



FACULTAD DE DERECHO

LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE: SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES

Autor: Lola María Moreno Valderas

5º E-5, Derecho y relaciones internacionales

Derecho Penal

Tutora: María Concepción Molina Blázquez

Madrid

Junio,2021

ÍNDICE

ÍNDICE	1
ABREVIATURAS	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES	4
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	4
2. ORIGEN LEGISLATIVO	6
3. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA.....	9
CAPÍTULO II: ANÁLISIS TEÓRICO DE LA PENA.....	10
1. NATURALEZA	10
2. FINES DE LA PENA.....	11
3. DELITOS PENADOS POR LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE	13
4. ANÁLISIS DE LAS PENAS ANTES DE LA REFORMA DE 2015. UNA BREVE COMPARACIÓN.....	15
CAPÍTULO III: APLICACIÓN DE LA PENA POR LOS TRIBUNALES	16
1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	17
1.1 Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 42/2017, de 14 Julio.....	18
1.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 298/2017 de 27 abril.....	20
1.3 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 636/2020 de 26 de Noviembre	22
1. PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA PENA	23
1.1 Principio Non bis in idem	23
1.2 Establecimiento de conductas castigadas con la PPR.....	30
1.3 La nueva circunstancia típica del asesinato, la finalidad de facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra y su posible colisión con el artículo 140.1.2º CP.....	32
1.4 Fase de determinación de la Pena	33
CONCLUSIONES	34
BIBLIOGRAFÍA	36

ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional

Art: Artículo

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

FD: Fundamento de derecho

LO: Ley Orgánica

LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria

PPR: Prisión Permanente Revisable

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la prisión permanente ha sido una figura no exenta de polémicas. En España, esta desapareció a principios de siglo XX, con el código penal de 1928. Sin embargo, la reforma de la ley en 2015 estableció de nuevo una figura similar, la prisión permanente revisable que, desde su promulgación, fue sometida a un recurso de constitucionalidad, recurso admitido por el Tribunal Constitucional y aún pendiente de resolver, formulado por los partidos progresistas que abogan por su íntegra derogación.

Con el presente trabajo pretendemos analizar esta pena, desde un punto de vista principalmente jurisprudencial. Para ello, comenzaremos concretando la pena, observando su régimen, cuál es su naturaleza y cuáles sus fines, lo que nos ayudara a posteriormente entender el grueso de este trabajo, el análisis de distintas sentencias y posteriormente los problemas que acarrea la pena en su aplicación, las sentencias serán escogidas por su relevancia, con el objetivo de comprender como los tribunales han ido aplicándola a lo largo de estos últimos años. También hemos considerado importante realizar una comparación breve de esta pena con las penas anteriores que se aplicaban a los delitos ahora penados con la prisión permanente revisable, lo que nos puede servir para determinar su utilidad.

Por otro lado, como hemos comentado anteriormente, se trata de una pena rodeada de defensores, pero también de una gran mayoría de opositores, basando estos su oposición en la inconstitucionalidad de la misma, es por ello que la primera parte de nuestro trabajo también incluiremos una exposición de los distintos argumentos a favor y en contra de la pena, lo que también será de ayuda en la fundamentación de nuestra opinión al respecto y enriquecerá el análisis posterior que se iremos realizando.

Para la realización del trabajo, nos valdremos principalmente de la jurisprudencia emitida por nuestros tribunales en estos últimos años, no llegando a la veintena el número de condenados por la prisión permanente revisable, analizaremos ciertas sentencias que destacan por la interpretación que realizan de distintas cuestiones, o por los problemas que se suscitan de las mismas.

En último lugar, expondremos las conclusiones derivadas del trabajo, esclareciendo el propósito principal, que es observar cómo nuestros tribunales aplican la pena y qué problemas se derivan de la misma.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES

Con la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, surge la ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, a través de la cuál fue introducida en nuestro ordenamiento la pena de prisión permanente revisable. Para entender esta compleja figura y su nueva implantación es necesario antes observar los antecedentes históricos de la misma y la transformación penal y sociológica que ha ido teniendo lugar, principalmente desde el siglo XIX.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Esta pena, podemos decir, como indica la doctora en derecho Tàlia González ¹que consta de tres etapas: la primera de ellas es aquella en la que la pena es considerada de gran utilidad y la mejor manera de reducir el índice de criminalidad de la época, en la segunda etapa se llega a prescindir de la misma, puesto que es considerada contraria al fin resocializador que tienen las penas y un ataque a la dignidad humana. Por último, en la tercera etapa la pena se recupera, aunque, eso sí, con un carácter revisable.

En la primera etapa, que acabamos de mencionar, hablamos de principios de siglo XIX, donde vemos como tiene lugar una contención punitiva, es la época de la Ilustración y muchos de los ilustrados se oponen a la pena capital, aunque defienden la privación de libertad de por vida. El derecho penal, también se ve influenciado por la llegada de las ideas ilustradas, y es así como surge una nueva concepción del mismo guiada por el principio de legalidad y el de igualdad penal, apareciendo, consecuentemente, garantías procesales y penales. Vemos, por tanto, una época marcada por un derecho penal de

¹ González Collantes, T, “Las Penas de Encierro Perpetuo desde una Perspectiva Histórica”, Foro, Nueva época, vol. 18, núm. 2, 2015, pp. 51-91

tendencia mucho más humanista, el inicio de un pensamiento enfocado a responder ante los delitos con la corrección, como alternativa al castigo.² En 1822 se aprueba el primer Código Penal español, donde se incluía la pena de trabajos perpetuos que llevaban aparejados la privación de libertad. Según algunos autores, la pena perpetua era necesaria puesto que permitía así la sustitución de la pena de muerte. Sin embargo, este Código tuvo una duración muy breve, debido a la restauración del absolutismo con Fernando VII, lo que supuso su abolición. Más adelante en 1848, se aprueba de nuevo el texto legal, en el cuál desaparece la pena de trabajos perpetuos, pero simplemente para nombrarla de un modo distinto, cadena perpetua, que al igual que la pena de trabajos perpetuos implicaba trabajar en beneficio del Estado en trabajos duros y penosos. Además, no se contemplaba, en principio, la posibilidad de sustituirla por otra, por lo que la finalidad de corrección del culpable no se cumplía realmente, no teniendo esperanza de volver a la sociedad.³ Pacheco, jurista y protagonista de la elaboración del texto afirmó que “Toda pena perpetua tiene para nosotros alguna cosa de repugnante que difícilmente perdonamos por todas las consideraciones que la recomienden.”⁴ Pero, para muchos autores, la cadena perpetua y los sufrimientos derivados de la misma eran necesarios para evitar la pena de muerte. Esta primera etapa, podemos decir que finaliza con el código penal aprobado en 1870, tras la revolución de 1868 y la promulgación de la constitución del 69. Se trata, realmente, de una reforma del anterior código del 48, por lo que la pena perpetua sigue apareciendo, lo que es contrario a los progresos que estaban teniendo lugar en el entorno internacional en cuanto al derecho, aunque esta vez hemos de señalar que los condenados serían indultados pasados treinta años,⁵ algo en lo que influyeron las ideas de la Escuela Correccionalista.⁶

En la segunda etapa, nos adentramos en el siglo XX, vemos cómo a partir de este momento los códigos que se van aprobando tienden a una humanización del sistema, enfocándose más en la rehabilitación del reo, desapareciendo así la pena perpetua.⁷ En 1928 se aprueba el siguiente código, fue el primero en eliminar expresamente la cadena perpetua, aunque seguía vigente la pena de muerte. Tres años después, en 1931, se

2 Pascual Matellán, L, “La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un derecho penal deshumanizado”, *CLIVATGE*, número 3, 2015,53.

3 González Collantes, T,*Op, cit*, pp. 51-91

4 J. F. Pacheco, El Código Penal concordado y comentado, vol. I, p. 315, citado en “Las Penas de Encierro Perpetuo desde una Perspectiva Histórica”, p 59.

5 González Collantes, T,*Op, cit*, pp. 51-91

6 La escuela correccionalista estaba basada en las ideas humanitarias, basando su pensamiento en la corrección de los delincuentes siempre desde medidas correctas y benévolas.

7 Mir Puig, S. *Derecho penal. Parte General*, 4ª Edición, Barcelona, 1996, p.699.

proclama la II República, era necesario, por tanto, regular la materia penal en una forma distinta, por lo que se deroga el código del 28 y se promulga el nuevo en 1932, prácticamente análogo al de 1870, aunque, la cadena y la reclusión perpetua son eliminadas, al igual que la pena capital, por lo que seguimos viendo la intención de humanizar el texto. Tras este último código del 32, en el 44 se aprueba un código penal reformado, debido al cambio político acontecido tras la Guerra Civil, en este la pena de muerte vuelve a ser introducida, sin embargo, no es así con la reclusión perpetua. En 1973 se produce una reforma del mismo, en lo que se refiere a la pena privativa de libertad que mantiene lo establecido en el código de 1944.⁸

Finalmente, desde 1980, se presentarán diferentes proyectos legislativos, hasta el código penal actual de 1995, que fue conocido como el Código Penal de la Democracia, el cual ha sufrido hasta ahora treinta y dos modificaciones, siendo en 2015 cuándo la prisión permanente revisable se introduce, derivada de la crisis de la resocialización y el tratamiento de los criminales que se venía gestando desde los 70.⁹ El principal promotor político de esta pena, fue, principalmente el Partido Popular, que tras la reforma de 2010¹⁰, introdujo numerosas enmiendas con el objetivo de establecer esta penalidad. En estas enmiendas se justificaba la prisión permanente revisable con una finalidad de prevención especial positiva, se trataba de una pena excepcional, a aplicar en supuestos particulares, que además se diferenciaba de anteriores preceptos históricos por su carácter revisable, propio del modelo de prisión indeterminada europeo.¹¹

2. ORIGEN LEGISLATIVO

Una vez establecida la pena en su contexto histórico, es importante observar la actual pena y su origen legal. Como hemos comentado antes, desde los 70 ya se venía gestando una situación propicia para la inclusión de una pena como esta, los ciudadanos venían demandando una pena más estricta.

8 Casals Fernández, A. *La prisión permanente revisable*. BOE, Madrid, 2019, pp.121-122

9 Mir Puig, S. *Op. cit*, p.699.

10 En 2010, se produce la primera reforma de la ley

11 Casals Fernández, A, *Op. Cit*, pp.121-122

A pesar de que España tenía una de las tasas de criminalidad más bajas de toda Europa y uno de los ordenamientos jurídicos más estrictos¹², en 2010 el PP intentó por primera vez introducir esta pena, en este caso, la pena era muy similar a la finalmente introducida, se cumplirían inicialmente 20 años de condena, y tras estos se podría proceder a la revisión de la condena. Sin embargo, no fue hasta 2011 cuando el PP obtuvo mayoría absoluta y pudo así incluir esta pena en sus propias reformas, que se fue modificando durante la tramitación parlamentaria hasta convertirse en la regulación actual.¹³

En general, su establecimiento obedeció a una necesidad social de endurecimiento de las penas que castigaban los crímenes más graves, algo que se venía reclamando durante años.

Toda reforma penal ha de estar motivada, debe partir de una necesidad que el Derecho pueda resolver, por tanto, si atendemos a la ley, concretamente a la exposición de motivos, podremos ser más concretos en cuanto a los justificantes de esta reforma.

En primer lugar, el legislador hace referencia a la Justicia como justificante primordial de esta reforma, haciendo referencia a la necesidad de que los ciudadanos dispongan de resoluciones judiciales previsibles y justas, para fortalecer la confianza en la Administración de Justicia. Por ello, se introduce la prisión permanente revisable, una pena dirigida a los delitos de extrema gravedad, los cuáles los ciudadanos demandaban una pena proporcional. Indica también la ley, además del concepto de justicia mencionado anteriormente, que afronta con esta reforma dar una mayor eficacia a la justicia penal.¹⁴

En el mismo Preámbulo (II), le ley nombra aquellos delitos para los cuáles será impuesta la PPR, y además remarca que esta no es incompatible con la revisión del penado, puesto que no renuncia a la reinserción de este. Nos indica que, cualquier duda de inhumanidad se despeja al tener el condenado una libertad futura, puesto que, una vez ha cumplido este una parte de la condena, sus circunstancias y el delito cometido serán revisados por un tribunal colegiado, que garantizará así qué pronóstico favorable de reinserción social es la más idónea en cada caso. Si concurren los requisitos para que el penado pueda

12 Tras la reforma de 2003 se introdujeron modificaciones que permitían en los casos más relevantes de concurso real, un cumplimiento íntegro de la pena, que podía ser de hasta 40 años.

13 López Peregrín, C. "Más motivos para derogar la prisión permanente revisable" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 20-30, pp. 1-2

14 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.

recuperar la libertad, entonces comenzará un periodo de libertad condicional en el cuál ciertas medidas de control serán aplicadas. En el caso contrario, si el penado no cumpliera con los requisitos necesarios para su puesta en libertad, se fijará un plazo para revisar su situación de nuevo. Todo este funcionamiento de la ejecución de la PPR es explicado para poder afirmar que la pena, no es una pena definitiva, sino que como se indica en la ley, *se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.*¹⁵ Finalmente, en este mismo motivo, el legislador hace referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para defender que la pena es acorde al Convenio, *pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio*¹⁶.

En dos motivos más de esta reforma se menciona la PPR, en el Preámbulo (V), en el cuál se indica que se introducen tres modificaciones de relevancia en los supuestos de concesión de libertad condicional, siendo uno de ellos la introducción del régimen de revisión de la PPR, como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de ejecución de la pena. Indica, también, que para el sistema de revisión de la pena se establece un doble régimen, cuando se haya cumplido parte de la condena, entre veinticinco y treinta años, el tribunal revisará de oficio la situación, y el penado también podrá solicitarlo.

Finalmente, en el Preámbulo (X) se nombra la PPR para simplemente indicar su introducción ante los asesinatos especialmente graves del artículo 140 del Código Penal. Realmente, aquí se hace referencia al principio de proporcionalidad, puesto que se trata de una pena que queda reservada a los delitos de mayor gravedad en los que está justificada una respuesta extraordinaria.

En definitiva, de la exposición de motivos de la ley podemos deducir que el legislador usa varios justificantes para esta pena, en primer lugar por cumplir con unos estándares de justicia más elevados y otorgar a la justicia penal mayor credibilidad, por otro lado, la

15 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, Preámbulo (II)

16 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, Preámbulo (II)

PPR y su indeterminación está justificada puesto que no es incompatible con la revisión del penado, de hecho, se establece un sistema para ello, y además es compatible con la jurisprudencia del TEDH, además de ser en realidad un modelo extendido en el Derecho Comparado.

Finalmente, se considera que no hay lugar para dudar de la humanidad de la pena puesto que la reinserción del penado es el fin de la pena, al existir un sistema de libertad condicional pasados unos determinados años. Más allá de estos motivos, no se ofrece ningún estudio empírico que evidencie una necesidad, en términos criminológicos, de la implantación de esta pena.

3. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA

Desde su introducción a nuestro ordenamiento, la pena no ha estado libre de objeciones, principalmente las relativas a su constitucionalidad. En la exposición de motivos que hemos observado, se justifica su establecimiento argumentado la necesidad de la ciudadanía de tener garantizado un ordenamiento que les protegiera y además determinan que se trata de una pena constitucional y acorde con la jurisprudencia del TEDH.

Pero por otro lado, son muchos, la mayoría, los que se oponen a la misma, basando sus argumentos en la inhumanidad y la vulneración de la constitución por parte de la pena.

- En primer lugar, consideran que la pena vulnera los artículos 15 CP (prohibición de penas inhumanas y degradantes) y el 3 CEDH. Tanto el TC como el TEDH han reconocido que un encarcelamiento de por vida si expectativas de libertad es inhumano, el TEDH dice que vulnera la dignidad humana la privación de libertad de por vida sin otorgar al reo una posibilidad de recobrarla un día. La prisión permanente es cruel e inhumana porque ocasiona al reo padecimientos psíquicos de gran intensidad, debido a la falta de expectativas de libertad futura, la prisión de por vida genera desesperanza, desaliento, etc. Como ha sido puesto de relieve por el Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa y ONU en sus informes, el encarcelamiento a largo plazo tiene graves efectos sobre los internos, que derivan en trastornos psicológicos y deterioro de las habilidades sociales.¹⁷

¹⁷ Yagüe Rodríguez, C, “Dictamen Contra la cadena perpetua”, *Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, 2015, pp 28-32 1-180

- Se vulneran los principios de culpabilidad y proporcionalidad, el último párrafo del art. 92.3 CP permite revocar la suspensión ya concedida si se produce un cambio en las circunstancias que dieron lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundó la decisión, esta indeterminación vulnera el principio de culpabilidad.
- Se vulnera el derecho a la libertad del art 17 CP
- Se vulnera el mandato de determinación de las penas y el de resocialización, el segundo contenido del mandato constitucional del art. 25.2 es la reinserción social, aunque la pena establezca un sistema de revisión, los efectos del encarcelamiento prolongado son devastadores, haciendo muy difícil una reinserción social tras veinte años de efectivo cumplimiento hasta la suspensión.

18

Estos son algunos de los principales puntos que los opositores de la pena más remarcan, vamos ahora a comenzar el análisis teórico de la pena, que nos permitirá entender los problemas que conlleva su interpretación.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS TEÓRICO DE LA PENA

1. NATURALEZA

La prisión permanente revisable, a pesar de la importancia que tiene su introducción en nuestro ordenamiento jurídico, carece de una definición específica en nuestro Código, como ya hemos comentado. Por ello, se debe observar su regulación legal, dispersa en el articulado del Código junto con la exposición de motivos anteriormente mencionada para conocer el concepto y la naturaleza jurídica de esta figura.

Antes de comenzar a analizar su naturaleza, es interesante observar como el concepto de cadena perpetua ha ido cambiando y se ha ensanchado, englobando tres tipos: la perpetua

¹⁸ Ríos J, *La Prisión perpetua en España, razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Sareak, San Sebastián, 2013, pp. 154-155

propriadamente dicha, la de larga duración y finalmente la revisable, o modelo indeterminado de prisión, que es la que nuestro ordenamiento jurídico recoge.

En primer lugar, debemos hablar de una pena indeterminada, esto es así debido a su duración, tiene un carácter permanente, sin embargo, está sometida a revisión, por lo que podría llegar a ser perpetua o no, siempre con la garantía de que debe de ser revisada en los plazos. El régimen de revisión se producirá tras el cumplimiento íntegro de al menos 25 años de la condena.^{19 20} La diferencia fundamental de la PPR con la pena de prisión ordinaria es que en esta última sí existe un límite máximo de años de cumplimiento, sin embargo, no es así con la PPR, en la cuál, la sentencia condenatoria no fija un plazo concreto.

Es una pena además privativa de libertad, clasificada como pena grave según el artículo 33.2 del CP, y que solo podrá imponerse en supuestos de excepcional gravedad como indica el Preámbulo de la ley. Si atendemos también al artículo 35 vemos como la PPR se incluye en el mismo como una pena privativa de libertad autónoma a la pena de prisión ordinaria. Los determinados supuestos a los que se puede aplicar, a los que haremos referencia más adelante, son una lista cerrada de delitos. Ya que es aplicada en supuestos de excepcionalidad, la pena se aplica de manera única y fija, por lo que hay imposibilidad de graduar el injusto y la culpabilidad respecto de una pena base que tenga un límite máximo y mínimo, al igual que tampoco podrán ser aplicados agravantes ni atenuantes de la responsabilidad criminal.²¹

2. FINES DE LA PENA

Respecto a los fines de la PPR, es necesario primero hacer referencia a las diferentes teorías que se han constituido respecto a este tema. Por un lado, tenemos la teoría de la retribución, o absoluta, según la cual las penas deben de conseguir la realización de la justicia como valor ideal, la pena tiene un carácter absoluto y constituye un fin en sí

19 Rubio Lara, P.A, “Pena de prisión permanente revisable: análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad” *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.3, 2016, p.5 (1-32)

20 El Tribunal Supremo ha indicado en su jurisprudencia que el mandato constitucional de la resocialización podría incumplirse cuando se trate de penas muy elevadas en su duración, STS de marzo de 1993.

21 Casals Fernández, A. *Op. Cit*, p.133

misma.²² Por otro lado, tenemos las teorías relativas, que consideran que la pena ha de cumplir una función de protección en la sociedad, como la prevención, que a su vez sigue dos tendencias la prevención general dirigida a la sociedad y la prevención especial dirigida al individuo concreto que comete el delito. Atenderemos a esta última para observar los fines de la PPR.²³

Si la PPR ha de cumplir con los fines de prevención general y especial, por un lado, la prevención general que debe cumplir la pena ha de servir como un mecanismo de intimidación para incentivar a los ciudadanos a no lesionar los bienes jurídicos protegidos. Esta prevención se consigue con la amenaza abstracta del castigo en la tipificación del delito, pues lo que se intenta lograr es evitar la comisión de un delito mediante la intimidación a los potenciales delincuentes que haya en la sociedad. Por tanto, en nuestro caso, esta prevención general, la vemos tanto en la norma penal, como en la ejecución, con el efecto disuasorio de la pena, ya que se trata de una pena larga e indeterminada.²⁴ Sin embargo, son varias las críticas que se hacen a el objetivo de la PPR de lograr un efecto disuasorio, por ejemplo la referencia de países europeos y norteamericanos que muestran que aumentar el número de reclusiones penitenciarias y su duración no disminuye prácticamente los índices de delincuencia.²⁵

Igualmente, hemos de hablar de prevención general positiva, cuyo objetivo es crear en la sociedad una consciencia de que el derecho penal protege los bienes jurídicos a través de la protección de valores éticos y sociales elementales. En la PPR, podemos observar como la exposición de motivos antes mencionada hace referencia a este tipo de prevención cuando señala que la reforma tiene como objetivo fortalecer la confianza en la Administración de Justicia. Sin embargo, al igual que en la prevención general negativa, gran parte de la doctrina hace una crítica a la introducción de la pena justificándola en la

22 Migliardi Durán, M. “TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA: ORIGEN Y FUNDAMENTOS. CONCEPTOS Y CRÍTICAS FUNDAMENTALES A LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN MORAL DE IMMANUEL KANT A PROPÓSITO DEL NEORETRIBUCIONISMO Y DEL NEO-PROPORCIONALISMO EN EL DERECHO PENAL ACTUAL”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, nº16,2011, p.95 (91-113)

23 Sánchez Icuza, I. *La prisión permanente revisable: Un análisis a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del modelo inglés*, Tesis Doctoral, Bilbao, 2019, pp.40-41

24 Rubio Lara, P.A, Op. cit, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.3, 2016, p.6

25 Sánchez Icuza, I. *Op.cit.* Tesis Doctoral, Bilbao, 2019, pp.44-46

prevención general positiva, puesto que lleva a una utilización política del Derecho penal, ya que las demandas sociales no son motivo esencial para una reforma penal.²⁶

De otro lado, la pena de prisión permanente revisable ha de cumplir una función de prevención especial, función dirigida no a la sociedad, sino al delincuente concreto, tratando de que este no cometa hechos delictivos en el futuro, y a su vez, corrigiéndole; situación esta que podría darse con esta pena indeterminada en el tiempo y tan severa, donde la libertad solo podría tener lugar si se ha conseguido la resocialización.

Además de la prevención general y especial, la resocialización es otro de los fines de las penas de nuestro ordenamiento. Principalmente, la finalidad última de la resocialización del delincuente se encuentra en que este respete la Ley penal y se abstenga de cometer delitos en el futuro, sin que eso suponga hacer suyos los valores concretos de la sociedad.²⁷ En la exposición de motivos, ya se indica que la PPR es una pena esta sujeta a revisión, por lo que la reinserción del penado sería posible.

Por tanto, podemos concluir que la PPR, principalmente a través del Preámbulo de la ley, justifica su introducción en nuestro ordenamiento en base a los fines de prevención que toda pena debe cumplir, sin embargo, son varias las críticas que ha recibido argumentando estas que la PPR no acaba de cumplir con los fines, o que no es la pena más adecuada para ello. Son críticas a las que le dedicaremos un espacio más adelante en el análisis de la constitucionalidad de la pena.

3. DELITOS PENADOS POR LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

La PPR no se encuentra definida como tal en nuestro código penal, pero podría definirse atendiendo a su naturaleza como aquella consecuencia jurídica del delito que se constituye como una pena de privación de libertad, con carácter grave, de duración indeterminada, pero sujeta a un régimen de revisión y que solamente se podrá imponer en supuestos de excepcional gravedad.

En cuanto a su regulación normativa, esta se encuentra dispersa en varios artículos del código. Se trata de delitos de excepcional gravedad y que reciben mayor castigo penal en

26 Sánchez Icuza, I. *Op.cit.* Tesis Doctoral, Bilbao, 2019, pp.41-42

27 Rubio Lara, P.A, *Op. cit. Revista Aranzadi Doctrinal*, num.3, 2016, pp.6-7

función de las condiciones o cualidad de la víctima, así como por la concurrencia de dos o más delitos, o bien por las circunstancias del autor, en otros.

Encontramos los asesinatos especialmente graves del artículo 140 del CP, donde podemos diferenciar:

a).-Por razón del sujeto pasivo, se aplicará la pena de prisión permanente revisable en los casos en 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; lo que incluiría a niños, enfermos, ancianos o discapacitados físicos o psíquicos.

b).-Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima, sin hacer distinción alguna entre los diferentes delitos contra la libertad sexual.

c).-Por razón del sujeto activo, cuando el asesinato lo hubiera cometido quien pertenezca a un grupo u organización criminal

d).-Para los asesinatos reiterados, cuando el reo de asesinato hubiera sido condenado por la muerte de dos o más personas²⁸

Además del artículo 140, hay que sumar los delitos del 485, es decir, los delitos contra la Corona, concretamente la muerte del Rey, la Reina o el príncipe o Princesa de Asturias (artículo 485.1), también se aplicará este castigo cuando se produzca el homicidio del Jefe de un Estado extranjero, o de otra persona internacionalmente protegida por un tratado, que se halle en España, atendiendo al artículo 605 del CP y por último el artículo 607.1,1º indica que los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, serán castigados con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros. Finalmente, los delitos de terrorismo si tiene lugar un homicidio del artículo 573 bis 1.1º del CP.

Es importante destacar, que ya que la PPR solo se aplica en supuestos de excepcional gravedad, si hablamos de un asesinato cometido tras un delito contra la libertad sexual, esta podría ser entendida como una agresión sexual o una violación, sin embargo no es

28 Artículo 140 del Código Penal.

así, cualquier delito contra la libertad sexual estaría incluido, así lo establece la sentencia 636/2020 que veremos después.

Por tanto, podríamos decir que son estos supuestos los castigados por la PPR: asesinato hipercualificado (140 CP), aplicable en los casos de asesinato a menores de dieciséis años o personas especialmente vulnerables, asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual, asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal asesinatos reiterados o cometidos en serie. Homicidios del Jefe de Estado o sus herederos (art 485 CP), genocidio o crímenes de lesa humanidad (art 607 CP) y homicidio con fines terroristas (art 573 CP)

4. ANÁLISIS DE LAS PENAS ANTES DE LA REFORMA DE 2015. UNA BREVE COMPARACIÓN

Uno de los síntomas de nuestro tiempo es el continuo proceso de reforma al que se ha visto sometido el derecho penal, la voluntad de permanencia que debe de caracterizar al código ha quedado en un segundo lugar. Es necesario que el derecho se adecue a la evolución de la sociedad y por tanto que la escuche, sin embargo, es de igual importancia que la opinión pública no sea la principal motivación que justifique el endurecimiento de las penas, sin atender al verdadero impacto de las normas vigentes. Ya que nuestro actual código se ha visto sometido a numerosas reformas, para finalizar este análisis teórico de la pena, hemos considerado interesante observar qué penas eran las aplicadas por los Tribunales en los delitos que ahora abarca la PPR. Podremos ver así tanto la tendencia que ha ido siguiendo el derecho penal en los últimos años como la diferencia que existe entre la aplicación de la PPR u otras penas. Para esta comparación, nos centraremos en el código vigente anterior a la reforma.

Con la introducción del CP de 1995, ya fueron introducidos numerosos cambios, se eliminaron figuras delictivas y las penas privativas de libertad aumentaron su duración, vemos una tendencia más punitiva que en el código del 73. Por otro lado, el código de 2003 aumenta el límite máximo de la pena privativa de libertad a 40 años y baja el mínimo a 3 meses. Finalmente, la última reforma crea nuevos tipos penales y endurece los ya

existentes. Es decir, la tendencia a endurecer el sistema penal lleva años dándose en nuestro ordenamiento.²⁹

Veamos cómo estaba regulado el artículo 139 y el 140 en el código anterior.

Art. 139: Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a Con alevosía.

2.^a Por precio, recompensa o promesa.

3.^a Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.³⁰

Por tanto, aquí vemos que lo que ocurre con la reforma de 2015 es que la pena de prisión asciende su máximo cinco años.

Art. 140: Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años.³¹

En el actual artículo 140 se establece la PPR, los delitos ahora condenados por PPR eran asesinatos en el código anterior, siendo la máxima pena de 25 años, en el caso de concurrieran dos circunstancias del 139, sin embargo, las penas podían llegar a ser de 40 años, lo que nos hace plantearnos si realmente no existía ya una cadena perpetua encubierta.

CAPÍTULO III: APLICACIÓN DE LA PENA POR LOS TRIBUNALES

Tras haber observado la evolución histórica de la pena perpetua en nuestro ordenamiento, la justificación del legislador, su regulación y requisitos de aplicación, nos adentraremos ahora en el grueso de nuestro trabajo, que no es otro que la observación de nuestros

²⁹ Pascual Matellán, L, “Op.cit”, *CLIVATGE*, número 3, 2015, pp 55-56 (51-64)

³⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 139

³¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 140

tribunales en su aplicación de la pena. Para ello, procederemos a analizar varias sentencias relevantes, dictadas desde la instauración del delito, centrándonos en el problema jurídico y en el fallo del Tribunal, para posteriormente poder realizar una comparación.

Es importante señalar que la regulación estudiada contiene ciertos fallos técnicos, que dan lugar a problemas en su aplicación, a colisiones con principios y garantías básicas del derecho penal, como el *non bis in idem*, algo que también analizaremos.

1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Si atendemos al último Boletín de Información Estadística del CGPJ sobre la PPR, a Julio de 2019, son diez las sentencias dictadas por las que se condena a PPR. Concretamente, una dictada en 2017, cuatro en 2018 y cinco en 2019.

Son varias las características que se derivan de las mismas, todos los condenados han sido hombres. Las víctimas han sido cinco niñas, dos niños, cinco mujeres y cuatro hombres. En siete casos, la causa de aplicación de la prisión permanente revisable fue la especial vulnerabilidad de la víctima, en cinco por ser menor de 16 años, y en dos por discapacidad. En tres casos por un delito sexual previo. En un caso concurría, además de la especial vulnerabilidad de las víctimas, el hecho de haber más de dos muertes. En todos los casos había calificación de alevosía, y en cuatro de parentesco entre víctima y condenado. En dos casos hubo agravante de género y en cinco la condena incluyó al menos otro delito, en cuatro de ellos el otro delito era agresión o abuso sexual.³²

Más adelante, un año después, asciende a quince el número de condenados a esta pena, entre ellas, una mujer es condenada por primera vez a la PPR, por el asesinato a un menor.

Dentro de estas sentencias hemos decidido destacar algunas para su análisis.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 42/2017, de 14 Julio, al ser la primera dictada en España en la que se impone la pena, es de gran interés que la observemos, por otro lado, serán analizadas posteriores sentencias, todas ellas del Tribunal Supremo, la segunda sentencia es de interés puesto que refleja como la PPR

32 Consejo General del Poder Judicial, Boletín de Información de Estadística, nº 66, la prisión permanente revisable

puede resultar más favorable que la pena impuesta a ciertos delitos ahora castigados con la PPR y que en la anterior regulación tenían una pena mayor. La tercera...

Para el análisis de estas sentencias, seguiremos este esquema, comenzaremos explicando los hechos acontecidos, y el recorrido procesal, después analizaremos el problema jurídico principal y la decisión del Tribunal, observando sus argumentos jurídicos.

1.1 Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 42/2017, de 14 Julio

Como hemos mencionado, se trata de la primera sentencia por la que una persona, fue condenada a PPR, concretamente el acusado, llamado Eloy según la sentencia, cometió asesinato alevoso contra sus dos hijas menores, siendo de aplicación la PPR del artículo 140.1 del CP, entre otras.

En el proceso, fueron parte el acusado, el Ministerio Fiscal y la denunciante Ángela, madre de las víctimas y poseedora de la custodia de las mismas.

El Juzgado de Instrucción acordó la apertura de juicio oral contra el acusado por presuntos delitos de asesinato, correspondiendo el conocimiento a la AP de Pontevedra.

Si atendemos a los hechos probados, el 31 de Julio de 2015, Eloy, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su domicilio, acaba con la vida de sus hijas Angustias y Sonsoles, nacidas en 2010 y 2006 respectivamente, degollándolas con una sierra eléctrica y con un arma blanca. En ambos casos, se aprovechó de su natural indefensión, y de su bajo nivel de conciencia pues les había hecho ingerir Nordiazepam, oxacepan y tizadinina, para adormecerlas. En el caso de Sonsoles, los fármacos no produjeron el efecto deseado y fue atada con cinta americana.

Atendiendo ahora a los fundamentos de derecho, en el FD (2º), se nos indica que el tribunal del jurado, consideró por unanimidad al acusado culpable de los dos asesinatos, cualificados por alevosía y agravados por el hecho de ser víctimas menores de 16 años, atendiendo como elementos de convicción a la declaración del propio acusado, las declaraciones testificales y los informes periciales, estos últimos indicaban que en el caso de Sonsoles hubo lucha e intentos de escapatoria, y los exámenes psicológicos y psiquiátricos practicados al detenido descartan cualquier tipo de patología en el mismo.

En el siguiente FD (3º), se analizan los distintos tipos penales que el acusado ha cometido. Los hechos declarados por el Jurado son constitutivos de dos delitos de asesinato, atendiendo al artículo 139.1 del CP *1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía.* Como dice la AP, concurren todos los elementos del tipo penal, tanto el elemento subjetivo, como el objetivo. Respecto al elemento subjetivo, hay dolo, hay una voluntad de realizar el delito, se considera así puesto que el acusado entra en las habitaciones de sus hijas con la intención de matarlas, para ello el Jurado atiende a: 1) la declaración del acusado, 2) las periciales que prueban la intención del acusado de matar a las víctimas. Respecto al elemento objetivo, este viene dado por el resultado de la muerte y la relación causal de los actos de Eloy y esta consecuencia. Por tanto, estos elementos, junto con la característica de alevosía hace que nos encontremos ante dos asesinatos.

En este mismo fundamento, se analiza la circunstancia de alevosía. El Jurado consideró que existía alevosía por tratarse de la muerte de dos niñas menores que se encontraban en la vivienda de su padre, cerrada, sin presencia de terceros, con la música alta y habiendo suministrado el acusado fármacos a las víctimas, es decir, consideran que hay alevosía por el desvalimiento e indefensión en el que se encontraron las menores. La AP, hace referencia aquí, para esclarecer que entendemos por alevosía a la jurisprudencia del TS, que ha venido considerando con carácter general que la muerte de seres indefensos, como por naturaleza son los niños, es siempre alevosa, teniendo como fin la alevosía el ejecutar un delito sin riesgo. La AP hace referencia también a los distintos tipos de alevosía, mencionados en la Sentencia 49/2004 de 22.1 de la misma sala, que distingue:

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

*c) alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento.*³³

La AP, al amparo de estos tipos de alevosía, considera que, al menos existe una alevosía de desvalimiento puesto que el acusado se aprovecha del desamparo de las víctimas, al suministrarles fármacos, que deprimieron su sistema nervioso.

En el FD (4º), la AP considera que Eloy es el autor responsable de los actos (art 28.1 CP), concurriendo además la circunstancia mixta de parentesco (art 23 CP).

En el último FD (5º), se establece que la pena a imponer es la PPR, de acuerdo, al artículo 139.1, en relación con el artículo 140.1, al ser víctimas menores de 16 años.

Finalmente, el fallo de la AP condena a Eloy como autor de dos delitos de asesinato, cualificados con alevosía y agravados por el hecho de que las víctimas son menores de dieciséis años concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de prisión permanente revisable.

Como hemos podido comprobar, esta sentencia, es interesante no sólo por ser la primera en condenar a PPR, sino también por el análisis que hace de la agravante de alevosía, pues nos será de utilidad para entender posteriores sentencias donde la alevosía juega un papel importante en el principio non bis in idem.

1.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 298/2017 de 27 abril.

Vamos ahora a analizar esta sentencia del TS, que ya hemos mencionado en el capítulo II, la cuál es muy interesante para observar cómo la PPR, a pesar de ser considerada una pena muy severa, puede resultar más favorable que la pena impuesta a ciertos delitos ahora castigados con la PPR y que con anterioridad a su introducción tenían una pena mayor.

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm 42/2017, de 14 Julio

En este caso, el acusado , presenta un recurso de casación contra auto dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 14 de noviembre de 2016, que consideraba que no procedía la revisión de la pena impuesta al penado solicitada al amparo de la reforma de la LO 1/2015.

Si atendemos a los antecedentes de hecho, concretados en el Auto, el recurrente fue condenado como *responsable en concepto de cooperador necesario de ciento noventa y dos delitos de homicidio terrorista consumados en concurso ideal con dos delitos de aborto, mil novecientos noventa y un delitos de homicidio terrorista en grado de tentativa, cinco delitos de estragos terroristas y como autor de un delito de falsificación de placas de matrícula de vehículo automóvil, con la atenuante de anomalía psíquica, a las penas de veinticinco años de prisión por cada delito de homicidio terrorista consumado, quince años de prisión por cada delito de homicidio terrorista en grado de tentativa y diez años de prisión por cada uno de los cinco delitos de estragos terroristas, e inhabilitación absoluta por un tiempo superior en seis años al de duración de las penas privativas de libertad y la prohibición del derecho de acudir al lugar de residencia de las víctimas y de comisión del delito por tiempo de diez años, y seis meses de prisión y multa de seis meses.*³⁴ El TS al resolver el recurso de casación confirmó las penas que le habían sido impuestas por la AN.

De acuerdo al artículo 76.1 d) la pena fue limitada a cuarenta de efectivo cumplimiento, el recurrente solicitó de la AN que se le aplicaran retroactivamente las normas del CP tras la reforma de 2015, ya que la prisión permanente revisable le resultaba más beneficiosa. La AN deniega la revisión de la pena, por lo que Fabio vuelve a interponer un recurso de casación ante el TS, alegando una infracción del artículo 2.2 CP³⁵ y las disposiciones primera y segunda de la LO 1/2015. Sin embargo, el TS en su FJ 1º establece que *la pena impuesta, después del establecimiento de un límite de cumplimiento, queda establecida en un máximo de cuarenta años, mientras que la prisión permanente revisable, no está limitada en su extensión temporal. Por ello, considerada taxativamente, resulta de mayor gravedad que la anterior. Y, aunque pueda tener una duración menor en privación efectiva de libertad, esa posibilidad depende de la decisión del Tribunal, que habrá de*

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal núm. 298/2017, de 27 de Abril, Fundamento de derecho 1º

³⁵ Art. 2.2 CP tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviera cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo.

*valorar las circunstancias del penado, las cuales, en la medida en que dependen de cada caso concreto, no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de la determinación de la disposición más favorable*³⁶ El recurrente también hace referencia al acceso al tercer grado, que podría serle provisto antes con la PPR, sin embargo el TS apela al Ministerio Fiscal que indica que no le sería aplicable una sola PPR, sino 192, por el art. 573 bis 1.1º, y que por tanto, sería necesario que cumpliera treinta y dos años para el tercer grado, por el artículo 78 bis.

Finalmente el TS desestima el recurso de casación y deniega la revisión de las penas impuestas.

Esta sentencia es interesante, puesto que, aunque el Tribunal haya argumentado que la PPR es taxativamente de mayor gravedad, en la práctica, probablemente tras 25 años de condena el penado podría comenzar a tener ciertos permisos, es cierto que no podemos adelantar las circunstancias del penado tras esos años de condena y que depende del Tribunal valorarlo, pero sí las circunstancias fueran las necesarias, el penado comenzaría a tener cierta libertad que con la pena anterior no lograría hasta los cuarenta años. Lo que nos indica que realmente la PPR, a pesar de justificarse en la exposición de motivos como una pena que se implantaba para castigar los delitos que más temor social generaban, podemos ver como en ciertos casos su planteamiento podría no lograrse.

1.3 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 636/2020 de 26 de Noviembre

Esta sentencia, es interesante puesto que se trata de un caso muy mediático, que fue el asesinato de Diana Quer. Es relevante puesto que marca jurisprudencia respecto al artículo 140.1.2ª *Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.*

En este caso el acusado es condenado a PPR por un asesinato con la finalidad de ocultar un delito previo contra la libertad sexual y también es penado con 4 años y un día de prisión por un delito de detención ilegal y un delito de agresión sexual, en concurso medial.

Como comentaremos más adelante, en el capítulo de la aplicación de la pena, respecto a este precepto, surgen varias cuestiones, una de ellas es la posible concurrencia con el

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal núm. 298/2017, de 27 de Abril, Fundamento de derecho 1º

asesinato del 139.1.4º *Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*. Esta concurrencia podría dar lugar a un bis in idem, sin embargo, en este caso el TS establece que se castiga con PPR por un asesinato con la finalidad de ocultar un delito previo contra la libertad sexual de la víctima. La sentencia no considera la posibilidad de un bis in idem, directamente se aplica la hiperagravante del 140 CP.

Además, otro dato importante es que el tribunal recuerda que hasta tocamientos fugaces son constitutivos de un delito contra la libertad sexual, por lo que no se exigen actos más graves atentatorios contra la misma para constituir el delito contra la libertad sexual al que se refiere el art. 140.1.2º CP para acudir a la pena de prisión permanente revisable. Esta cuestión es muy importante, porque en la ley no se especifica que delitos sexuales son los que ha de considerarse y en esta sentencia se establecen que todos.³⁷

1. PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA PENA

La PPR, como hemos podido observar ha sido aplicada por nuestros tribunales desde su introducción en nuestro ordenamiento. Sin embargo, no solo su constitucionalidad es puesta en duda por parte de aquellos que se oponen a la misma, sino que son varios los problemas que ha suscitado su aplicación, y que son necesarios analizar para comprender qué dificultades supone en la práctica la PPR. Algunos de ellos los hemos mencionado anteriormente, la colisión con el principio non bis in idem es uno de ellos, muy comentado en la jurisprudencia del TS, y que hemos observado en la Sentencia 700/2018. Por otro lado, surgen ciertas dificultades en relación a los delitos para los que se prevé, que han sido definidos de una forma vaga e imprecisa, también respecto al momento de determinación de la pena y las medidas a imponer, y finalmente los problemas que genera su régimen de cumplimiento, en concreto su sistema de revisión.

1.1 Principio Non bis in idem

Recientemente el Tribunal Supremo ha indicado que esta pena posee ciertos problemas de cara a su aplicación en dos de los supuestos castigados con esta pena del artículo

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 636/2020 de 26 de Noviembre

140.1.1º CP, que son los asesinatos de personas especialmente vulnerables y los menores de 16 años. El TS ha considerado no aplicar la misma en estos casos al vulnerarse el principio *non bis in idem*. No sólo el TS, sino también el CGPJ advirtió en su Informe al anteproyecto de la LO por la que se modifica la LO 10/1995, que en relación al artículo 140.1 CP “*las circunstancias primera y tercera evidencian una tendencia al non bis in idem. En efecto, buena parte de los supuestos a los que se refiere la primera (menor de edad o persona especialmente vulnerable), terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma.*”³⁸

Lo que ocurre es que cuando en el caso se aprecia alevosía, puesto que la vulnerabilidad de la víctima requiere de la misma para que el delito ocurra, estamos ante un asesinato y por tanto, no se podría volver a valorar estos hechos para castigarlos con otra pena, es decir con la PPR. Son varias las sentencias en las que se ha tratado esta concurrencia y las cuáles pasaremos a comentar. Aunque, es necesario apuntar que, como también ha indicado el TS más recientemente, la norma no se queda sin efecto, puesto que existen casos de asesinatos a menores de 16 años en los que ha de aplicarse esta pena y no se vulnera el principio.³⁹

Un ejemplo es el caso que se trató en la STS 82/2019 de 16 de enero de 2019, en el que se tuvo que revocar la imposición de la PPR por parte de la AP de Santa Cruz de Tenerife que fue confirmada en apelación por el TSJ de Canarias, puesto que se incurrió en *un non bis in idem*, al castigar dos veces una misma conducta. En este caso, se aplicó por separado dos agravantes cuando realmente no se debieron calificar separadamente. En la citada sentencia, el TS expresó que «una vez apreciada la alevosía que cualifica el asesinato, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión.»⁴⁰

1.1.1 Problemática de las agravaciones en los delitos de homicidio y asesinato con razón en la vulnerabilidad en indefensión de la víctima

38 Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, del CGPJ

39 Nuñez Fernández, J, “Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español, ADPCP, VOL. LXXIII, 2020” p.269

40 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm 82/2019 de 16 de enero, fundamento de derecho séptimo, apartado tercero

En primer lugar, es necesario establecer un marco teórico sobre el que exponer esta problemática de vulneración del non bis in idem⁴¹. Es decir, para entender por qué se produce esta vulneración hemos de observar el origen del mismo, que es la acumulación caótica de agravantes en los delitos de homicidio y asesinato, no sujetas a un criterio sistemático ni a un aumento progresivo.

Para empezar, el artículo 139.1 nos indica aquellas circunstancias por las que se cualifica el homicidio y tenemos un asesinato, y además, el 139.2 establece la agravación simple del asesinato, referente a la concurrencia de más de una de sus circunstancias. Por otro lado, el artículo 140.1 del CP establece las tres circunstancias por las cuales tenemos un asesinato hipercualificado, pero también, si atendemos al artículo 138.2 a), vemos como el 140.1 es, a su vez, una cualificación del homicidio, puesto que el 138.2 a) fija una pena superior en grado a la del homicidio de tipo básico, *“Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140”*

El problema reside además en que la circunstancia agravante del 140.1 1ª, *“Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad”* puesto que coincide con el fundamento antijurídico de la alevosía de desvalimiento, y con otra agravante, el abuso de superioridad por desvalimiento de la víctima, ya que la esencia de todas ellas descansa en el aprovechamiento de una situación de indefensión dada por circunstancias personales del ofendido. Por tanto, ya que la alevosía es incompatible con el abuso de superioridad,⁴² en el momento que se considere que es de aplicación una de ellas, la otra no podría establecerse, y es aquí cuando encontramos la problemática, en la especial vulnerabilidad de cualquier menor de 16 años del artículo 140, puesto que esta circunstancia prescinde de los márgenes de edad que la jurisprudencia del TS ha fijado para la alevosía y para el abuso de superioridad, englobando a todos los menores de 16 como especialmente vulnerables. El TS sitúa la completa indefensión de la víctima en niños de muy corta

41 Non bis in idem es un principio garantizador de la no imposición de doble sanción sobre el mismo sujeto, por los mismos hechos y fundamentos.

42 La alevosía viene definida en el art 22.1º CP que determina que en la comisión delictiva se emplean unos medios para asegurar la ejecución del delito, suprimir la defensa del sujeto pasivo y evitar riesgos. Además, como vimos en la STS 42/2017, se vienen distinguiendo varios tipos de alevosía, proditoria, sorpresiva y la de desvalimiento. Por otro lado, el abuso de superioridad, se produce cuando existe un desequilibrio de fuerzas a favor del sujeto activo frente al pasivo, generando esa superioridad una disminución notable, aunque no total como la alevosía, en las posibilidades de defensa del agredido.

edad, hasta los tres o cuatro años, mientras que en niños de más avanzada edad se ha venido aplicando el abuso de superioridad, basándose en la casuística forense.⁴³

Como indica además esta sentencia del **TS, 716/2018**, de 16 de enero, en la cual se consideró de aplicación el asesinato agravado del 139.2, en lugar de la PPR, el tribunal dijo así *«Lo expuesto hasta ahora, también impide que, para evitar las incoherencias de la reforma descritas, que la especial situación de vulnerabilidad desplazara la alevosía y calificáramos los hechos de autos atendiendo al principio de alternatividad, a través de considerarlos como asesinato cualificado por el ensañamiento e hipercualificado por la vulnerabilidad de la víctima por su enfermedad y discapacidad. En primer lugar, por razones de especialidad, donde el art. 139.2, nos indica el criterio a seguir cuando concurren más de una circunstancia cualificante; en segundo lugar, porque el art. 139, que contempla alternativamente las cuatro circunstancias que determinan su concurrencia, en definitiva atiende a la estructura de tipos mixto alternativos, de modo que tanto si se realiza una de las modalidades de comisión prevista como varias o incluso todas se comete en todo caso una sola unidad típica; donde por ende, no es posible escisión o desgaje de ninguna de las circunstancias cualificantes, donde una sola cualificase y el resto se ponderara autónomamente; en tercer lugar, el sistema escalonado de hipercualificación previsto, también abona a considerar que sólo una vez agotado el escalón cualificador, con todas las circunstancias cualificantes que concurren es posible pasar a las hipercualificaciones; y en cuarto lugar y más esencial, porque la especial situación de vulnerabilidad, en abstracto dadas las diversas modalidades recogidas y en concreto desde la consideración del caso de autos, no conlleva por sí sola la situación de indefensión y por ende, no abarca todo el injusto de alevosía».*⁴⁴

Lo que el TS nos indica aquí, es que, en conclusión, la especial situación de vulnerabilidad no puede desplazar a la alevosía, por varias razones:

- 1- Por razones de especialidad, si concurre más de una circunstancia cualificante hay una agravación simple del asesinato (art 139.2).

43 Fernández García, G. “Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable”, *Revista Penal*, nº44, Julio 2019, pp. 47-50

44 Sentencia del TS, núm. 716/2018, de 16 de enero, fundamento jurídico 7º

- 2- No es posible una escisión de las circunstancias cualificantes, si se producen varias, se comete todo en la misma unidad típica, es decir, el mismo delito, asesinato. (estructura de tipos mixto alternativos)
- 3- Las circunstancias de hipercualificación sólo se aplicarán si se han agotado las circunstancias cualificadoras.
- 4- La especial situación de vulnerabilidad no abarca todo el injusto de alevosía.

Esta sentencia, es la primera que resuelve en casación un caso referente a la aplicación de la PPR en base al artículo 140.1.1ª, y marca una vía interpretativa distinta a las demás.

A pesar de esto, como hemos mencionado, la circunstancia de especial vulnerabilidad no desaparece y ocurren casos en los que es de aplicación y no se advierte un bis in idem, mientras que en otros sí. Procedamos a ver ahora algunos ejemplos en nuestra jurisprudencia, que tratan de manera favorable la posible concurrencia de la alevosía con la hiperagravación, se trata de ejemplos interesantes que aunque posteriormente dejarían de tener efecto, son buenos para ver cómo este problema se intentaba resolver antes de una marcada jurisprudencia.

- a. Sentencias en las que no se advierte un bis in idem y se determina la aplicación de la PPR

En la primera sentencia en la que se emite una condena de PPR, analizada anteriormente, vemos el primer ejemplo de una resolución en la que no se aprecia ninguna relación concursal entre el artículo 139.1.1º y el 140.1.1ª. En este caso, el sujeto activo dejó inermes a sus víctimas con fármacos depresores, lo que fue considerado como asesinato alevoso por desvalimiento. Pero además se determinó la aplicación del 140.1.1ª atendiendo simplemente a la edad de las víctimas, sin mayor argumentación que la de referirse a la edad de las mismas (menores de 16 años).

Otro ejemplo es la sentencia de la AP de A Coruña 484/2018, en este caso un padre mató a su hijo de once años, llevándolo a un bosque aislado y posteriormente golpeándole en la cabeza. De esta manera la Audiencia considera que existe la cualificante de alevosía tanto por desvalimiento, debido al lugar del asesinato, como alevosía sorpresiva, puesto que al ser la figura del padre, había dificultades de que se pudiera esperar el ataque. Posteriormente, la Audiencia considera de aplicación la hiperagravación del 140, justificándose en la edad del menor.

Finalmente, otra sentencia en la que la justicia no estima un bis in idem es la SAP de Tenerife 10/2018, en la cuál se nos presenta un caso en el que un joven ataca con un cuchillo a un anciano de 66 años, de manera brutal y sorpresiva, además la víctima se encontraba gravemente afectado puesto que había recibido un ictus. Por tanto, el tribunal considera que existe ensañamiento y también alevosía, por el carácter sorpresivo. Posteriormente se aplica la hipercualificación, fundamentándose esta en la enfermedad que poseía, lo cuál le hace especialmente vulnerable.⁴⁵

Por tanto, en estos tres ejemplos, vemos como las resoluciones judiciales justifican la no concurrencia de este principio basándose en la edad de las víctimas simplemente, sin profundizar en la situación de vulnerabilidad más allá. En la última sentencia mencionada, es la única en la que sí que se justifica la especial vulnerabilidad y la alevosía con diferentes fundamentos, pero tampoco esta argumentación será aceptada por el TS. Estas sentencias son ejemplos de cómo los tribunales han ido tratando esta cuestión, sin embargo, son resoluciones de la AP y la jurisprudencia del TS marcará una posición más estricta posteriormente a las mismas, que las dejarán sin efecto. Concretamente y como hemos visto antes, la sentencia 716/2018 es realmente importante, puesto que determina que la especial vulnerabilidad no puede desplazar a la alevosía y establece las diferentes razones.

Veamos ahora ciertas sentencias en las que la Audiencia consideró que sí había bis in ídem.

b. Sentencias en las que se advierte un bis in idem y se determina la aplicación de la PPR

Por un lado, tenemos la SAP de Vitoria-Gasteiz 278/2018, en la que se califica un asesinato sobre una niña de 17 meses que fue arrojada por la ventana de manera sorpresiva. Se calificó el asesinato como hiperagravado del 140.1.1^a mostrándose la defensa de acuerdo. En este caso sí que el ponente advirtió la posible colisión con el non bis in idem, sin embargo la justificó basándose en que la defensa estaba de acuerdo la calificación del hecho y además argumentó que sí hay identidad de sujeto y fundamento, pero no de hechos, es decir los hechos alevosos vienen dados por la indefensión sorpresiva

⁴⁵ Fernández García, G. “Op cit”, *Revista Penal*, nº44, Julio 2019, pp. 50-52

y la especial vulnerabilidad, en cambio, por la edad reducida del menor. Es decir, sigue una línea de “hechos diferenciados” para admitir la hipercualificación.

En segundo lugar, es muy interesante observar esta otra sentencia del TS 80/2017, en la cuál el recurrente plantea el problema del non bis in idem desde otra perspectiva. Este considera que la modificación de los delitos de asesinato y homicidio no introduce una modificación positiva de la alevosía, pero sí lo hace de manera indirecta con la agravante del 140.1.1^a. Ya que el ámbito de aplicación de la alevosía por desvalimiento coincide con esta agravante, la hipercualificación del 140.1.1^a podría tener un espacio propio, evitando así el bis in idem, y quedando la alevosía relegada a la modalidad sorpresiva o proditoria. Ante este recurso, el Tribunal niega esta posibilidad, y descarta que la reforma se pueda interpretar de este modo, por otro lado, indica que, aunque existe una fuerte tendencia a que se produzca un bis in idem en relación a estos artículos, no todos los casos de menores de 16 años o especialmente vulnerables presentarán una total indefensión, por lo que si solamente existiera una notable indefensión estaríamos ante un homicidio agravado del 138.2 CP. En el caso de que la alevosía esté determinada por unas circunstancias de vulnerabilidad o minoría de edad, estaremos ante el 139.1.1^a incompatible con la hiperagravación. Solamente cuando a la alevosía se superpongan circunstancias del apartado 1º del artículo 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevosos será posible la compatibilidad.⁴⁶

En todos estos casos hemos visto como el tratamiento jurisprudencial a la posible concurrencia de la alevosía con la hiperagravación era favorable, es decir se permitía argumentándolo. Sin embargo, la STS 716/2018 da un giro en la vía interpretativa que difiere de las anteriores, en esta sentencia que ya hemos comentado antes, se establece que la indefensión que se entra a valorar es solo una, ya sea por un ataque sorpresivo, la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima. Además la alevosía y el abuso de superioridad son incompatibles según la doctrina mayoritaria y el criterio jurisprudencial, por lo que a su vez son incompatibles con la agravación del artículo 140.1.1^a cuyo fundamento es común.

Atendiendo a esta sentencia, es necesario observar esta otra, la SAP de Guadalajara 3/2018, en la cuál se admite la aplicación de la hipercualificación basándose en el doble

⁴⁶ Fernández García, G. “Op,cit.”, *Revista Penal*, nº44, Julio 2019, pp. 52-53

fundamento. Por un lado, se declara un asesinato fundado en la alevosía sobre un adulto y dos delitos de asesinato con ensañamiento sobre víctima especialmente vulnerable por la edad. En este caso, la ponente, considera que al concurrir en el caso de los asesinatos a los menores tanto ensañamiento como alevosía, estamos ante un concurso de leyes entre el 139.2 y el 140.1.1ª, debiéndose optar por la pena más grave debido al principio de alternatividad. Sin embargo, la sentencia 716/2018 aclara esta problemática concursal estableciendo los cuatro argumentos comentando al inicio de este apartado, que el artículo 139.2 desplaza la aplicación del 140.1.1ª, por el principio de especialidad, además tanto si realiza una de las modalidades del 139 como si se realizan varias, se está ante una misma unidad típica, el sistema de cualificación de los delitos contra la vida es escalonado, por lo que sólo agotado el escalón cualificador se puede pasar al siguiente y finalmente determina que la especial situación de vulnerabilidad no abarca todo el injusto alevoso.⁴⁷

Por tanto, y atendiendo a la jurisprudencia comentada, solamente cuando a la alevosía se superpongan circunstancias del apartado 1º del artículo 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad.

1.2 Establecimiento de conductas castigadas con la PPR

Anteriormente hemos comentado la enumeración de delitos por los que la PPR es aplicada, pero viéndolos detenidamente, podemos observar que la elección de los mismos y su definición es vaga e imprecisa.

Concretamente es de interés pararnos ante el asesinato hipercualificado del 140, puesto que la mayoría de condenados lo son por este artículo.

En primer lugar, el artículo 140.1, 1º establece que será penado con PPR el que cometa un asesinato en el *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*. El problema que podemos observar aquí es el que hemos comentado con anterioridad, la posible concurrencia con el artículo 139.1 y la posibilidad de bis in idem.

⁴⁷ Fernández García, G. “Op,cit.”, *Revista Penal*, nº44, Julio 2019, pp. 53-55

En segundo lugar, el artículo determina que el asesinato será castigado con PPR si *el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*. Aquí nos encontramos ante cierta crítica derivada de por qué el legislador considera más grave la muerte tras un delito sexual y no de otro tipo, sin embargo y fuera de esta observación con la que podemos estar más o menos de acuerdo, vemos dos puntos que generan indeterminación. Primero, se ponen al mismo nivel todos los delitos sexuales, sin especificar si son todos o sólo algunos los que hay que tener en cuenta, como hemos visto en la sentencia 636/2020 se entiende que cualquier delito sexual es incluido (al aplicarse la PPR en supuesto de excepcional gravedad, los críticos de la pena consideran que debería referirse a agresión sexual o abuso sexual), segundo el término “subsiguiente” genera bastante duda, si entendemos como subsiguiente, tras el delito sexual, la muerte producida durante la comisión del delito quedaría fuera del ámbito de la PPR. De igual manera y como explicaremos más detenidamente en el siguiente apartado, este precepto puede entrar en colisión con el artículo 139.1. 4ª habiendo un problema de bis in idem.

En tercer lugar, el artículo 140.1, 3º castiga con prisión permanente revisable el asesinato *cometido por quien pertenezca a un grupo u organización criminal*, en este apartado, por un lado, genera crítica el que grupo y organización se equiparen, puesto que en la regulación de los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales la pena no es igual. Por otro lado, la redacción del precepto no deja claro si el delito penado necesariamente debe de realizarse en relación a una actividad del grupo criminal. Aunque sería lo lógico, el precepto no lo aclara.

Por último, el 140.2 indica que se castiga con prisión permanente revisable al reo de asesinato *que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas*. Aquí encontramos un precepto vago que puede dar lugar a interpretaciones distintas, se entiende, para un sector de la doctrina, que se refiere al caso en el que una persona es juzgada por dos o más muertes simultáneamente, pero para otro sector podría referirse a que en el momento en que se juzga al sujeto por asesinato, éste ya tiene varias condenas por delitos contra la vida cometidos, es decir, una hiperagravación por la reincidencia.

Una vez observados los preceptos del artículo 140, los demás supuestos, homicidio del rey, genocidio... son delitos de gran gravedad, pero no se han dado o no se dan con frecuencia, por lo que la pena en estos casos no está bien justificada. Por ello, se genera cierta crítica ya que la PPR se introdujo en el CP para castigar aquellos delitos que más

rechazo social generaban, mientras que la inclusión de muchos otros parece haber sido por una razón de legitimidad.⁴⁸

En general, el problema que tienen los tribunales respecto a los delitos tipificados, es que estos han sido definidos de una forma vaga e imprecisa, lo que puede dar lugar a ciertos problemas de interpretación a la hora de su aplicación.

1.3 La nueva circunstancia típica del asesinato, la finalidad de facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra y su posible colisión con el artículo 140.1.2º CP

Con la reforma de la LO 1/15 de 30 de Marzo, no solo fue introducida la prisión permanente revisable, sino que se añadió una nueva circunstancia al asesinato en artículo 139.4º del CP, esta dice así *para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*.

Nos encontramos por tanto con dos aspectos distintos:

- 5- Que el asesinato se cometa para facilitar la comisión de otro delito
- 6- Que el asesinato se cometa para evitar que se descubra otro delito

El Consejo Fiscal considera que la persona que cometa alguno de estos delitos, no comete una actitud más grave que la de matar, por lo que critica la reforma, considerándola innecesaria puesto que el CP ya daba respuesta a este aspecto, concretamente con el encubrimiento o el concurso medial. Y lo que realmente nos interesa es que esta nueva circunstancia puede dar lugar a problemas concursales difíciles de solucionar, concurriendo bis in idem con el artículo 140.1.2º, que determina la aplicación de la pena de prisión permanente cuando el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. Si se mata a la víctima de un delito contra la libertad sexual para evitar ser descubierto, y se aplica la PPR, estaríamos ante una doble valoración de un mismo hecho, lo que no podría ocurrir.⁴⁹

En la jurisprudencia, la Audiencia Provincial de Sevilla en su sentencia 759/2017, entendió en su caso que la ambigua expresión “subsiguiente” y la deficiente técnica legislativa del precepto impidieron al Tribunal encuadrar los hechos en este subtipo

⁴⁸ López Peregrin, C, “Op,cit.”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, pp 9-17

⁴⁹ Escudero Muñoz, M. “La cualificación del asesinato por la circunstancia del art. 139.1.4 CP. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito”, *FICP*, 2016, pp 8-9 (1-15)

agravado, posteriormente el TSJ al confirmar el fallo tampoco entró a considerar un posible concurso de leyes, puesto que consideró que la muerte fue simultánea al delito sexual y no subsiguiente, por lo que no se podría aplicar la PPR.⁵⁰

1.4 Fase de determinación de la Pena

Por otro lado, existen ciertas cuestiones en cuanto a la determinación de la pena sin resolver, que es de interés nombrar.

- Determinación cualitativa de la pena: Para la determinación de la pena, se debe comenzar por la elección entre penas alternativas, sin embargo, en el caso de la PPR, no hay pena alternativa, lo que disminuye el ámbito de discrecionalidad del juez. Además, la autonomía de esta pena se ve contradicha, puesto que si nos encontramos con circunstancias que obliguen a bajar en grado la pena, la pena inferior en grado es la pena de prisión de 20 a 30 años, lo que es al final una prolongación de la pena de prisión.
- Determinación cuantitativa: En la PPR no tienen ninguna virtualidad ni las agravantes ni las atenuantes.
- Concurso de delitos: Si se comete uno de los delitos que tienen como pena la PPR y el mismo autor comete otro delito, podemos encontrarnos ante un concurso de delitos, las reglas de determinación de la pena del artículo 73 CP y las del 77 no tienen sentido aquí, puesto que la PPR sumada a cualquier pena da PPR (concurso real) y la PPR no tiene mitad superior (concurso ideal)
- Medidas de seguridad: El problema es que al ser una prisión “permanente”, las medidas de seguridad pueden convertirse en vitalicias, puesto que no existe un límite temporal para la medida de internamiento. En la jurisprudencia, hay sentencias que establecen un límite de tiempo de las medidas, otras sin embargo no.
- Libertad vigilada postpenitenciaria: Otro problema que se plantea es que del art. 140 bis CP, se prevé que los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el Título I del Libro II del Código Penal (donde se incardina el

⁵⁰ Del Valle, Sierra López, M^a, “El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra””, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp 29-30 (1-32)

delito de asesinato hipercualificado), se les pueda imponer además una medida de libertad vigilada. Esto es objeto de críticas puesto que la libertad vigilada existe para controlar una supuesta peligrosidad tras el cumplimiento de la pena, sin embargo, en el caso de la PPR, si existe peligrosidad el penado no podrá acceder al tercer grado ni a la libertad condicional por lo que no tiene mucho sentido. Por otro lado, el control de esta medida, sería casi infinito, puesto que tras cumplir 25 años de condena que es el mínimo, sumado a 10 años de suspensión, más 10 de libertad vigilada, harían un total de 45 años mínimo.

- Penas accesorias: No existe una previsión de las penas accesorias a la PPR, por tanto, si consideramos que, como dice el artículo 35 CP, se trata de una pena autónoma, no podemos aplicar el artículo 55 CP que prevé como pena accesoria la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, en penas de prisión de más de 10 años. Sin embargo, la jurisprudencia, como la SAP de Pontevedra 42/2017, han aplicado el artículo 55, estableciendo accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.⁵¹

En general, como hemos podido comprobar en este apartado, la PPR, es una pena que por su indeterminación y su falta de concreción en su regulación hacen de la misma una pena complicada de aplicar, dando lugar a diversas y contradictorias resoluciones judiciales, además de estar rodeada de muchas cuestiones que aún no se han acabado de resolver.

CONCLUSIONES

La prisión permanente revisable, como hemos podido comprobar no es una figura sencilla, desde su introducción ha estado marcada por cierta polémica, en primer lugar debido a los argumentos de sus opositores hacia su vulneración de la constitución y por otro lado por los diversos problemas que suscita su aplicación.

España es un país con una incidencia baja en delincuencia, en comparación con los países de nuestro entorno, y en particular la tasa de asesinatos está muy por debajo de la media europea, pero aún así el legislador justifica en el Preámbulo de la LO 1/2015 esta pena haciendo referencia a la necesidad de garantizar una seguridad jurídica a los ciudadanos.

⁵¹ López Peregrin, C, “Op.cit.”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, pp 17-23

Es cierto, que desde hace años, en nuestro sistema penal hemos estado viviendo una tendencia endurecedora, siendo la PPR una pena que llevaba sin verse en nuestro sistema desde principios de siglo, también es cierto que la opinión pública llevaba tiempo solicitando penas más estrictas para ciertos delitos, grandemente influenciada por los medios de comunicación.

Sin embargo, y a pesar de todas las críticas que se hacen a la pena por su vulneración de los derechos, el mayor problema, que hemos venido a analizar aquí, son las dificultades que conlleva su aplicación por parte de los tribunales. En primer lugar, esto se produce por la indeterminación y falta de concreción en la tipificación de los delitos, lo que genera principalmente choques con otros supuestos del código penal.

En el trabajo, hemos incidido principalmente en cuatro problemas, el primero de ellos la concurrencia de bis in idem entre el artículo 140.1.1ª (asesinatos a personas menores de 16 o especialmente vulnerables) y el artículo 139.1 (asesinato alevoso). Por otro lado, hemos analizado brevemente ciertas dificultades que conlleva la interpretación de los delitos penado con PPR, puesto que su concreción ha sido vaga e indeterminada. Posteriormente, hemos observado otro problema derivado de la posible colisión entre dos preceptos, el artículo 140.1.2º (asesinato tras delito sexual) y el 139.4º (asesinato para facilitar otro o evitar que se descubra). Finalmente puntualizamos varias cuestiones que generan dudas en la fase de determinación de la pena.

Respecto al primer problema comentado, que ha sido muy común en la jurisprudencia, la sentencia 716/2018 viene a dar la solución interpretativa, que considera que el artículo 140.1.1º no puede desplazar al 139 por diversas razones, pero principalmente porque la hipercualificación del 140, la especial vulnerabilidad no engloba toda la conducta alevosa. Respecto al posible bis in idem en el caso del 140.1.2º, sigue habiendo una duda interpretativa, sin embargo, ciertas sentencias, como la reciente 636/2020 no aprecian la concurrencia de ambos artículos, aplicando la PPR en un caso de asesinato tras delito sexual.

Otras sentencias que han sido nombradas a lo largo del trabajo nos permiten esclarecer ciertos aspectos de la pena, sin embargo, sigue siendo patente que es una pena compleja y que por tanto, una revisión es necesaria. Además, la introducción de la misma, como hemos podido comprobar, obedece a razones más políticas que a motivaciones legales o de seguridad jurídica, pues la realidad es que la pena de estos delitos antes de la reforma

ya era bastante duradera. Con este trabajo hemos pretendido demostrar cuáles son las dificultades a las que se enfrentan los tribunales cuándo han de aplicar la pena y cómo han interpretado las distintas indeterminaciones hasta ahora.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

- Consejo General del Poder Judicial, Boletín de Información de Estadística, nº 66, la prisión permanente revisable
- 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.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 140
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 140

2. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal núm. 298/2017, de 27 de Abril, Fundamento de derecho 1º
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 42/2017, de 14 Julio
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 716/2018, de 16 de enero, fundamento jurídico 7º
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm 82/2019 de 16 de enero , fundamento de derecho séptimo, apartado tercero
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 636/2020 de 26 de Noviembre
-

3. OBRAS DOCTRINALES

- Casals Fernández, A. *La prisión permanente revisable*. BOE, Madrid,2019

- Del Valle, Sierra López, M^a, “El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra””, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp.1-32
- Escudero Muñoz, M. “La cualificación del asesinato por la circunstancia del art. 139.1.4 CP. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito”, *FICP*, 2016, pp.1-15
- Fernández García, G. “Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable”, *Revista Penal*, nº44, Julio 2019, pp. 43-59
- González Collantes, T, “Las Penas de Encierro Perpetuo desde una Perspectiva Histórica”, Foro, Nueva época, vol. 18, núm. 2,2015, pp.
- Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, del CGPJ
- J. F. Pacheco, El Código Penal concordado y comentado, vol. I, p. 315, citado en “ Las Penas de Encierro Perpetuo desde una Perspectiva Histórica”
- López Peregrín,C. “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 20-30, pp. 1-44
- Migliardi Durán, M. “TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA: ORIGEN Y FUNDAMENTOS. CONCEPTOS Y CRÍTICAS FUNDAMENTALES A LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN MORAL DE IMMANUEL KANT A PROPÓSITO DEL NEORETRIBUCIONISMO Y DEL NEO-PROPORCIONALISMO EN EL DERECHO PENAL ACTUAL”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, nº16,2011, pp. 91-113
- Mir Puig, S. *Derecho penal. Parte General*, 4^a Edición, Barcelona, 1996,
- Nuñez Fernández, J, “Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español, ADPCP, VOL. LXXIII, 2020” pp. 267-304
- Pascual Matellán, L, “La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un derecho penal deshumanizado”, *CLIVATGE*, número 3, 2015
- Ríos J, *La Prisión perpetua en España, razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Sareak, San Sebastián, 2013, pp. 1-212
- Rubio Lara, P.A, “Pena de prisión permanente revisable: análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad” *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.3, 2016, pp. 1-32

- Sánchez Icuza, I. *La prisión permanente revisable: Un análisis a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del modelo inglés*, Tesis Doctoral, Bilbao, 2019, pp.
- Yagüe Rodríguez, C, “Dictamen Contra la cadena perpetua”, *Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, 2015, pp. 1-180