a treinta años de prisión sería la prisión permanente revisable, y eso no está previsto legalmente. Por lo tanto, observamos un nuevo vacío del legislador que no nos deja maniobra para poder calcular correctamente la acción delictiva. Será tan indeterminado el cálculo como la pena a imponer.

Otro de los puntos controvertidos se sitúa en el artículo 66.3 del Código Penal donde recoge que para aquellos supuestos en los que concurra solo una o dos circunstancias agravantes se aplicará la pena en su mitad superior, de la que fije la ley para el delito. Tomando como ejemplo la primera sentencia en España con pena de prisión permanente revisable, es decir, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 42/2017, de 14 de julio de 2017, el condenado, David Oubel, fue considerado autor de dos delitos de asesinato cualificado con alevosía (artículo 139.1.1.^o del Código Penal) y agravados

por el hecho de que las víctimas eran menores de dieciséis años (artículo 140.1.1.º del Código Penal), concurriendo la agravante de parentesco (artículo 23 del Código Penal). Según la descripción de delitos y la agravante, y teniendo en cuenta el mencionado artículo 66.3 del Código Penal, se le debería haber impuesto la pena en su mitad superior, al concurrir una única circunstancia agravante. Pero al no tener un límite máximo definido nos es imposible realizarlo. Por lo que, observando la sentencia comprobamos que no se decanta por explicar ni aplicar ningún tipo de pena superior y condena a David Oubel a la pena de prisión permanente revisable.

Otro ejemplo de este mismo proceder jurisprudencial es la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 484/2018, de 16 de diciembre, considerando a Marcos Mirás como autor responsable de un delito de asesinato cualificado con alevosía (artículo 139.1.1.º del Código Penal) y agravado por el hecho de que la víctima era menor de dieciséis años (artículo 140.1.1.º del Código Penal), concurriendo la agravante de parentesco (artículo 23 del Código Penal) y la agravante de género⁽²⁵⁾ (artículo 22.4.ª del Código Penal), en concurso medial con un delito de lesiones psíquicas a su ex mujer. Siendo condenado a pena de prisión permanente revisable. En este caso, concurren dos circunstancias agravantes. Según el artículo 66.3 deberíamos aplicar la pena en su mitad superior, pero al tratarse de un delito castigado con pena de prisión permanente revisable, el órgano judicial no da explicación ninguna al respecto y condena con la pena indeterminada.

(25) Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 484/2018, de 16 de diciembre expuso que: «en el caso de autos, el Jurado estimó probado por unanimidad que el acusado ejecutó la muerte de su hijo por razones de dominación y desprecio sobre la mujer, en concreto sobre la que había sido su esposa. La prueba de la concurrencia de la agravante se basa en: la declaración de la testigo/víctima sobre la vida que llevó durante su matrimonio y con posterioridad tras su separación del acusado, el temor que le infundía su exmarido porque pensaba que la iba a matar a ella (sin embargo, nunca pensó que acabaría con la vida del hijo de ambos) en las declaraciones de dos testigos (siendo uno de ellos el hermano de la mujer, el cual recibió en 2016 un mensaje amenazante del acusado vía Facebook) que confirmaron de manera coincidente el temor que la mujer le tenía al acusado, motivo por el que no iba sola a ningún lugar; y en los informes psiquiátricos del acusado (tuvo puntuaciones significativas en la escala “narcisista” y en la de “agresivo-sádico”) y de la madre de la víctima (indica que esta presenta elementos como indefensión aprendida, asunción de una actitud evitativa, justificación de los comportamientos de su pareja, sentimientos de culpabilidad y de infravaloración) que muestran una relación de pareja asimétrica. De tales pruebas, el Tribunal considera que se desprende una específica motivación del acusado, que no aceptó la ruptura de la relación y que reaccionó causando la muerte de su hijo para dañar de la forma más cruel que estaba a su alcance a su ex mujer y precisamente en un día tan significativo (día de la madre)».

Un último ejemplo para ver nuevamente la falta de graduación de la pena, lo observamos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 83/2019, de 25 de abril, donde se condena a José Rafael García(26) como autor de un delito de asesinato del artículo 139.1.1.º del Código Penal concurriendo la circunstancia agravante de ser la víctima especialmente vulnerable por su enfermedad y discapacidad (artículo 140.1.1.º del Código Penal), concurriendo la agravante de parentesco (artículo 23 del Código Penal) y por razón de género (artículo 22.4.ª del Código Penal). En este tercer caso, nuevamente se decide castigar estos hechos con una pena de prisión permanente revisable.

A través de estas sentencias podemos comprobar que la pauta que sigue la jurisprudencia únicamente castiga por pena de prisión permanente revisable, sin aludir a la agravación a la hora de dictaminar el fallo de la resolución judicial(27). Por ello, podemos afirmar que significa que la gravedad de las acciones y, a su vez, el reflejo en la gravedad de la pena no admite graduación. Siendo esto contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y la proporcionalidad de la culpabilidad del reo.

V. LA FIGURA DEL CÓMPLICE Y LA DESPROPORCIÓN DE LOS LÍMITES DE SU PENA

Un delito puede ser perpetrado por una única persona, pero también es posible encontrarnos con delitos ejecutados por una pluralidad de personas, en las que cada una de ellas asume un grado de participación distinto. Dentro de la participación se reconocen tres modalidades: la inducción, la cooperación necesaria (aunque tendría una pena igual al autor) y la complicidad. Además, debemos tener en cuenta que la participación es accesoria respecto a la autoría, es decir, siempre se

(26) Según el relato de hechos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 83/2019, de 25 de abril: «El 5 de febrero de 2017, el acusado, molesto con su mujer por entrar en la habitación donde este se encontraba, la insultó (“hija de puta, zorra, te voy a matar”). Media hora después, coge un cuchillo y va al salón donde su mujer se encontraba, la tira al suelo y le asesta dos puñaladas mortales. La víctima padecía de la enfermedad de Menier, que le impedía moverse y prácticamente valerse por sí misma. Ambos, acusado y víctima, tenían una relación de convivencia de 11 años».

(27) Vid. MUÑOZ CUESTA, J., «La prisión permanente revisable: una pena objeto de polémica social», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 938, 2018, p. 4.

exige un hecho ilícito doloso en el que participar. Y la responsabilidad del partícipe abarcará solo hasta donde llegue su dolo(28).

Nos centraremos en la figura de la complicidad respecto a la pena de prisión permanente revisable porque también surge una cierta controversia. Como es sabido, son dos las bases de la complicidad. En primer lugar, decimos que el cómplice actúa de acuerdo con el autor, por lo que es necesario que exista un conocimiento entre el autor material de los hechos y el cómplice. En el caso de los delitos de omisión a veces este conocimiento no es necesario. En segundo lugar, entendemos que la participación del cómplice tiene que ser anterior a la consumación del delito, por lo que, si el delito ya está consumado, se daría el encubrimiento (artículos 451 y siguientes del Código Penal) pero no complicidad.

En lo que atañe a la pena de prisión permanente revisable, en el artículo 140 del Código Penal nos habla de la figura del autor del delito, pero no hace referencia alguna a la figura del cómplice. Por lo tanto, ante la falta de referencia literal, podríamos interpretar que se puede aplicar la norma general regulada en el artículo 63 del Código Penal a la hora de calcular la pena, sabiendo que sería la pena inferior en grado a la establecida por la Ley para los autores del mismo delito.

La pena inferior en grado de la pena de prisión permanente revisable se encuentra contemplada en el artículo 70.4 del Código Penal y se encuentra comprendida entre la marca temporal de veinte a treinta años. Por lo tanto, al cómplice de un delito castigado con una pena de prisión permanente revisable se le castigaría con una pena comprendida entre los veinte y treinta años. Puntualizamos que el autor tendría una pena indeterminada de duración y el cómplice una pena determinada, ambos regidos por situaciones penitenciarias distintas.

Comprendemos que los crímenes que se encuentran sancionados con la pena de prisión permanente revisable son los más graves del ordenamiento, pero la asignación de una pena de prisión de veinte a treinta años al cómplice se podría calificar de muy severa. Toda vez que esta clase de participación es accesoria y no necesaria, de tal forma que su protagonismo en el hecho es muy inferior al que corresponde al autor(29). El aspecto penológico que genera contro-

(28) ZULGADÍA ESPINAR: J. M., «Autoría y participación», en ZULGADÍA ESPINAR, J. M. (Dir.), MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 229.

(29) BORJA JIMÉNEZ, E., «Reglas generales de aplicación de las penas (arts. 66, 66 bis, 70 y 71 bis CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 262.

versia surge del análisis comparado respecto de los diferentes tipos del delito de homicidio y sus formas, de los artículos 138, 139 y 140 del Código Penal.

En primer lugar, la pena prevista para el autor de un delito de homicidio del tipo básico del artículo 138 del Código Penal es de diez a quince años, y la que corresponde al cómplice de este mismo delito sería la pena de prisión de cinco años a diez años menos un día.

En segundo lugar, la pena prevista para el autor de un delito de asesinato del artículo 139 del Código Penal es de pena de prisión de quince años a veinticinco años de prisión, y a su vez para el cómplice, del mismo, una pena de siete años y seis meses a quince años menos un día.

Analizando esto dos artículos observamos que al delito de asesinato se le reconoce un mayor reproche jurídico-penal, pero la pena establecida para el cómplice nunca es superior a la del autor del tipo básico del delito de homicidio, siendo este un delito de menor entidad. Esto guarda relación con la característica accesoria que tiene la figura del cómplice, nunca equiparable al mayor protagonismo del autor, incluso en el tipo cualificado⁽³⁰⁾.

El último supuesto, y ya comentado, sería el delito de asesinato hipercualificado del artículo 140 del Código Penal, que como hemos comprobado para el cómplice se daría una pena de veinte a treinta años. Es aquí donde surge el debate, ya que no se comprende que el legislador con una línea tendente al menor reproche del cómplice en el delito básico y el delito agravado otorgue al cómplice una pena que llega a rebasar la prevista para el autor del tipo cualificado, dando más protagonismo a la figura del cómplice, a pesar de ser su participación meramente accesoria.

VI. LA TENTATIVA Y SU DETERMINACIÓN EN LOS DELITOS MÁS GRAVES DEL ORDENAMIENTO

La tentativa se encuentra recogida en el artículo 16.1 del Código Penal y ha venido aplicado a diferentes tipologías delictivas, incluidos los delitos del Título I, del homicidio y sus formas. Por lo tanto, no parece imposible preverla también para el tipo hiperagravado del artículo 140 del Código Penal.

(30) LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Más motivos para derogar la prisión permanente revisable», en *Revista Electrónica en Ciencias Penales y Criminología*, n.º 20-30, 2018, p. 16. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-30.pdf>

Según el artículo 62 del Código Penal, la pena que debe imponerse para los autores de tentativa de delito es la inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado. Conociendo el artículo 70.4 del Código Penal, sabemos que la pena inferior en un grado oscilaría de veinte a treinta años y si tuvieras que bajar un grado más de diez años a veinte años menos un día. Por lo tanto, sí podemos afirmar que se puede apreciar la tentativa en los delitos que se estipula la pena de prisión permanente revisable.

Debemos hacer una especial consideración al artículo 485 del Código Penal, el cual sanciona el homicidio de Rey, Reina, Príncipe o Princesa de Asturias. En su apartado tercero se indica que en el caso que se diera tentativa en estos delitos se impondría la pena inferior en un grado, a pesar de que en el artículo 62 establece la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. Esto es muy cuestionable, toda vez que el precepto se encuentra redactado de forma imperativa, sin dar la posibilidad al órgano sentenciador de rebajar la pena en dos grados, en el caso de ser necesaria esa rebaja con el grado de peligro del intento y el grado de ejecución que hubiese alcanzado el sujeto con su conducta(31).

Otra cuestión entorno a la tentativa es la dificultad en algunos tipos delictivos que contemplan la pena de prisión permanente revisable, como por ejemplo en el artículo 140 del Código Penal, de probar las diferentes circunstancias para poder condenar a alguien por un delito hipercualificado en grado de tentativa. En primer lugar, se debería comprobar la intencionalidad de cometer un asesinato, teniendo que concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 139 del Código Penal. Y, en segundo lugar, se debe probar que se ha intentado cometer dicho asesinato asumiendo una serie de requisitos especiales que se prevén en el artículo 140 del Código Penal. Ciertamente este delito exige haber acabado con la vida de una persona dándose estas características, pero si se diera en tentativa no se habría llegado a acabar con la vida de esa persona. Nos cuestionamos si no sería desmedido o desproporcionado en grado de tentativa, si se pudiera probar todo lo expuesto, poder tener una condena que oscilara entre los veinte y los treinta años. Hasta el momento, no tenemos ningún caso en el que se hayan perpetrado acciones en tentativa en delitos que contemplen la pena de prisión permanente revisable.

(31) CÁMARA ARROYO, S.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: Op. Cit., p. 77.

VII. LA INDETERMINACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

A lo largo de este artículo estamos comprobando que la indeterminación de la pena de prisión permanente revisable provoca grandes dificultades en nuestro ordenamiento. Nuevamente comprobamos que no se ha definido por parte del Legislador, el límite máximo que el supuesto encausado, por un delito que contemple la pena de prisión permanente revisable, puede pasar en prisión provisional.

Esta medida cautelar que tiene por objeto la privación de libertad del sujeto investigado en el seno de un proceso penal, tiene como finalidad la de asegurar la presencia del encausado en el proceso, además de asegurar los elementos de prueba y evitar la reiteración delictiva. La prisión provisional afecta drásticamente a la libertad del individuo sospechoso, pero no culpable de la comisión de un hecho delictivo, su aplicación se ve sometida al cumplimiento no solo de unos presupuestos básicos (existencia de *periculum in mora* y la concurrencia de *fumus boni iuris*(32)), sino también a una duración máxima, que en ningún caso podrá sobrepasarse. Así, el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la prisión provisional no podrá exceder de seis meses si el objetivo perseguido es el aseguramiento de los elementos de prueba. Si la finalidad fuera asegurar la presencia del encausado en el proceso o evitar la reiteración delictiva, la prisión provisional no podrá superar el año o los dos años, en función de si la pena fijada para el delito es inferior o superior a tres años de prisión. Por último, en caso de recurso frente a la sentencia condenatoria, el tiempo de prisión provisional se amplía hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en sentencia.

Algunos autores como CASTILLO FELIPE(33) proponen partir del límite máximo general de cumplimiento de la pena de prisión, es decir, veinte años, para el cálculo de ese límite temporal. De esta manera, la prisión provisional en los casos de recurso no podría exceder de diez años.

Otra solución planteada, y menos certera por los diferentes límites que presenta, sería tomar como referencia los plazos de revisión

(32) El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, estriba en la existencia de bastantes motivos para atribuir el hecho a una persona concreta. Y el *periculum in mora* viene determinado por el peligro de fuga. Vid. ASENSIO MELLADO, J. M. (Dir.): *Derecho Procesal Penal*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Madrid, 2020, p. 134 a 140.

(33) VID. CASTILLO FELIPE, R., «Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable», en *La Ley Penal*, n.º 115, 1 de julio de 2015, p. 6.

de la pena de prisión permanente revisable. Por lo tanto, según la suspensión de la ejecución, teniendo en cuenta las remisiones del artículo 92 al artículo 78 bis del Código Penal, en el supuesto general serían veinticinco años, por lo tanto, la prisión provisional no podría exceder de doce años y seis meses. Aunque también tendríamos que tener en cuenta que el Código Penal prevé otros plazos superiores, exigiendo los veintiocho, treinta e incluso treinta y cinco años para la primera revisión(34). Por lo tanto, deberíamos cuestionarnos si sería constitucional una prisión provisional que pudiera alcanzar hasta los diecisiete años y seis meses.

El segundo inconveniente que plantea esta medida cautelar, así como también la detención, es el abono de estos periodos al cumplimiento de la prisión permanente revisable, según lo referido en el artículo 58 del Código Penal. Si bien, el abono de dichos plazos a una pena de duración indefinida no tendría sentido alguno ya que no supondría reducción de la pena. La aplicación a una consecuencia indefinida pero revisable sería el abonar ese tiempo pasado en prisión provisional o detención a los plazos señalados por la revisión de la pena, el acceso al tercer grado o el disfrute de permisos penitenciarios(35).

Esta problemática sobre la prisión provisional ha sido abordada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 89/2017, de 21 de marzo, donde en el fallo se hace mención expresa a la medida cautelar, pese a que no se esclarece la duración. Dice lo siguiente: «*Para el cumplimiento de la pena principal, procede abonarle el tiempo en que por esta causa haya estado privado de libertad, siempre que no haya sido hecho efectivo en otro proceso, acordándose mantener la situación de prisión provisional para el acusado al amparo del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que faculta para prorrogar la situación de prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta, caso de ser recurrida la sentencia*». En ninguna de las sentencias (ni la de la Audiencia Provincial, ni la posterior del Tribunal Supremo donde se consideró anular la pena de prisión permanente revisable, como hemos visto anteriormente) se conoce el tiempo exacto que estuvo el condenado en prisión provisional debido a los recursos interpuestos.

(34) Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, A., *La prisión permanente revisable*, Editorial BOE, Madrid, 2019, p. 338.

(35) *Vid.* RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Op. Cit.*, p. 102.

VIII. CONCLUSIONES

Desde la entrada en nuestro ordenamiento penal de la pena de prisión permanente revisable se ha desarrollado una amplia literatura doctrinal, recayendo el énfasis en la constitucionalidad de dicha pena. Se plantean dudas en base a la indeterminación de su duración, de la vulneración de los principios de reeducación y reinserción, humanidad y proporcionalidad.

A lo largo de este trabajo se ha buscado señalar algunos de los aspectos más controvertidos, revisando también su jurisprudencia. Es por ello que podemos destacar que se han ido perfilando los límites existentes entre la cualificación de asesinato por alevosía (artículo 139.1.1.^a del Código Penal) y el tipo hipercualificado de asesinato (artículo 140.1.1.^a del Código Penal) frente a interpretaciones que dudaban de la aplicación del precepto por la vulneración del principio *non bis in ídem*.

Además, hemos comprobado que el artículo 140.1.2.^a del Código Penal presenta ciertas objeciones. La primera, no existir una aclaración por parte del legislador que permita discriminar sin término de duda qué supuestos entran en la regulación del artículo 140.1.2.^a del Código Penal y qué supuestos en el artículo 139.1.4.^a del Código Penal. La segunda que castigue con la misma pena toda clase de delitos contra la libertad sexual, cuando el Código Penal ya venía haciendo distinción entre ellos. Y, la tercera objeción, la no alusión a los delitos cometidos contra la indemnidad sexual, que deriva de la no adaptación de la norma a la sociedad actual.

Por otro lado, debemos recalcar la desproporción de la pena que se le atribuye al cómplice de un delito castigado con pena de prisión permanente revisable, por seguir el legislador una línea tendente a pensar que el cómplice debía recibir un menor reproche penal y apartándose de esa línea de pensamiento cuando entra a regular el tipo hiperagravado que aborda la pena de prisión permanente revisable sin incluir ninguna explicación racional que lo justifique.

Otro aspecto controvertido, es la dificultad que supone la apreciación de la tentativa en los delitos castigados con la pena de prisión permanente revisable.

Y, por último, la complejidad de determinar el tiempo que un acusado por un delito sancionado con pena de prisión permanente revisable puede pasar en prisión provisional.

Todas estas cuestiones abordadas suman, todavía más si cabe, a un absoluto desconcierto penal y, además, generan mayores dudas sobre la constitucionalidad de esta institución.

A modo de conclusión, hemos podido observar la cantidad de aspectos relevantes que obvia el legislador y que ha tenido que ir perfilando la jurisprudencia. No podemos olvidar que esta pena de prisión permanente revisable tiene en la actualidad quince reos en nuestro país, los cuales se enfrentan a una ejecución de pena con grandes distinciones respecto a una pena privativa de libertad determinada.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.): *Derecho Procesal Penal*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch, Madrid, 2020.
- BORJA JIMÉNEZ, E.: «Reglas generales de aplicación de las penas (arts. 66, 66 bis, 70 y 71 bis CP). En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- CASALS FERNÁNDEZ, A.: *La prisión permanente revisable*. Editorial BOE, Madrid, 2019.
- CASTILLO FELIPE, R.: «Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable». En *La Ley Penal*, n.º 115, 1 de julio de 2015.
- DAUNÍS RODRÍGUEZ, A.: «La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español». En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2013. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-10-4010/Documento.pdf>
- ESCUDERO MUÑOZ, M.: «La cualificación del asesinato por la circunstancia del artículo 139.1.4.^a del Código Penal. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito», en *Foro FICP*, n.º 2018-2, septiembre de 2018.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Temas de Derecho Penal (Penología. Parte especial. Proyectos de reforma)*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1992.
- JAÉN VALLEJO, M.: «La prisión permanente revisable comienza a aplicarse». En *Elderecho.com*, 17 de julio de 2017. Disponible en: <https://elderecho.com/laprision-permanente-revisable-comienza-a-aplicarse>
- MIR PUIG, C.: «La pena de prisión permanente revisable en el Derecho Penal español en la reforma del Código Penal de 2015», GÓMEZ- JARA DÍEZ, C. (Coord.): *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Aranzadi, Madrid, 2018.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a edición. Reppertor, Barcelona, 2015.

- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.^a edición. Tirant lo Blanch, 2019.
- MUÑOZ CUESTA, J.: «La prisión permanente revisable: una pena objeto de polémica social». En *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 938, 2018.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español». En *ADPCP*, Vol. LXXIII, 2020.
- PINTO PALACIOS, F.: «Alevosía, non bis in ídem y prisión permanente revisable. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». En *Diario La Ley*, n.º 9799, de 25 de febrero de 2021.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A.; ENCINAR DEL POZO; M.A.: «Jurisprudencia sobre la nueva regulación del delito de asesinato». En *Diario La Ley*, n.º 9726, de 29 de octubre de 2020.
- ZULGADÍA ESPINAR: J. M.: «Autoría y participación», en ZULGADÍA ESPINAR: J. M. (Dir.); MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a edición. Tirant lo Blanch, Valencia.