



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TS
DE 26 DE JUNIO DE 2009 Y DE LA AP DE
BARCELONA (SECCIÓN DEL
TRIBUNAL JURADO) DE 18 DE MARZO
DE 2010, CON ESPECIAL REFERENCIA
A LOS DELITOS DE ASESINATO Y DE
ROBO Y SU REGULACIÓN EN LAS
ÚLTIMAS REFORMAS PENALES**

Autor: Paz Giménez Osuna

5º E-3 B

Derecho Penal

Tutor: Antonio Obregón García

Madrid
Abril 2017

RESUMEN

Desde 2010 se han introducido en nuestro Código Penal dos importantes reformas que modifican sustancialmente su contenido. Dos de los delitos que más modificaciones han tenido son los relativos al robo y al delito de asesinato. Además también se ha introducido una novedosa pena, la prisión permanente revisable que hace tras 2015 ciertos delitos de asesinato, entre otros, se castiguen de una forma más dura que anteriormente. En el presente trabajo se realiza un análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de septiembre 628/2008. Para ello se ha comparado la solución que se adoptaría en 2008 y su adaptación a las reformas introducidas en 2010 y 2015. Asimismo se han estudiado diversas teorías doctrinales y jurisprudenciales relacionadas con los delitos que se dan en la sentencia.

Palabras clave: delitos, reformas, asesinato, violación, robo, hurto, incendio, quebrantamiento de condena, profanación de cadáver, allanamiento de morada.

ABSTRACT

Since 2010 our Criminal Law Code has suffered two major regulatory reforms. Those crimes related to theft and murder. Moreover, this reforms have also introduce a new penalty, life imprisonment until parole, which punishes murder, among other crimes, in a harder way than before. This paper contains an analyses of the Sentence of the “Audiencia Provincial de Barcelona” of 4th of September 628/2008. We can see a comparison between the most suitable decision according to the applicable laws in 2008 and the one that would be most appropriate regarding the 2010 and 2015 reforms. The most important jurisprudence and doctrine related to these crimes have also been studied.

Key words: crimes, legal reform, murder, rape, robbery, theft, arson, desecration of corpse, housebreaking.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| I. Introducción | 4 |
| II. Hechos probados | 6 |
| III. Escrito de Calificación del Ministerio Fiscal | 6 |
| 1. CALIFICACIÓN JURÍDICA | 6 |
| 1.1 Tipicidad | 6 |
| 1.1.1 <i>Delito de asesinato (art 139 CP)</i> | 6 |
| 1.1.2 <i>Delito de violación (art. 180.1.5ª)</i> | 10 |
| 1.1.3 <i>Delito de profanación de cadáver (art. 526 CP)</i> | 16 |
| 1.1.4 <i>Delito de robo con violencia e intimidación (art. 237 CP)</i> | 17 |
| 1.1.5 <i>Delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238)</i> | 22 |
| 1.1.6 <i>Delito de incendio (art.351 CP)</i> | 26 |
| 1.1.7 <i>Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)</i> | 26 |
| 1.1.8 <i>Delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP)</i> | 27 |
| 1.2. Dolo..... | 27 |
| 1.2.1. <i>Delito de asesinato (art 139 CP)</i> | 27 |
| 1.2.2. <i>Delito de violación (art. 180.1.5ª)</i> | 28 |
| 1.2.3. <i>Delito de profanación de cadáver (art. 526)</i> | 28 |
| 1.2.4. <i>Delito de robo con violencia o intimidación (art. 237 CP)</i> | 29 |
| 1.2.5. <i>Delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238 CP)</i> | 29 |
| 1.2.6. <i>Delito de incendio (art. 351 CP)</i> | 30 |
| 1.2.7. <i>Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)</i> | 30 |
| 1.2.8. <i>Delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP)</i> | 30 |
| 1.3. Grado de ejecución..... | 31 |
| 1.3.1. <i>Delito de asesinato (art 139 CP)</i> | 31 |
| 1.3.2. <i>Delito de violación (art. 180.1.5ª CP)</i> | 31 |
| 1.3.3. <i>Delito de profanación de cadáver (art. 526 CP)</i> | 31 |
| 1.3.4. <i>Delito de robo con violencia o intimidación (art. 237 CP)</i> | 32 |
| 1.3.5. <i>Delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238 CP)</i> | 32 |
| 1.3.6. <i>Delito de incendio (art. 351 CP)</i> | 34 |
| 1.3.7. <i>Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)</i> | 34 |
| 1.3.8. <i>Delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP)</i> | 34 |
| 1.4. Concursos..... | 35 |
| 1.4.1. <i>Concurso entre el delito de asesinato y el delito de violación.</i> | 35 |
| 1.4.2. <i>Concurso entre delito de asesinato y delito de profanación de cadáver</i> | 36 |

| | |
|---|----|
| 1.4.3. <i>Allanamiento de morada</i> | 37 |
| 1.4.4. <i>Resolución general</i> | 38 |
| 2. PARTICIPACIÓN Y AUTORÍA | 38 |
| 2.1. <i>Delito de asesinato (art 139 CP)</i> | 38 |
| 2.2. <i>Delito de violación (art. 180.1.5ª CP)</i> | 39 |
| 2.3. <i>Delito de profanación de cadáver (art. 526 CP)</i> | 39 |
| 2.4. <i>Delito de robo con violencia o intimidación (art. 237 CP)</i> | 39 |
| 2.5. <i>Delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238 CP)</i> | 39 |
| 2.6. <i>Delito de incendio (art. 351 CP)</i> | 39 |
| 2.7. <i>Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)</i> | 39 |
| 2.8. <i>Delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP)</i> | 40 |
| 3. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD | 40 |
| 4. PENA..... | 40 |
| 4.1. Determinación de la pena en función de la legislación vigente en el momento de comisión de los hechos | 41 |
| 4.1.1. <i>Delitos de asesinato (art. 139)</i> | 41 |
| 4.1.2. <i>Delito de violación (art. 180.1.5ª / art. 179 CP)</i> | 41 |
| 4.1.3. <i>Delito de profanación de cadáver (art. 526 CP)</i> | 42 |
| 4.1.4. <i>Falta de hurto (art. 623 CP)</i> | 42 |
| 4.1.5. <i>Delito de incendio (art. 351)</i> | 43 |
| 4.1.6. <i>Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)</i> | 43 |
| 4.1.7. <i>Delito de quebrantamiento de condena</i> | 44 |
| 4.1.8. <i>Resolución del concurso real</i> | 44 |
| 4.2. Resolución adaptada a la legislación penal actual | 45 |
| 4.2.1. <i>Delito de asesinato (art. 140.1.2ª CP)</i> | 45 |
| 4.2.2. <i>Delito de asesinato (art. 139 CP)</i> | 45 |
| 4.2.3. <i>Delito de violación (art.179 CP)</i> | 46 |
| 4.2.4. <i>Delito de profanación de cadáver (art.526 CP)</i> | 46 |
| 4.2.5. <i>Delito leve de hurto (art.234.2 CP)</i> | 47 |
| 4.2.6. <i>Delito de incendio (art.351 CP)</i> | 47 |
| 4.2.7. <i>Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)</i> | 47 |
| 4.2.8. <i>Delito de quebrantamiento de condena (art.468.2 CP)</i> | 48 |
| 4.2.9. <i>Resolución del concurso real</i> | 48 |
| 5. RESPONSABILIDAD CIVIL | 49 |
| V. BIBLIOGRAFÍA | 52 |
| VI. Anexo I..... | 56 |

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el análisis crítico de las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de septiembre de 2008, del TS de 26 de junio de 2009 y de la AP de Barcelona (Sección del Tribunal Jurado) de 18 de marzo de 2010.

A partir de dichas sentencias se analizarán los delitos de violación, profanación de cadáver, incendio, quebrantamiento de condena, allanamiento de morada, delitos de apoderamiento (robo y hurto) y el delito de asesinato, poniendo especial énfasis en estos dos últimos.

Se estudiarán las soluciones adoptadas por la Audiencia Provincial de Barcelona, tanto en primera instancia como tras la casación, para el presente caso. Además a través de un exhaustivo análisis de la doctrina y jurisprudencia se realizará una argumentación crítica de que soluciones serían las más adecuadas para dar respuesta a dicho caso.

Hay que tener en cuenta que son muchas las modificaciones que nuestro Código Penal ha sufrido desde que se dieron los hechos que se enjuician en el presente trabajo. Las reformas operadas por la L.O 5/2010, L.O 1/2015 y L.O 2/2015 han introducido importantes cambios especialmente en algunos de los delitos que se tratan en el presente trabajo.

Una de las principales reformas introducidas ha sido la incorporación de la pena de prisión permanente revisable asociada a algunos de los delitos más graves, entre ellos algunos asesinatos cualificados. Esto hace que los delitos cometidos antes de 2015 sean penados de forma muy diferente a los cometidos después. Por su parte, el delito de robo tanto en su modalidad de fuerza en las cosas como de violencia e intimidación ha sido siempre objeto de numerosas discusiones doctrinales. Las reformas del Código Penal han intentado, de forma más o menos acertada, dar solución a estas discrepancias. Por todo esto, también se analizarán los hechos del presente caso a la luz de las normas vigentes realizando una comparación con la solución obtenida antes de dichas reformas.

El presente trabajo comenzará haciendo referencia al relato de hechos para después proceder a la calificación jurídica del caso según las pautas establecidas por el Ministerio Fiscal. Dentro de dicha calificación se hará especial hincapié en la tipicidad puesto que es lo que más discusión doctrinal suscita. Además también se comentará el dolo, el grado

de desarrollo, la participación o autoría, y los concursos de normas o delitos que puedan generar los hechos que nos conciernen. Por último, se hará referencia a las circunstancias modificativas, se determinará la pena y se incluirá la responsabilidad civil a la que haya podido lugar los hechos aquí enjuiciados.

La metodología empleada para la elaboración de este trabajo se basa en el análisis de nuestro Código Penal, la revisión de obras doctrinales y en el estudio de la jurisprudencia. Se han utilizado tanto obras doctrinales de importantes autores de la parte especial del Derecho Penal como monografías específicas de los delitos más controvertidos del presente caso. Así mismo se han estudiado algunas de las sentencias más importantes principalmente del Tribunal Supremo necesarias para precisar aquellos casos en los que la legislación no termina de ser clara.

II. Hechos probados

Ver Anexo I.

III. Escrito de Calificación del Ministerio Fiscal

1. CALIFICACIÓN JURÍDICA

1.1 Tipicidad

1.1.1 *Delito de asesinato (art 139 CP)*

El primer delito sobre el que vamos a tratar es aquel relacionado con la muerte de las dos policías. Para que este delito sea calificado como un delito de asesinato (art. 139 CP) han de concurrir alguna de las siguientes causas: alevosía, precio, o ensañamiento, de lo contrario el delito habrá de calificarse como homicidio (art. 138 CP). Del relato de hechos, podemos observar claramente que no media precio alguno. Sin embargo, las circunstancias de alevosía y ensañamiento abren la puerta a posibles discusiones.

La definición de alevosía la encontramos en el art 22.1ª del Código Penal:

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.

Para que se de apreciación de la alevosía es necesario que concurra un elemento objetivo y otro subjetivo, aunque jurisprudencialmente se considere más relevante la vertiente objetiva¹.

En relación con el elemento objetivo se hace referencia al aseguramiento del resultado sin riesgo, eliminando la defensa que pudiera existir. Resulta bastante obvio que este elemento se cumple con creces, ya que el autor primeramente amenazó a ambas víctimas con una navaja. Aunque en la primera sentencia de la Audiencia Provincial² existe cierta discusión sobre la prueba de este hecho, posteriormente se determina que queda probado. Además, acto seguido amordazó y ató a ambas víctimas hasta dejarlas inmovilizadas.

¹ LAMARCA PÉREZ, C. et al., *Derecho penal: Parte especial*, Colex, Madrid, 2011, p.51.

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de Septiembre 628/2008 (ARP\2009\495).

Por otro lado, el elemento subjetivo exige un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo, a lo que el Tribunal Supremo añade la existencia de cobardía en el obrar³. Queda claro que su intención era conseguir dicha indefensión para poder después hacer con ellas “lo que quisiera” evitando que pudieran resistirse o agredirle en defensa propia.

Por su parte, el ensañamiento, resulta aún más discutible. El artículo 139.3 CP establece que concurre ensañamiento cuando se aumenta deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. Sin embargo, no hace referencia alguna al requisito de causar padecimientos innecesarios para la ejecución del delito que, por su parte, si está incluido en el art.22.5ª CP sobre la agravante de ensañamiento. Esto ha llevado a numerosas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales, existiendo diversas posturas. Parece razonable la postura que toman algunos autores⁴ y el Tribunal Supremo⁵ al establecer que la definición recogida en el art. 139 CP engloba también lo recogido la circunstancia agravante del art.22.5ª CP y no cabe entenderlas como dos tipos de agravante distintas.

La reiterada doctrina y jurisprudencia, han venido estableciendo que para que concurra la circunstancia de ensañamiento es necesario que se cumpla un doble requisito⁶: tanto objetivo, aumentar el dolor del ofendido, como subjetivo, que hace referencia a lo recogido bajo la expresión “deliberadamente” que utiliza nuestro Código Penal.

Tanto la primera sentencia de la Audiencia Provincial⁷ ya casada por el TS como la nueva sentencia⁸, estiman la concurrencia de alevosía y enseñamiento, por lo que ya nos encuadraríamos en el art. 140 CP en lugar del art. 139 CP. Los argumentos, para apreciar el ensañamiento son, a mi parecer, bastante discutibles. En ambas sentencias se hace especial hincapié a la existencia de facies dolorosa, tal y como se extrae del relato de hechos⁹, ya que a su parecer esto expresa el dolor causado por las mordazas y ataduras y que consideran innecesario para la consecución del resultado deseado, la muerte. Lejos de esta interpretación, sería más correcto considerar que esto se encuadra ya dentro de la alevosía, ya que lo pretendido por el autor del delito, no es aumentar inhumana y

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre 1804/2002 (RJ 2002\10239).

⁴ OBREGÓN GARCÍA, A. Y GÓMEZ LANZ, J. *Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de la teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2012, p.220.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre 1412/1999 (RJ 1999\7020).

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre 1153/1997 (RJ 1997\7166) y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio 632/1998 (RJ 1998\5594).

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de septiembre 628/2008 (ARP\2009\495).

⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de marzo 8/2010 (ARP\2010\549).

⁹ Ver Anexo I.

deliberadamente el sufrimiento de la víctima, sino procurar su indefensión. La expresión inhumanamente hace referencia además a una especial crueldad¹⁰, y de los hechos no cabe concluir que existe mayor crueldad que la ya asociada a un delito de asesinato.

Mención aparte merece el hecho de que no solo no se cumple el elemento subjetivo, ya que no es el resultado pretendido sino que de hecho no se aumenta el sufrimiento de la víctima. El mero hecho de que haya recibido numerosas puñaladas no quiere decir que haya sufrido más ya que de los informes periciales se puede concluir que la muerte de ambas víctima se produjo de manera inmediata, puesto que la mayoría de las puñaladas iba dirigidas a órganos vitales. Cabría apreciar dicho ensañamiento si esas sucesivas puñaladas no fueran dirigidas a órganos vitales, y de hecho se padeciera un sufrimiento adicional, siendo la última de las puñaladas la que lograra la muerte¹¹. No siendo este el caso, las heridas post-mortem no pueden ser determinantes para apreciar la circunstancia de ensañamiento, ya que no se produce sufrimiento adicional alguno, al ser la muerte prácticamente instantánea¹².

Hechas estas precisiones, cabría tipificar estos hechos como un delito de asesinato del art.139 CP al apreciarse la circunstancia cualificativa de alevosía. Sin embargo, en este caso los tribunales aprecian la existencia del ensañamiento, además de la alevosía, por lo que encuadran este delito en el art. 140 CP en relación con el art. 139 CP.

Solución adaptada a las modificaciones introducidas por la L.O 1/2015 y 2/2015

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 y 2/2015 se modifican diversos aspectos del delito de asesinato tal y como era entendido a la luz del Código Penal de 1995.

Una de las principales novedades es la introducción de una circunstancia 4ª en el artículo 139 del CP. Así, si se mata para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, un homicidio pasaría a convertirse automáticamente en asesinato. Resulta llamativa la introducción de esta figura, tomada del Código Penal Alemán, pues en nuestro código penal ya se da respuesta al tipo de situaciones que se quieren tener en cuenta mediante las figuras de concurso medial y el encubrimiento. Esto facilita la

¹⁰ LANDECHO VELASCO, C.M. Y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal Español: Parte general.*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 457.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo 122/2015 (RJ 2015\829).

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo 474/2011 (RJ 2011\5736).

posibilidad de incurrir en un *bis in ídem*¹³, por lo que dicho precepto parece ineficiente e innecesario.

En el presente caso, se podrían considerar las posibilidades de que el asesinato de la primera de sus víctimas se hubiera cometido para encubrir el delito de violación, o bien que ambas muertes se hubieran cometido para facilitar el posterior robo. Sin embargo, ambas posibilidades son muy difíciles de justificar a la luz de los hechos descritos. Si bien es cierto que los hechos probados no tienen por qué corresponderse con la realidad, ya que los únicos allí presentes eran el propio autor de los delitos, y las dos víctimas, es a lo que debemos ceñirnos y resulta complicado discernir si el robo lo tenía en mente desde el principio o fue más bien un pensamiento sobrevenido y simplemente se aprovechó de las circunstancias del momento.

Teniendo en cuenta que posteriormente el autor de los hechos agredió sexualmente a una de sus víctimas parece más razonable tipificar el delito de asesinato como un delito del art.140.1.2ª CP, otra de las novedades de 2015. Esta es una de las novedades más destacables del Código Penal ya que introduce la posibilidad de establecer una pena de prisión permanente revisable. En este caso concreto se hace referencia a que el asesinato sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. Como vemos, presenta especial similitud con la circunstancia 4ª ya que en una misma situación podrían darse ambas circunstancias a la vez incurriendo en un *bis in ídem*¹⁴. Parece razonable entender que la principal diferencia entre ambas es la inmediatez temporal que el art.140.1.2ª CP exige, mientras que la circunstancia del art. 139.4 CP sería más adecuada para casos en los que lo que el autor pretende es evitar que se denuncien ciertos delitos, quizás con cierta continuidad en el tiempo y no necesariamente próximos temporalmente, contra la libertad sexual o de otro tipo.

En el caso que nos concierne, por los hechos probados sabemos que el reo viola a la primera de sus víctimas y seguidamente la mata. Los hechos son subsiguientes temporalmente y por ello cabría aplicar el art. 140.1.2ª, convirtiéndose así la pena asociada a este delito de asesinato alevoso en una pena de prisión permanente revisable.

¹³ GUINARTE CABADA, G., en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 468-470.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 53.

Cabe señalar que la cualificación del artículo 140.1.2^a no solamente se relaciona con el asesinato sino que también lo hace con el homicidio. Esta relación la encontramos en el artículo 138.2 del Código Penal que establece que el homicidio será castigado con la pena superior en grado cuando concurra alguna de las circunstancias del artículo 140.1 CP. Por lo tanto, en caso de que finalmente no se apreciaran las circunstancias necesarias para el asesinato y que nos encontráramos ante un caso de homicidio también se aplicaría esta cualificación. Sin embargo, y tal y como resulta lógico, en este caso se impondría la pena superior en grado en lugar de una pena de prisión permanente revisable. PEÑARANDA RAMOS¹⁵ señala que aun así el legislador ha llevado a cabo un proceso de aumento de penas dudosamente justificable. Como vemos ante los hechos aquí presentes si se tratara de un homicidio antes de la reforma sería castigado con una pena de prisión de 16 a 24 años. Tras la reforma vemos un importante aumento de la penalidad con una pena que puede ir desde los 21 años y un día a los 34 años y 6 meses.

Por último, destacar que conforme a la resolución de los tribunales de este caso, que apreciaron que concurrían las circunstancias de alevosía y ensañamiento, antes de la reforma se aplicaría el art. 140 CP, imponiendo una pena de prisión de 20 a 25 años. Si el caso hubiera tenido lugar en la actualidad, conforme al vigente Código Penal, se aplicaría el art. 139.2 CP imponiendo la pena en su mitad superior. Sin embargo, los tribunales probablemente entenderían que se da la circunstancia prevista en el art. 140.1.2^a CP, y por lo tanto la diferencia entre el art.140 CP y 139.2 CP pasaría a ser irrelevante en este caso ya que se impondría una pena de prisión permanente revisable.

1.1.2 Delito de violación (art. 180.1.5^a)

Según los hechos declarados probados el acusado “la penetró contra su voluntad por la vagina eyaculando en su interior sin dejar de esgrimir una navaja u objeto punzante similar”. Estos hechos se encuadran potencialmente dentro del Título VIII del Código Penal: “Delitos con la libertad e indemnidad sexuales”.

El artículo 178 CP exige que para que se dé un delito del tipo básico de agresión sexual se atente contra la libertad sexual de otra persona mediando violencia o

¹⁵ QUINTERO OLIVARES, G., Y MORALES PRATS, F., *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 42.

intimidación, es decir, aplicando fuerza o infundiendo miedo mediante la amenaza de un mal. La víctima del caso se encontraba completamente indefensa ya que estaba atada y amordazada. En casos como este, en los que la víctima se encuentra en situación de indefensión por estar parcialmente inmovilizada no es necesaria la existencia de una violencia extrema para poder subsumir los hechos en el tipo de agresión sexual¹⁶.

Aunque resulte obvio, se precisa que para que exista agresión sexual haya oposición por parte de la víctima. Es por esta vía por la que el autor ha intentado “escaparse” de este delito, ya que a pesar de reconocer los hechos, insiste en que la relación sexual fue consentida y se dio sin mediar oposición. Las numerosas incongruencias y cambios de versiones hacen que sus declaraciones no hayan sido consideradas como ciertas por los tribunales. Dado que la víctima estaba amordazada y siendo amenazada con un cuchillo resulta inverosímil que dichas relaciones fueran consentidas, sin que resulte necesario que ejerciera una oposición heroica dado que resultaría inútil¹⁷.

Por su parte, el artículo 179 del CP regula el delito de violación, término que vuelve a resurgir tras la LO 11/1999¹⁸, que encuadra las agresiones sexuales en las que exista “*acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*”. El término “acceso carnal” resulta ambiguo pero la jurisprudencia ha venido precisando que se considera que existe desde el *coniunctio membrorum* con la cavidad permanente y que no resulta necesario ni *inmissio pennis* ni *effusio seminis*¹⁹. En nuestro caso al existir eyaculación, probada por perito y reconocida por el autor de los hechos, existe sin duda acceso carnal por vía vaginal.

Existen, además, cinco circunstancias contenidas en el art. 180 que agravarían el delito de violación y que resultan especialmente controvertidas ya que en ambas sentencias del caso que nos concierne²⁰ no ha habido uniformidad con respecto a su apreciación. La parte acusadora instó a los tribunales a que tuvieran en consideración la apreciación de las circunstancias 1ª, 3ª y 5ª del art. 180. Sin embargo, en primera instancia únicamente se estimó la circunstancia 5ª y en la sentencia dictada tras haber sido anulada la anterior por el TS se estimaron las circunstancias 1ª y 5ª.

¹⁶ LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal: Parte especial*, Colex, Madrid, 2011, p. 165.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre, recurso de casación 604/2004 (RJ 2004\7921).

¹⁸ Art. 2 de la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo 365/2006 (RJ 2006\2285).

²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de septiembre 628/2008 (ARP\2009\495) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de marzo 8/2010 (ARP\2010\549).

El art.180.1.1^a hace referencia al ejercicio de la violencia o intimidación mediante actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Para que se aprecie el carácter vejatorio se exige un plus de antijuricidad, una brutalidad que vaya más allá de violencia e intimidación ya requeridas por el art. 178 CP²¹. Algunos consideran que se trata de supuestos muy agravados como pueden ser amordazar o golpear a la víctima²², mientras que en otras ocasiones se relaciona más bien con que el tipo de prácticas sexuales sean especialmente humillantes, o con que se realicen ante la presencia de más personas. En el caso que nos concierne, se estima en la última sentencia que las fuertes ataduras y mordazas suponen ese plus de antijuricidad necesario para la apreciación de esta circunstancia ya que se atenta contra la dignidad de la persona. No hay duda de que esto es cierto, sin embargo, cualquier práctica sexual no consentida atenta contra la dignidad de la persona y no por ello automáticamente se ha de estimar la circunstancia 1^a del art. 180 CP. Considero que Audiencia Provincial de Barcelona ha tenido en cuenta las mismas circunstancias que tuvo para apreciar la violencia necesaria para apreciar el asesinato y que la inmovilización no supone un plus de antijuricidad que si supondrían por ejemplo, prácticas excesivamente largas o el acceso por todas las vías antes descritas²³. Por ello, no cabría apreciar en este caso la existencia de un trato particularmente degradante o vejatorio.

Otra de las circunstancias que las partes pidieron a los tribunales que tuvieran en consideración es la 3^a del art.180.1 del Código Penal. Dicha circunstancia agravante ha de apreciarse *“Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años”*. Esta especial vulnerabilidad no deja de ser un término bastante amplio y por ello el legislador ha intentado acotarlo enumerando las características que se han de tener en cuenta para estimar la especial vulnerabilidad de la víctima. Sin embargo, a mi parecer, el término “situación”, empleado por el legislador no es para nada preciso lo cual hace que se dificulte el proceso de discernir en que situaciones se debe de apreciar dicha agravante y en cuáles no. El resto de supuestos no presenta mayores problemas interpretativos, excepto la edad, que encuadra no únicamente supuestos de poca edad, sino también

²¹ DÍEZ RIPOLLES, J.L., en *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 351.

²² SERRANO GÓMEZ, A., Y SERRANO MAILLO, A., *Derecho penal: Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero 33/2001 (RJ 2001\455).

aquellos supuestos en los que la edad avanzada nos puede hacer considerar que se trate de una víctima especialmente vulnerable²⁴.

En nuestro caso particular, lo que la acusación particular está pidiendo es que se estime esta circunstancia en relación con la situación de la víctima. Algunos autores se inclinan por pensar que con especial situación se está haciendo referencia a la situación espacio-temporal de la víctima, por ejemplo, por la noche y en un descampado²⁵. Siendo esto así dicha circunstancia sería equiparable a la circunstancia genérica de alevosía, pero siempre prevalecería ésta agravante específica al delito de agresión sexual. También cabría apreciarla en situaciones en las cuales la víctima se encuentra inconsciente, pero en caso de que dicha inconsciencia haya sido provocada por el autor de los hechos y no se encuentre ya presente de modo natural ya que si no sería más correcto hablar de abusos sexuales²⁶. En nuestro caso particular, se hace referencia a la situación de indefensión de la víctima para apreciar esta circunstancia. A mi parecer, es correcto el rechazo de los tribunales hacia esta postura, ya que peligrosamente estaríamos incurriendo en un *bis in idem* al haber sido dichas circunstancias ya tenidas en cuenta para apreciar la violencia que diferencia a las agresiones sexuales de los abusos. Sin embargo, no debemos perder de vista el hecho de que ciertos autores defienden, a mi forma de ver de manera desacertada, que dicha violencia o intimidación hacen referencia a actuar en contra de la voluntad de la víctima y que por lo tanto son completamente compatibles con la apreciación de dicha agravante por una especial indefensión resultante de un plus de violencia e intimidación²⁷.

Por otro lado, la circunstancia 5ª hace referencia al uso de medios u armas especialmente peligrosos. La razón de ser de dicha circunstancia, implícita en el propio artículo 180.1 CP, es que se está incrementando el riesgo de producir una lesión a los bienes jurídicos de la vida y la salud. Ahora bien, ¿en qué modo han de usarse dichas armas u instrumentos?, ¿basta con la mera exhibición? Como regla general, podemos decir que cuando más sentido tiene apreciarla, y de hecho se ha venido haciendo de manera consistente, es cuando existe de hecho contacto del arma con el cuerpo²⁸. Esto se debe a que resulta más sencillo argumentar el incremento del riesgo de lesiones o muerte.

²⁴ VELÁZQUEZ BARÓN, A., *Las agresiones sexuales*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 24.

²⁵ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 451.

²⁶ ALCÁ CER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual, agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 51-53.

²⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, B., *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 531.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre 843/2008 (RJ 2009\786).

Sin embargo, encontramos ciertas contradicciones del Tribunal Supremo en cuanto a si debe apreciarse esta circunstancia cuando hay una mera exhibición. En algunos casos ha llegado a concluir que el mero hecho de portar y mostrar el arma ya aumenta el efecto intimidatorio y se ha de apreciar dicha circunstancia²⁹. En otras ocasiones ha venido estableciendo explícitamente que “la mera exhibición del instrumento no es suficiente para integrar el subtipo agravado, cuando no se aprecie un peligro especialmente relevante y constituya el único elemento que integra la intimidación”³⁰. Como vemos, se ha de examinar caso por caso, pero considero, en línea con algunos autores como ORTS BERENGUER³¹, que en ciertos casos de mera exhibición del arma por mucho que se aumente el carácter intimidatorio no se está aumentando el riesgo que es, al fin y al cabo, lo que verdaderamente pretende sancionar dicho precepto. En el presente caso este aspecto no presenta mayores complicaciones dado que se utilizó una navaja tipo mariposa, instrumento que no sólo incrementa el riesgo ya mencionado, sino que además dicho riesgo de hecho se materializó en la posterior muerte de la víctima.

Establece nuestro Código Penal que la apreciación de la circunstancia 5ª del artículo 180.1 CP no resulta incompatible con la pena que pueda corresponder por la muerte o lesiones causadas. Si tomamos el artículo al pie de la letra queda claro que la ley ya nos está diciendo que debemos de resolver la concurrencia de estos dos delitos en forma de concurso real. Sin embargo, se ha venido observando, de manera acertada, que se está considerando el uso del arma tanto para la agravación del delito de violación como para el delito de asesinato³². Esto implica que aquellos puristas que sigan a pies juntillas lo establecido en el precepto podrían incurrir en un *bis in idem*. Aunque esto sea cierto, en este caso particular, sería más acertado establecer la concurrencia de este delito dado que de lo contrario sería tipificado como un delito de violación del art. 179 CP. La magnitud de los hechos hace que dicha tipificación resulte insuficiente.

Conviene recordar que en primera instancia³³ la Audiencia Provincial falló que los hechos eran constitutivos de un delito de agresión sexual (179 CP en relación con el 178 CP) concurriendo la agravante específica del art.180.1.5ª. Por su parte, tras resultar la

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril 611/2000 (RJ 2000\3440).

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo 486/2003 (RJ 2003\3842).

³¹ ORTS BERENGUER, E., Y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 233-234.

³² VELÁZQUEZ BARÓN, A., *Las agresiones sexuales*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 28.

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de Septiembre 628/2008 (ARP\2009\495).

sentencia casada por el Tribunal Supremo³⁴, la nueva sentencia³⁵, estimó que además de la circunstancia 5ª también era aplicable la circunstancia 1ª del art. 180.1 CP. Conforme a lo ya expuesto, resulta más razonable aceptar como solución la adoptada en primera instancia.

Solución adaptada a las modificaciones introducidas por la L.O 5/2010 y por la L.O 1/2015 y 2/2015

Las principales modificaciones con respecto a los delitos de agresiones sexuales han sido introducidas por la reforma operada en 2010. Sin embargo, la mayoría de ellas están relacionadas con los menores de edad lo cual no concierne al presente caso.

A pesar de que no haya habido modificaciones sustanciales del Título VIII que puedan afectar al caso, es conveniente reflexionar sobre cómo afectaría la introducción del art. 140.1.2ª CP. Antes de la reforma, tal y como hemos visto habríamos estado ante un delito de asesinato previsto y penado por el artículo 139 del Código Penal concurriendo la circunstancia específica de alevosía. Además también se daría un delito de violación del artículo 179 CP con la agravante específica de uso de armas del art. 180.1.5ª CP.

Con la introducción del artículo 140.1 CP tras la reforma de 2015 ya no nos encontraríamos ante un delito de asesinato del 139, sino ante un delito subsiguiente a otro contra la libertad sexual. Resulta abusivo que el Código Penal este castigando por un lado por cometer la violación y por otro lado esté castigando un asesinato de una forma aún más grave porque se ha cometido dicha violación. Además tras esta reforma la expresión final del artículo 180.1.5ª CP (“*sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas*”) hace que aumente el riesgo de incurrir un *bis in ídem*. Por lo tanto, si se quiere apreciar el asesinato cualificado (140.1 CP) no resulta razonable aplicar también la circunstancia agravante de uso de armas en la violación y sería más correcto aplicar el tipo del artículo 179 CP.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio 728/2009 (RJ 2009\4314).

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de marzo 8/2010 (ARP\2010\549).

1.1.3 Delito de profanación de cadáver (art. 526 CP)

Ya comentaba con anterioridad la existencia de un delito de violación previo al de asesinato en relación con una de las víctimas. Si bien es cierto que no agrede sexualmente a su segunda víctima antes de asesinarla, sí que le introduce un vibrador por el ano una vez muerta tras “sesgarle el pantalón y las bragas”. Este acto puede ser tipificado como un delito de profanación de cadáver del artículo 526 del Código Penal del Título XXI Capítulo IV Sección 2: “*De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*”.

La razón de ser del delito de profanación de cadáver es la protección del respeto de la memoria de los difuntos. El término “profanación de cadáver” hace referencia a cualquier desprecio hacia la persona fallecida, incluyendo los actos de contenido sexual o necrofilia. El hecho de que el concepto sea tan amplio hace que situaciones muy dispares sean castigadas de igual manera. Por ejemplo, en 2001 la Audiencia Provincial de Alicante condenó a tres individuos por los siguientes actos: “romper con un martillo y un cincel el nicho en el que se encontraba el ataúd con un cadáver, extraerlo, abrirlo con un destornillador, extrayendo a su vez el cadáver, y realizar diversos actos de contenido sexual”³⁶. Resulta cuanto menos desacertado equiparar ésta situación con el caso que nos concierne en este trabajo, dada la disparidad de los actos. Si unimos esto al hecho de que las penas asociadas con este delito resultan irrisorias, nos damos cuenta de que para el legislador es sin duda un delito baladí.

Así las cosas, considero que convendría mencionar aquí, que una vez hubo terminado de realizar todos los actos dentro de la casa, el acusado provocó un incendio, posiblemente con la intención de borrar todas sus huellas y de no ser descubierto. Teniendo en cuenta que se hallaban allí los cadáveres de las dos víctimas, cabría sostener la existencia de un profundo desprecio del autor de los hechos y una total falta de respeto hacia los cadáveres de ambas mujeres. Por ello considero que, a pesar de que no haya sido mencionado por los tribunales en las sentencias que aquí nos ocupan, se da también un delito diferenciado del anterior de profanación de cadáver (art. 526 del Código Penal).

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de abril 167/2001 (ARP 2001\149).

Solución adaptada a las modificaciones introducidas por la L.O 1/2015 y 2/2015

El artículo 526 del Código Penal no ha sufrido modificaciones desde la introducida por la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor en 2004 y por lo tanto ya lo estaba en el momento de los hechos del presente caso. Sin embargo, considero apropiado hacer referencia aquí a una de las reformas introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 en relación con el asesinato. Más concretamente me refiero al nuevo artículo 140.1.2ª CP que castiga con la pena de prisión permanente revisable cuando el asesinato fuera “subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”³⁷.

Numerosos autores critican que únicamente se contemple la posibilidad de la pena de prisión permanente cuando el delito anterior al de asesinato es un delito contra la libertad sexual y no se incluya el conjunto de los delitos del título VIII, dejando fuera los delitos contra la indemnidad sexual. En este punto también debemos plantearnos porque el delito de asesinato ha de ser subsiguiente y no puede ser simultáneo o incluso antecedente, es decir, en casos de necrofilia³⁸. Esto no es más que otra de las muestras a las que antes ya se han hecho referencia sobre la escasa importancia que el legislador da al delito de profanación de cadáver en nuestro Código Penal. Así las cosas, respecto de la víctima a la que viola y posteriormente asesina sí que cabría imponer una pena de prisión permanente revisable, mientras que por los delitos de asesinato y profanación de cadáver no sería posible. Sería razonable entender que el hecho de que el delito sea antecedente hace necesario que se cometa en vida de la víctima y por ello la agravación resulta adecuada y no cuando se comete un delito *post-mortem*. Sin embargo, cuando el delito se da de manera simultánea en vez de subsiguiente, la víctima sigue estando en vida y resulta más difícil justificar su exclusión del artículo 140.1.2ª del Código Penal.

1.1.4 Delito de robo con violencia e intimidación (art. 237 CP)

Una vez el reo hubo terminado los actos previamente descritos (violación, asesinatos e introducción de un vibrador por el ano de una de las víctima ya fallecidas) registró la vivienda y se apoderó de una tarjeta de crédito, las llaves de un vehículo, varias prendas

³⁷ Artículo 140.1.2ª del Código Penal.

³⁸ CADENA SERRANO A., *Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el código penal por ley orgánica 1/2015*, (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740; última consulta 22/02/2017).

de ropa, un DVD y una bolsa-mochila en la que introdujo el resto de objetos. Los hechos resultan perfectamente encuadrables en el Título XIII del Libro II de nuestro Código Penal. Sin embargo, habrá que determinar si es más correcto calificarlos como un delito de hurto o un delito de robo con violencia o intimidación. En este caso los tribunales han optado por la segunda opción. Sin embargo, a mi juicio y debido a la falta de unanimidad en la doctrina y jurisprudencia dicha calificación resulta discutible.

El artículo 238 del Código Penal vigente en el momento de comisión de los hechos establecía que “Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”. El término empleando no termina de resultar del todo esclarecedor y ello ha provocado que no exista un acuerdo sobre la relación que han de tener la violencia o intimidación con el robo. Parte de la doctrina, y entre ellos MUÑOZ CONDE, estima que lo se establece es un criterio objetivo y que basta con que esté presente en cualquier momento previo a la consumación de la sustracción³⁹. Esta consideración es la que ha seguido la Audiencia Provincial de Barcelona en el presente caso alegando que la instrumentalidad resulta indiscutible ya que la violencia ha facilitado el posterior robo. Por su parte, también se establece que resulta completamente indiferente si la intención de robo era previa o fue sobrevenida puesto que el robo se consumó tras la violencia ejercida⁴⁰.

Sin embargo, otra parte de la doctrina considera, de forma más adecuada a mi juicio, que existe una clara dimensión finalista y que estamos ante un criterio de tipo más subjetivo. Al contrario de lo que opina la Audiencia Provincial, la intención previa resulta más que relevante. En el presente caso podemos afirmar casi con seguridad que la intención del reo no era desde un principio la de sustraer dichos objetos. Sino que más bien nos encontramos ante la actuación de una persona con ganas de saciar sus ansias criminales, alguien con un total y absoluto desprecio ante la vida e integridad física de las personas. Él entra en la casa apuntando a una de las víctimas con un cuchillo, la viola, la mata a ella y a su compañera de piso y después profana su cadáver. Si la intención inicial era robar los actos son totalmente desproporcionales y desde luego que las agresiones sexuales y la profanación de cadáver resultan cuanto menos innecesarias. Además si esa

³⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial*, 12ª ed, Valencia, 1999, pág. 384.

⁴⁰Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de septiembre 628/2008 (ARP\2009\495), Fundamento Jurídico Sexto.

hubiera sido su intención se hubiese llevado objetos de valor y los que se llevó suman en conjunto una cantidad insignificante.

Podemos decir que DE VICENTE resultaría la defensora principal de esta postura cuando establece que:

Cuando tras unas lesiones, un homicidio, unas amenazas, etc.-empleo o utilización de violencia o intimidación-, surge en el sujeto activo el deseo de apoderarse de las pertenencias del sujeto pasivo –apoderamiento de cosas muebles ajenas-. En estos casos, en los que un sujeto, después de dar muerte a otro, se apodera de la cartera de la víctima, se descarta la calificación de delito de robo y se acoge la de hurto en concurso con la infracción correspondiente: homicidio, lesiones, amenazas, etc.⁴¹.

Otros autores tales como RON MARTÍN⁴² establecen que la violencia e intimidación han de usarse para lograr o culminar sus apetencias patrimoniales. En el presente caso, queda claro que la violencia se usa para lograr otro tipo de apetencias, las patrimoniales surgen una vez cesada dicha violencia. En la misma línea GÓRRIZ ROYO señala que la violencia o intimidación han de tener una relación directa con la disponibilidad efectiva de la cosa entendiendo que “la intimidación o violencia tienen que estar en relación de medio a fin con el acto de apoderamiento patrimonial o con la disponibilidad del bien”⁴³. También advierte SILVA SÁNCHEZ que “no toda violencia o intimidación ejercidas con anterioridad a la consumación darán lugar a robo, sino sólo y precisamente aquellas ejercidas para asegurar la consumación”⁴⁴. Nuevamente, queda claro que en el presente caso que el fin de dicha violencia ejercida es poder lograr la violación y los asesinatos pero en ningún caso el robo posterior.

Como vemos, a pesar de existir dos posturas contrarias no son pocos los que se inclinan por esta segunda postura. Es más, a mi parecer, incluso algunos de los autores que se inclinan por la calificación de robo con violencia e intimidación en ocasiones cambian su postura. Este es el caso de MUÑOZ CONDE que por una parte señala que no resulta necesario que la violencia o intimidación se empleen en el momento de la sustracción, sino que también pueden estar presentes en cualquier momento previo a la

⁴¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El robo con violencia o intimidación en las personas”, en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII/2004, p 4.

⁴² Citado por DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las persona.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p 53.

⁴³ VIVES ANTÓN, T. S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal: Parte especial.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 490.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J., RAGUÉS I VALLÈS, R., Y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Lecciones de Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2015.

consumación. Así estaría apoyando la primera de las posturas. Sin embargo, también recalca que:

Lo principal en este delito es el ánimo de lucro y lo accesorio es la violencia e intimidación que es lo que le separa del hurto. De ahí que cuando lo principal sea la violencia e intimidación y posteriormente sobrevenga un apoderamiento (el sujeto después de haber agredido sexualmente o haber golpeado en el curso de una discusión a una mujer le quita el bolso) sea preferible la tesis del concurso entre dichos delitos y el de hurto a la de robo con violencia.

Por todo lo anteriormente dicho resulta más correcto desviarse de la solución que se le ha dado al presente caso y tipificar los hechos como un hurto. Hay que tener en cuenta que los hechos son anteriores a la reforma de 2015 y por lo tanto no nos encontramos ante un delito de hurto sino ante una falta del artículo 623.1 del Código Penal, ya que la cuantía de lo sustraído no supera los 400 euros.

Por otra parte, la Audiencia Provincial de Barcelona también estableció que concurre la agravante específica de “uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos” contenida en el artículo 242 del Código Penal. A pesar de haber tipificado los hechos como una falta de hurto, y en consecuencia resultar esto irrelevante, conviene comentar brevemente cierta discusión doctrinal existente. Nos encontramos nuevamente ante un peligroso caso de *bis in ídem*, y que ya ha sido discutido con respecto a los delitos de asesinato y violación. El uso de arma ha sido apreciado por la Audiencia en el presente caso en tres ocasiones: para apreciar la existencia de la violación en sí misma, para apreciar la agravante específica del art. 180.1. 5ª del Código Penal, y ahora con respecto al robo. La razón del ser del artículo 242 CP es similar a la comentada con respecto a la violación, castigar el incremento de riesgo de lesión o peligro para la vida. Así, algunos autores como SILVA SÁNCHEZ⁴⁵ o VIVES ANTÓN⁴⁶ entienden que cuando dicha lesión o peligro para la vida se materializan en el resultado concreto que se pretendía evitar no resulta lógica la apreciación de dicha agravante. En el caso presente resulta aún menos lógica puesto que el resultado concreto de muerte materializó incluso antes de que deviniese el ánimo depredatorio.

Por lo tanto, y a modo de conclusión, observamos que la Audiencia Provincial, tanto en primera instancia como tras la casación del Tribunal Supremo, falló que los hechos

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, J., RAGUÉS I VALLÈS, R., Y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Lecciones de Derecho penal*, Atelier Barcelona, 2015, p. 248.

⁴⁶ VIVES ANTÓN, T. S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal: Parte especial.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

descritos constituían un delito de robo con violencia e intimidación con uso de arma o instrumento peligroso del art. 242.1 y 2 CP en relación con el art. 237 del Código Penal. Sin embargo, por todo lo anteriormente descrito resulta preferible tipificar los hechos como una falta de hurto del artículo 623.1 del Código Penal.

Solución adaptada a las modificaciones introducidas por la L.O 5/2010 y por la L.O 1/2015 y 2/2015

En 2010 se añade un tipo cualificado del delito de robo que resulta crucial para el presente caso contenido en el art. 242.2 del Código Penal. Se trata de imponer una mayor pena cuando el robo hubiera sido cometido en casa habitada o en cualquier de sus dependencias. Por si existiera alguna duda de a que se refiere el legislador con la expresión “casa habitada” el art. 241.2 del Código Penal se encarga de aclarárnoslo: “Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar”. Queda claro que en el presente caso se trata de un robo cometido en una casa habitada en la que además estaban presentes las inquilinas. En este caso los tribunales habrían apreciado dicha cualificación lo que daría lugar a una híper-cualificación dado que también apreciaron el uso de arma como elemento cualificativo del delito. Algunos autores señalan que tras ésta modificación del Código Penal la aplicación del subtipo de robo en casa habitada excluye la apreciación del delito de allanamiento de morada que quedaría absorbido por en el delito de robo en casa habitada⁴⁷.

Como ya comentábamos anteriormente existe una importante discusión doctrinal sobre si calificar estos hechos como un delito de robo con violencia o de hurto. Por si quedaba alguna duda, la reforma del 2015 se encarga de especificar en que momento han de estar presentes la violencia o intimidación con respecto a la sustracción. La nueva redacción del artículo añade a la redacción anterior que la violencia o intimidación se pueden emplear “al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren”. En ningún caso se establece que esta violencia pueda ser ejercida con anterioridad a la comisión del delito como sucede en el presente caso. En esta línea, tal y como señala el PRIETO RIVERA⁴⁸ los tribunales se

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J., RAGUÉS I VALLÈS, R., Y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Lecciones de Derecho penal*, Atelier Barcelona, 2015, p. 241.

⁴⁸ Prieto Rivera, F., *El delito de robo con violencia e intimidación: doctrina jurisprudencial*, 2010, p. 9 (disponible en

han encargado de redirigir su postura previa. Así, en un caso similar en el que la intención del reo al entrar en una casa habitada era violar y matar a una mujer, el Tribunal Supremo estimó un recurso de casación pasando a admitir que dicha violencia no puede ser tenida en cuenta para tipificar la posterior sustracción como un delito de robo y en su lugar es más correcto calificarlo como un hurto. El Supremo señala en este caso que la reforma introducida por la L.O 1/2015 “ha perfilado la conducta delictiva del robo violento, considerando a la violencia como medio instrumental directamente encaminada al apoderamiento de lo ajeno”⁴⁹. Esto era algo que tal y como se ha recalado ya numerosos autores opinaban y que ahora, tras la reforma de 2015 coge aún más fuerza.

Por último, cabe señalar que una de las reformas más importantes de las operadas por la L.O 1/2015 ha sido la supresión de las faltas y su sustitución por los denominados delitos leves. Por ello, al quedar derogado el artículo 623.1 del Código Penal, los hechos descritos en el presente caso ya no serían constitutivos de una falta de hurto sino de un delito leve de hurto (art. 234.2 CP). Sin embargo, el artículo 234.2 añade como inciso final que no será un delito leve si concurre alguna de las circunstancias del artículo 235 del Código Penal. La circunstancia 7^a añadida tras la reforma de 2015 dice así “Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo”. Observamos aquí una analogía con la multirreincidencia establecida en el artículo 66.1.5^a, circunstancia que concurre en el presente caso con respecto a los delitos de robo tal y como se encarga de señalar la Audiencia Provincial de Barcelona⁵⁰. Por lo tanto, no estamos ante un delito leve al concurrir dicha circunstancia sino ante un delito de hurto. Sin embargo, como ya se ha establecido nos encontramos ante un hurto y no ante un robo y por lo tanto no concurre la multirreincidencia por lo que estaríamos ante un delito leve.

1.1.5 Delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238)

En el apartado anterior se ha comentado que uno de los objetos sustraídos por el autor de los hechos fue una tarjeta VISA. El mismo día de la comisión de los hechos, solo unas horas más tarde el sujeto se trasladó a un cajero “La Caixa” con ánimo de obtener un

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Prieto%20Rivera%20Fernando.pdf?idFile=be9ab933-f82c-4da6-bd90-a88ed6221c7c; última consulta 19/03/2017).

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre 595/2015 (RJ 2015\5031).

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de septiembre 628/2008 (ARP\2009\495), p. 20.

reintegro de 300 euros con la tarjeta previamente sustraída a las víctimas. Sin embargo, al desconocer el PIN no logró su propósito. El día siguiente por la mañana volvió a intentarlo, de nuevo con un resultado fallido. En primera instancia se falla que estos hechos son constitutivos de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa (art. 238 en relación con el 239, 240, 74 y 16 del Código Penal). Sin embargo, tras el recurso de casación, la Audiencia Provincial falló, sin aportar una argumentación sólida, que como la tarjeta había sido sustraída en el anterior robo con violencia dicho delito absorbía al de robo con fuerza en las cosas. Un giro tan radical como éste debería de haber sido argumentado de una forma algo más extensa. En definitiva, resulta innegable que estos hechos han sido objeto de diversas discusiones y hay partidarios de calificarlos tanto como de un delito de robo con fuerza en las cosas, un delito de estafa o como un hurto.

Antes de la reforma de 2010 (en el momento en el que se encuadran los presentes hechos) la doctrina mayoritaria se inclinaba por apreciar la existencia de un delito de robo con fuerza en las cosas. Entre los supuestos de robo con fuerza en las cosas se encuentra el que se comete empleando el uso de llaves falsas. Tal y como señala MAZA MARTÍN, el concepto de llaves falsas es una ficción jurídica ya que se está dando a través del art. 239 CP el tratamiento de llave a algo que no lo es⁵¹. En el párrafo final de dicho artículo se establece que “a los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia”. Además la llave no tiene por qué ser falsa en un sentido estricto sino que también pueden ser llaves sustraídas ilícitamente, como es nuestro caso. Teniendo esto en cuenta podríamos pensar que nos encontramos ante un robo con fuerza en las cosas. Por otra parte, hay que tener en cuenta que se ha de emplear fuerza en las cosas para acceder al lugar donde se encuentran estas y a través del uso de dicha tarjeta de crédito no se accede a ningún lugar. Sin embargo, numerosos autores tales como Muñoz Conde⁵² o Silva Sánchez⁵³ consideran que hay que entender dicha cláusula como normativa y no descriptiva, entendiendo que no es necesario el acceso personal al interior de la máquina del dinero. Sin embargo, atendiendo a la literalidad del presente artículo, no resulta lógico entender que se entienda

⁵¹ MAZA MARTÍN, J.M., *Tarjetas bancarias y derecho penal*. n.p, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 2002, p. 56

⁵² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 344-345.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, J., RAGUÉS I VALLÈS, R., Y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Lecciones de Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 238-239.

que se dé acceso a ningún lugar por el mero hecho de introducir una tarjeta de crédito en un cajero a pie de calle y por lo tanto en este trabajo no se va a seguir dicha línea doctrinal.

Los partidarios de calificarlo como una estafa argumentan precisamente eso, que dicha tarjeta no da necesariamente acceso al lugar donde se encuentra el dinero y que la función de dicha tarjeta no es la de apertura de algo sino que es un instrumento de legitimación para poder pagar u obtener dinero⁵⁴. En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de marzo de 2007⁵⁵ establece nos encontramos ante una manipulación informática propia de la estafa del art. 248.2 del Código Penal. Como con anterioridad a la reforma de 2010 no existía ningún precepto que regulara esto específicamente, se asimilaba con las transferencias no consentidas de activos patrimoniales mediante manipulación informática. Sin embargo, cabe considerar que tal manipulación no existe puesto que ni la tarjeta es falsa ni hay una manipulación del sistema informático del cajero⁵⁶. Caso distinto sería el pago con dicha tarjeta en un establecimiento comercial en el que sí que se produce un engaño hacia la persona que cobra. Pero en el caso que nos concierne no se puede afirmar que exista dicho engaño y por lo tanto no sería aceptable la tipificación de estos hechos como un delito de estafa⁵⁷.

Al rechazar ambas tesis expuestas, por defecto, podemos afirmar que nos encontramos ante un hurto. Esto es así porque el elemento distintivo entre el delito de robo y el de hurto es emplear fuerza en las cosas o violencia en las personas, cosa que no sucede. Además hay que tener en cuenta que el valor de lo que se intentó sustraer no excede de los 400 euros y por lo tanto, nos encontramos ante una falta en lugar de un delito. Por último, también hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un delito intentado, al haber quedado frustrado el objetivo del autor por no conocer el número secreto necesario para sacar dinero del cajero. Este hecho, que no ha sido tenido en cuenta por la Audiencia Provincial de Barcelona, se tratará en el epígrafe correspondiente.

Solución adaptada a las modificaciones introducidas por LA L.O 5/2010

⁵⁴ MATA, R. M., Y MARTÍN, A. M. J., *Tratamiento jurídico penal de los fraudes efectuados con tarjetas de pago: doctrina y jurisprudencia*. Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, (20), pp. 37-53.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo 219/2007 (RJ 2007\1781).

⁵⁶ ALONSO PEREZ, F., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos*, Colex, Madrid, 2003, p. 97.

⁵⁷ RUIZ, L.R., *Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias*. Revista de Internet, Derecho y Política. UOC, 2006, p. 8.

La reforma operado por la L.O 5/2010 ha intentado resolver la discusión ya introducida con la inclusión del artículo 248.2.c) que establece que “los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”. Tras esta nueva redacción la doctrina ha dado un giro y la mayoría parece inclinarse por apreciar la existencia de un delito de estafa⁵⁸. Tras esta nueva inclusión ya no es necesaria la manipulación informática, en este caso inexistente, para poder apreciar este delito. Además, con la introducción de la coletilla “de cualquier clase” entendemos que el legislador quiere dejar la puerta abierta para poder encuadrar aquí tanto casos de transferencias, pagos electrónicos o en establecimientos comerciales como el presente caso de obtención de dinero de los cajeros automáticos. Aunque parezca abusivo tipificar estos hechos como un delito de estafa, parece claro que el legislador ha intentado dar respuesta a este conflicto adoptando ésta solución y parece razonable seguirla.

Por otra parte, el legislador ha seguido manteniendo la consideración de las tarjetas como llaves lo cual puede llevar a confusión. Sin embargo, tal y como señala JAVATO MARTÍN se da un concurso de normas que ha de resolverse por el principio de especialidad (art. 8.1 CP) en favor de la estafa de tarjetas pues es el más específico⁵⁹. No sólo la doctrina es partidaria de ello sino que así lo han señalado también numerosas sentencias⁶⁰. Como ya ha sido establecido anteriormente, en ningún caso resulta razonable considerar que nos encontremos ante un caso de robo con fuerza en las cosas, sino más bien ante un hurto y por lo tanto el concurso de normas sería en relación con este delito y no con el de robo.

Por lo tanto, si los hechos aquí descritos tuvieran lugar a día de hoy a la luz del vigente Código Penal podríamos entender que nos encontramos ante una estafa. Nuevamente hay que tener en cuenta que el valor de lo sustraído no supera los 400 euros y por lo tanto nos encontraríamos ante una falta del artículo 623.4 del Código Penal. Sin embargo, tras la supresión de las faltas efectuada en la reforma de 2015 ya no estaríamos ante una falta sino ante un delito leve. Por lo tanto, podemos decir que a día de hoy

⁵⁸ CORCOY BIDASOLO, M., Y VERA SÁNCHEZ, J. S., *Manual práctico de derecho penal. Parte especial (actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015): doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁵⁹ JAVATO MARTÍN, A.M. *Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales*. Nº: Cuaderno Red de Cátedras Telefónica; 10, 2013, pp. 15-17.

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de marzo 325/2012 (JUR 2012\168225).

podemos tipificar los hechos como un delito leve de estafa penado por el artículo 249 del Código Penal.

1.1.6 Delito de incendio (art.351 CP)

Como ya se ha comentado en relación con el delito de profanación de cadáver, el reo prendió fuego a ciertas partes del mobiliario de la casa. Para ello empleo “varias botellas de distintos licores en alguno de los focos con la finalidad de acelerar su combustión”. Es razonable entender que los hechos pueden constituir un delito de incendio contenido el artículo 351 del Código Penal.

Tal y como señala Gómez Rivero el bien jurídico que se pretende proteger es en primera instancia la integridad física de las personas y en segundo lugar el patrimonio⁶¹. Por ello, para la apreciación del delito resulta fundamental que se dé de hecho un peligro para la vida o salud de las personas. Podríamos pensar que en el presente caso ese peligro no existe puesto que el reo ya había asesinado previamente a las víctimas y que por lo tanto únicamente sería una falta de respeto hacia sus cadáveres, lo cual se encuadra en el artículo 526 del Código Penal. Sin embargo, no debemos de olvidar que las víctimas vivían en un edificio y se está poniendo el peligro la vida o salud del resto de inquilinos ya que el fuego podría llegar a propagarse por todo el edificio. Así lo han manifestado los peritos del caso afirmando que “el incendio suponía un riesgo grave de propagación para el resto del edificio, sobre todo para los pisos superiores”⁶². Por lo tanto, no cabe duda de que la Audiencia Provincial de Barcelona ha estado acertada al fallar que los hechos son constitutivos de un delito de incendio del art. 351 del Código Penal.

1.1.7 Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)

Aunque el delito de allanamiento de morada tenga relación con el principio del relato de hechos conviene tratarlo ahora que ya se han tratado el resto de delitos para poder entender mejor su relación con ellos. Los hechos descritos serían potencialmente constitutivos de un delito de allanamiento de morada del art. 202.2 del Código Penal puesto que no sólo entró en morada ajena sino que también lo hizo con violencia. Independientemente o no de que el mero hecho de entrada en la vivienda fuera realizado

⁶¹ GÓMEZ RIVERO, M. C. et al., *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 491.

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de Septiembre 628/2008 (ARP\2009\495).

con violencia lo cierto es que sí que la empleo para poder lograr el fin de permanecer en ella sin que las víctimas opusieran resistencia alguna. Así, amenazándolas con una navaja logro atar a ambas hasta que quedaron inmobilizadas.

La tipicidad de los hechos no resulta especialmente controvertida en éste caso. Lo verdaderamente importante son los concursos, que se tratarán en el epígrafe correspondiente.

1.1.8 Delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP)

Poco cabe decir en relación con el delito de quebrantamiento de condena previsto en el artículo art. 468.2 del Código Penal ya que no presenta mayores dificultades. Los hechos son por sí solos esclarecedores y resulta evidente que si bien sabía que debía de reingresar en el centro tras su permiso penitenciario no lo hizo.

1.2. Dolo

1.2.1. Delito de asesinato (art 139 CP)

Tal y como señala QUERALT JIMÉNEZ⁶³, el delito de asesinato es un delito que por sus características típicas no admite el delito imprudente. Resulta razonable entender que siendo necesario que se den las circunstancias, de alevosía, premeditación o ensañamiento el delito en ningún caso va a ser imprudente, la muerte de la víctima va ser siempre deseada. Por ello, únicamente cabe dolo directo de primer o segundo grado, ni si quiera cabría admitir un dolo eventual. En el presente caso nos encontramos ante un dolo directo de primer grado dado que el individuo sabía lo hacía y además quería hacerlo. Por lo tanto, podemos afirmar que se da el elemento subjetivo del tipo y que existe por tanto dolo de matar.

Además, en el caso del delito de asesinato, también se requiere que se dé un elemento subjetivo con respecto a las circunstancias agravantes ya que de lo contrario la acción típica sería la de un homicidio. Ya se comentaba al analizar la tipicidad de este delito que dicho elemento no concurría con respecto al ensañamiento y que por lo tanto no se podía

⁶³ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 60.

apreciar dicha circunstancia. Sin embargo, sí que se da un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo por lo que se ha podido afirmar que estamos ante un asesinato alevoso.

1.2.2. Delito de violación (art. 180.1.5ª)

El delito de violación es un delito que sólo admite la punición en su comisión dolosa. Para que se dé el elemento subjetivo del tipo ha de estar presente el ánimo lascivo, es decir, “el sujeto activo debe querer agredir sólo sexualmente” a la víctima⁶⁴. El dolo en este caso no presenta mayores complicaciones, se da por hecho que existe y, tal y como establece MUÑOZ CONDE, basta con que el sujeto activo sea consciente de que está realizando un acto sexual sin el consentimiento del sujeto pasivo⁶⁵.

Resulta evidente que en el presente caso la intención del reo era agredir sexualmente a la víctima y que era plenamente consciente de lo que hacía ya que estaba en sus plenas capacidades mentales. Además no estamos ante un delito del tipo básico sino que estamos ante una violación para la cual se requiere violencia o intimidación. Habiendo sucedido los hechos con violencia resulta aún más evidente que la agresión sexual era lo pretendido por el sujeto activo y que se valió de la violencia para poder conseguirlo.

1.2.3. Delito de profanación de cadáver (art. 526)

Señala LAMARCA PERÉZ⁶⁶ que la diferencia principal existente entre el delito de profanación de cadáveres (art. 526 CP) y un delito común de daños o de robo, según el caso, es precisamente el elemento subjetivo del tipo. Para que se aprecie dolo es necesario la existencia de ánimo de ultraje, es decir, el sujeto activo con su acto lo que quiere internamente es ofender. Esta aclaración resulta más bien necesaria en casos en los que se violan las sepulturas con la intención de obtener objetos de valor en las que habría ánimo de lucro en lugar de ánimo de ultraje. Sin embargo, en casos de necrofilia, como el presente, no se puede pensar que el autor de los hechos tenga otro tipo de intenciones y el dolo resulta evidente.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁶⁵ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal: Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.

⁶⁶ LAMARCA PÉREZ, C., et al., *Delitos: La parte especial del derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 952.

1.2.4. Delito de robo con violencia o intimidación (art. 237 CP)

Para que exista dolo en un delito de apoderamiento, ya sea un delito de hurto o de robo, ha de existir en el sujeto activo ánimo de lucro. Dicho ánimo de lucro no debe necesariamente corresponderse con un lucro efectivo que se de en la realidad. Por el contrario, este ánimo de lucro, tal y como señala Vives Antón⁶⁷, se entiende como un *animus res sibi habendi*, que se identifica con la intención de apropiarse de la cosa tal. En esta línea, el Tribunal Supremo señaló que el ánimo de lucro ha de entenderse como “la finalidad de desapoderar de la cosa, al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio”⁶⁸.

Además, hay que tener en cuenta que para poder apreciar el dolo es necesario que el sujeto activo sea consciente de que la cosa mueble que está sustrayendo es ajena y que lo hace sin el consentimiento de su dueño⁶⁹. Por otra parte, aunque en el presente caso ya hemos establecido que se trataba de un hurto, si se tratara de un robo además también ha de haber dolo respecto al empleo de la fuerza en las cosas o violencia en las personas⁷⁰.

En este caso ninguno de los elementos requeridos para que se aprecie el dolo suponen mayores complicaciones. Resulta evidente que el sujeto quería apropiarse de las cosas que sustrajo de la víctima, de hecho no sólo intentó utilizar la tarjeta de crédito sino que además también utilizó las zapatillas y la mochila.

1.2.5. Delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238 CP)

Ya se ha determinado en el apartado dedicado a la tipicidad que los hechos se corresponden más con un delito de hurto que con un delito de robo con fuerza en las cosas. En cualquier caso, los elementos requeridos para que exista dolo son los mismos que se han establecido en el epígrafe anterior. Aunque no estemos ante un delito consumado resulta evidente que el ánimo de lucro está presente. Alguien que intenta sacar dinero de un cajero con una tarjeta sustraída previamente no puede tener otro tipo de intención. También resulta evidente que sabía que ese dinero no era suyo y que no tenía el consentimiento de la dueña, a la que había asesinado horas antes.

⁶⁷ VIVES ANTÓN, T. S. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 345.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo 368/2000 (RJ 2000\1187).

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. : Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 331.

⁷⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos de robo*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 47-48.

1.2.6. Delito de incendio (art. 351 CP)

El delito de incendio contenido en el art. 351 del Código Penal es un delito doloso. El delito imprudente se regula expresamente en el art. 358 del Código Penal. Para que se aprecie el dolo se requiere que el sujeto sea consciente de la peligrosidad⁷¹ a la que hace referencia el art. 351 del Código Penal⁷². Independientemente de que la intención del sujeto pasivo fuera borrar las huellas y no poner en peligro la vida de los demás habitantes del edificio, lo cierto es que era consciente del riesgo que suponía aunque ésta no fuera su intención directa. El dolo es por tanto un dolo de segundo grado, puesto que aunque la finalidad no sea poner en peligro la vida de los habitantes del edificio, lo asume como una consecuencia necesaria para conseguir lo que pretende, borrar las huellas.

1.2.7. Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)

Con respecto a este delito, resulta necesario precisar que de forma paulatina se ha venido estableciendo que no se requiere que el dolo sea un dolo específico de allanar la vivienda⁷³. Así lo hace saber el Tribunal Supremo⁷⁴ al afirmar que basta un dolo genérico puesto que normalmente ningún sujeto tiene el único propósito de allanar la morada sino que más bien entran en casa ajena con otras pretensiones. Por lo tanto, como vemos, este delito tampoco presenta especiales problemas en cuanto a su vertiente subjetiva, puesto que se entró en casa ajena con intenciones de cometer otros actos delictivos.

1.2.8. Delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP)

Establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de diciembre de 2010⁷⁵ que para que se aprecie dolo en estos casos lo único necesario es que el sujeto conozca que existe un mandato judicial y sea consciente de que lo incumple. En el presente caso al tratarse de alguien que se encontraba en permiso penitenciario y que tal y como ha quedado probado pidió ayuda para ocultarse no quedan dudas de que era perfectamente consciente

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 543.

⁷² “Los que provocaren un incendio que comporte un *peligro para la vida o integridad física de las personas*, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años. Los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho”.

⁷³ ZÁRATE CONDE, A., Y GONZÁLEZ CAMPO, E., *Derecho penal: Parte especial*, La Ley, Madrid, 2015, p. 248.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre 1499/2002 (RJ 2002\8447).

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 diciembre 778/2010 (RJ 2011\602).

de lo que hacía. Incluso llegó a manifestar su intención de huir del país por lo que queda aún más claro el elemento subjetivo de dicho delito.

1.3. Grado de ejecución

1.3.1. Delito de asesinato (art 139 CP)

En el delito de asesinato, al contrario que en el homicidio imprudente, cabe la tentativa⁷⁶. En nuestro caso particular nos encontramos ante un delito consumado puesto que se ha producido el resultado típico que castiga el artículo 139 de nuestro Código Penal, es decir, la muerte.

1.3.2. Delito de violación (art. 180.1.5ª CP)

El delito de violación es un delito de mera actividad, no es requisito indispensable la producción del resultado lesivo, “no es necesario que el sujeto consiga la satisfacción lúbrica o deseo sexual que perseguía”⁷⁷. Por lo tanto, el delito se consuma en el momento el que se produce un contacto corporal de contenido inminentemente sexual⁷⁸. El presente caso no presenta mayores dudas con respecto a su consumación dado que ha quedado probado que dicho contacto existió y que hubo eyaculación. Por lo tanto, nos encontramos ante un delito de violación consumado.

1.3.3. Delito de profanación de cadáver (art. 526 CP)

El delito contenido en el artículo 526 CP castiga al que “violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas”. En el presente caso el sujeto activo realiza actos de necrofilia con respecto a una de las víctimas a la que previamente había asesinado. No cabe duda alguna de que se trata de un delito de profanación de cadáver consumado.

⁷⁶ CARDONA TORRES, J., *Derecho penal. Parte especial: adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 57.

⁷⁷ Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., *Derecho penal: Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p.218.

⁷⁸ ZÁRATE CONDE, A., Y GONZÁLEZ CAMPO, E., *Derecho penal: Parte especial*, La Ley, Madrid, 2015, p. 172.

1.3.4. Delito de robo con violencia o intimidación (art. 237 CP)

Para la consumación de dicho delito no basta con el contacto con la cosa, ni si quiera con el traslado de la cosa a otro lugar del que le corresponde⁷⁹. Los delitos de apoderamiento, ya sea hurto o robo, están estrechamente ligados con la disponibilidad de los objetos sustraídos. Se valoran los hechos desde el punto de vista de la teoría de la disponibilidad o disposición potencial⁸⁰. Prueba de ello es que el Tribunal Supremo haya establecido reiteradamente que el delito se consuma cuando hay potencial capacidad de disponer y que basta con que dicha disposición lo sea de modo breve o fugaz sin ser necesario que el sujeto activo llegue a lucrarse⁸¹.

En el presente caso, atendiendo a los hechos probados, queda claro que dicha disposición no sólo fue potencial sino que fue efectiva. Incluso, como ya hemos mencionado, llegó a usar los objetos sustraídos. Independientemente de que tipifiquemos los hechos como un hurto, a la luz de lo ya expuesto en el apartado de tipicidad, o como un robo con violencia, tal y como lo calificó la Audiencia, queda claro que ha sido consumado.

1.3.5. Delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238 CP)

Un delito que resulta especialmente complicado en este aspecto es el que la Audiencia calificó como de fuerza en las cosas y que en el presente trabajo ha sido considerado como una falta de hurto. Resulta irrelevante la tipificación del delito para entender que el autor de los hechos no llegó nunca a obtener el dinero del cajero puesto que desconocía el PIN o número secreto necesario. A pesar de que tenía en su poder la tarjeta de crédito de una de las víctimas no sabía cuál era el PIN ni tampoco tenía forma alguna de averiguarlo. Tal y como se señala en la Consulta 2/1988 de la Fiscalía General del Estado⁸² existe una imposibilidad objetiva de obtener el dinero del cajero con los medios de los que dispone (únicamente la tarjeta VISA). Por lo tanto, es razonable pensar

⁷⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos de robo*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 49-50.

⁸⁰ VIVES ANTÓN, T. S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p 348.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero 1704/1999 (RJ 2000\928) y Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Diciembre 1436/2005 (RJ 2006\1778).

⁸² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Tarjetas de Crédito. Tipicidad del apoderamiento y su posterior utilización para obtener dinero en los cajeros automáticos*. Consulta 2/1988, de 3 de noviembre (RCL 1989\695).

que nos encontramos ante un caso de tentativa inidónea. En esta línea, la Audiencia Provincial de Barcelona establece en un caso similar al presente que:

Nos encontramos ante un supuesto de tentativa imposible por inidoneidad relativa, por efectiva imposibilidad objetiva de, con los medios utilizados, obtener el fin que se propusieron, salvo un supuesto casual de muy improbable producción. No habiéndose acreditado que los acusados dispusieran de medios técnicos para que pudieran averiguar la clave numérica de la tarjeta, ni constando que tuvieran a su disposición otros elementos de identificación del titular de la tarjeta que les permitiera sospechar mínimamente alguna posible clave ligada a datos, no cabe sino considerar que carecían objetivamente de cualquier posibilidad real de obtener un reintegro económico⁸³.

Surge entonces la duda de si el Código Penal considera o no como punible a la tentativa inidónea. Aunque en el Código Penal anterior se castigara expresamente este tipo de tentativa, nuestro actual Código Penal ha eliminado todo tipo de referencias a la tentativa inidónea. Por lo tanto, resulta razonable pensar que dicha tentativa resultaría únicamente punible en aquellos casos en los que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 16.1 del Código Penal⁸⁴. Dicho artículo establece que “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”. En esta línea, el Tribunal Supremo señala que únicamente será punible la tentativa inidónea en la que “los medios utilizados, 'objetivamente' valorados 'ex ante' y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)”⁸⁵. Si valoramos de manera objetiva los medios de los que dispone nuestro sujeto activo (tarjeta de crédito sin conocer el número secreto) no podemos afirmar de forma racional que sean los adecuados de producir el resultado del tipo de hurto. No resulta posible de forma objetiva afirmar que pudiera obtener el dinero del cajero, puesto que no disponía de los medios necesarios para ello y cualquiera que estuviera en la posición del autor hubiera sido consciente de ello. Por lo tanto, podemos concluir que nos encontramos ante un caso de tentativa inidónea que no es punible a la luz de lo expuesto.

⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de junio, recurso de apelación 295/2000 (ARP 2000\1431), Fundamento Jurídico Tercero.

⁸⁴ OBREGÓN GARCÍA, A Y GÓMEZ LANZ, J. *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2ª ed, 2015, p. 249.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio 1000/1999 (RJ 1999\5663).

Así las cosas el único delito que cabría apreciar con respecto a la tarjeta de crédito es el que se comete cuando se sustrae dicha tarjeta del domicilio de las víctimas que tal y como ya hemos visto quedaría tipificado como una falta de hurto.

1.3.6. Delito de incendio (art. 351 CP)

Al ser un delito de peligro abstracto es un delito de mera actividad⁸⁶ y por su propia naturaleza resulta complicado admitir que se pueda dar el delito en grado de tentativa. Sin embargo, existe cierta discusión doctrinal en torno a si el delito queda o no consumado cuando el incendio no se ha propagado. Así, TRAPERO BARRALES establece que cuando el incendio se da en un edificio y el incendio no se llega a propagar a alguna de las plantas habitadas nos encontraríamos ante una tentativa⁸⁷.

En el caso que nos concierne el sujeto activo esparció botellas de licores por algunos de los cuatro focos que estaban activos con la intención de que se propagara de forma rápida. A pesar de ello, por la intervención de los bomberos el fuego fue extinguido sin llegar a propagarse por el resto del edificio. Resulta razonable pensar que estamos ante un delito consumado a pesar de la intervención de los bomberos, de hecho el Tribunal Supremo ha admitido que el único caso en el que cabe la tentativa es cuando mediando actos de ejecución el incendio no haya llegado a comenzar⁸⁸.

1.3.7. Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)

El delito de allanamiento de morada queda consumado en el momento en el que el sujeto se introduce en la morada⁸⁹. En el caso que está siendo estudiado en el presente trabajo el sujeto no sólo se introdujo en la morada sino que además permaneció en ella durante unas horas por lo que no cabe duda de que se trata de un delito consumado.

1.3.8. Delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP)

El delito de quebrantamiento de condena es considerado, en general, como un delito de resultado en el que cabe la tentativa tal y como ha sido admitido por la sentencia del

⁸⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 963.

⁸⁷ TRAPERO BARRALES, M.A., *Los delitos de incendio, estragos y daños tras la reforma de la L.O 7/2000 y la L.O 15/2003*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 110.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre 1021/2007 (RJ 2008\552).

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 252.

Tribunal Supremo de 22 de abril de 1999⁹⁰ que la admite en aquellos casos en las que hay un intento de fuga. En el presente caso el autor de los hechos se encontraba disfrutando de un permiso penitenciario. El delito queda consumado en el momento en el sujeto activo recupera la libertad de la que estaba privado⁹¹.

1.4. Concursos

1.4.1. Concurso entre el delito de asesinato y el delito de violación.

Los hechos aquí presentes son anteriores a la reforma del Código Penal operada en 2015 por lo que no hay duda de que el concurso entre ambos delitos se trata de un concurso real. Sin embargo, es interesante analizar cómo se resolvería dicho concurso tras la reforma de nuestro código operada por la L.O 1/2015.

Recordemos que en el apartado correspondiente a la tipicidad establecíamos que con la reforma los hechos serían constitutivos de un delito de asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual contemplado y penado en el artículo art. 140.1.2^a del Código Penal. Así las cosas, si se resolviera el concurso entre dicho delito y el delito correspondiente a la violación que cometió el autor de los hechos estaríamos incurriendo en un claro *bis in ídem*. El Código Penal no hace referencia expresa a cómo ha de ser resuelto dicho concurso, simplemente establece que el asesinato del art.140.1.2^a CP será castigado con la pena de prisión permanente revisable. Sin embargo, si observamos la redacción del Código Penal se hace referencia a que el asesinato sea subsiguiente a un delito de agresión sexual por lo que no sería irracional entender que este otro delito ha de castigarse también.

La doctrina mayoritaria se inclina por continuar considerando que nos encontramos ante un concurso real de delitos. SUÁREZ MIRA establece de manera acertada que en el artículo 140.1.2^a CP “no se contiene el desvalor del delito contra la libertad sexual, sino únicamente el del asesinato”⁹². CADENA SERRANO también considera que no se puede considerar que estemos ante un concurso de leyes en el que el delito de asesinato absorba

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril 598/1999 (RJ 1999\3205).

⁹¹ ROVIRA TORRES O., *El quebrantamiento de condena*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 19.

⁹² SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 455.

al delito de violación anterior⁹³. Por su parte, un sector doctrinal minoritario se inclinaría por afirmar que nos encontramos ante un concurso de normas resolviéndose conforme al artículo 8.3 del Código Penal⁹⁴.

Como hemos visto a lo largo de éste trabajo la reforma del Código Penal operada por la L.O 1/2015 y la L.O 2/2015 ha supuesto un importante aumento penológico. Teniendo esto en cuenta no resulta razonable entender que el legislador pretenda resolver este concurso como uno de leyes dado que el resultado sería más favorable para el reo. Además, si admitiéramos que estamos ante un concurso de normas, hechos tan dispares como el asesinato tras acoso sexual y el asesinato tras una violación serían castigados de igual manera y no parece lógico entender que esto sea lo pretendido por el legislador.

Por todo lo expuesto, a riesgo de incurrir en un *bis in ídem*, la solución más correcta sería la resolución del caso como un concurso de real de delitos atendiendo a lo establecido en los artículos 73 y 75 del Código Penal. Sin embargo, ninguna de las dos soluciones resulta perfectamente adecuada a nuestra actual legislación por lo que cabe plantearse que las reformas introducidas tras la forma de 2015 con respecto al asesinato pueden no ser del todo acertadas.

1.4.2. Concurso entre delito de asesinato y delito de profanación de cadáver

Existen diversas posturas sobre el tipo de concurso que se da entre el delito de homicidio, en sus diversas formas (incluyendo el asesinato) y la profanación de cadáver. Parte de la doctrina se inclina por pensar que el concurso que se da es un concurso de normas en favor del homicidio por la aplicación del principio de consunción. La argumentación que se da para sostener esta postura es entender los actos de profanación de cadáver como actos de autoencubrimiento del delito por lo que no cabría apreciar un concurso real de delitos⁹⁵. Por el contrario, otra parte de la doctrina se inclina por pensar que la apreciación de dicho delito resulta del todo compatible con la responsabilidad penal que pueda corresponderse con un delito que se hubiera cometido contra la víctima,

⁹³ CADENA SERRANO A., *Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el código penal por ley orgánica 1/2015*, (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740; última consulta 22/02/2017)

⁹⁴ “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”.

⁹⁵ MIR PUIG, C., Y CORCOY BIDASOLO, M., *Comentarios al código penal: reforma LO 1-2015 y LO 2-2015*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2015, p. 497.

hallándose ésta aun en vida⁹⁶, caso en el que cabe encuadrar un previo delito de asesinato. Personalmente, considero que ambas posturas son correctas, pero que son adecuadas para diferentes supuestos.

Pensar que estaríamos ante un concurso de normas solo sería comprensible en casos de abandono de cadáver con el objetivo de esconderlo, o en casos en los que se quemó el cadáver para borrar posibles huellas. Sin embargo, en aquellos casos de necrofilia no considero que sea acertado adoptar esta postura ya que ni mucho menos se está tratando de encubrir el delito ya cometido, sino todo lo contrario, se están dejando aún más huellas y pruebas de los delitos. Por ello, es razonable considerar que en estos casos es más correcto inclinarse por pensar que nos encontramos ante un verdadero concurso real entre el delito de homicidio y el delito de profanación de cadáver.

Por lo tanto en relación con los actos de necrofilia sí que nos encontraríamos ante un concurso de delitos que ha de resolverse como concurso real según lo expuesto en los artículos 73, 75 y 76 del Código Penal. Sin embargo, con respecto a la profanación de los actos destinados al encubrimiento (quemar los cadáveres) se daría un concurso de leyes en relación de consunción a favor del delito de asesinato del artículo 139 del Código Penal, tal y como numerosas sentencias han venido estableciendo⁹⁷.

1.4.3. Allanamiento de morada

El allanamiento de morada es un delito que admite diversas soluciones concursales dependiendo del delito con el que lo relacionemos. Tal y como establece ÁLVAREZ GARCÍA⁹⁸ resolverlo en forma de concurso de normas es la solución más adecuada cuando el delito entra en concurso un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada. Sin embargo, cuando allanamiento concorra con robo con violencia o intimidación o con un delito de hurto lo lógico sería entender que existe un concurso medial si el objetivo por el que entró el sujeto activo en la vivienda era poder perpetrar dicho robo o hurto. Pero tras la reforma de 2015 la solución que se da al concurso entre allanamiento y robo con violencia o intimidación se equipara a la dada para el caso de

⁹⁶ GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones fundamentales de derecho penal*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 602.

⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante del 11 de mayo 229/2000 (ARP 2000\1524).

⁹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 605.

robo con fuerza en las cosas puesto que se introduce el delito de robo con violencia o intimidación en casa habitada (art. 242.2 CP).

En nuestro caso particular hemos determinado que la finalidad del autor de los hechos no era la sustracción de los objetos sino agredir sexualmente y asesinar a las víctimas. En casos como el nuestro en los que tras la consumación de delito de allanamiento de morada el sujeto activo comete algún delito contra la vida, integridad física o libertad e indemnidad sexual la doctrina mayoritaria considera que el concurso entre ambos delitos ha de resolverse en forma de concurso real⁹⁹.

1.4.4. Resolución general

Como hemos visto, finalmente aquellos concursos que presentan una mayor problemática han de resolverse en forma de concurso real de delitos. El único concurso de los aquí presentes que ha de resolverse como un concurso de normas en relación de consunción (art.8.3 CP) es el existente entre el delito de asesinato y el delito de profanación de cadáver cometido por haber quemado los cadáveres de las víctimas.

Así en las cosas, tenemos en este caso un concurso real entre: dos delitos de asesinato alevoso, un delito de violación, un delito de profanación de cadáver, un delito de incendio, un delito de allanamiento de morada y un delito de quebrantamiento de condena, una falta de hurto y una falta continuada de hurto. No podría entenderse que fuera otra la solución puesto que nos encontramos ante acciones diferentes que atacan a distintos bienes jurídicos distintos.

2. PARTICIPACIÓN Y AUTORÍA

2.1. Delito de asesinato (art 139 CP)

Nuestro Código Penal establece en su artículo 28 que “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

⁹⁹ ÁLVAREZ, MANJÓN-CABEZA Y VENTURA., *Derecho penal español. Parte especial*, cit. p.607.

En este caso nuestro reo es el único que lleva a cabo todos los actos necesarios para lo comisión de los delitos. Él es el único que con alevosía asesina a las víctimas y por lo tanto es el autor material de los dos delitos de asesinato (art. 28 CP).

2.2. Delito de violación (art. 180.1.5ª CP)

El sujeto activo realiza de manera personal todos los elementos descritos en el tipo de agresión sexual. Es la única persona allí presente y lo hace por sí solo en concepto de autor (art. 28 CP).

2.3. Delito de profanación de cadáver (art. 526 CP)

También es autor (art. 28 CP) de un delito de profanación de cadáver del art. 526 CP ya que por sí mismo realiza actos de necrofilia que quedan comprendidos en este delito.

2.4. Delito de robo con violencia o intimidación (art. 237 CP)

Una vez que ha asesinado, violado y profanado el cadáver de una de las víctimas es él mismo el que sustrae los objetos descritos en los hechos probados. Por lo tanto, es también el único autor material de este delito (art. 28 CP).

2.5. Delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238 CP)

Con respecto al este delito, ya hemos establecido que nos encontramos ante una tentativa inidónea no punible por lo que no sería necesario seguir analizándolo. En caso de que fuera punible tampoco cabe duda de que es autor (art. 28 CP) de los hechos puesto que es él mismo el que por sí solo acude al cajero para intentar sacar dinero.

2.6 Delito de incendio (art. 351 CP)

El reo del presente caso también se encuentra sólo en el momento en el que ocasiona el incendio y es el único autor de este delito (art. 28 CP).

2.7. Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)

Tampoco cabe duda de que es autor (art. 28 CP) de un delito de allanamiento de morada contemplado y penado en el artículo 202.2 del Código Penal, puesto que él mismo y sin ayuda de nadie el que entra en la morada ejerciendo violencia en una de sus víctimas.

2.8. Delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP)

Por último, es también autor (art. 28 CP) de un delito de quebrantamiento de condena puesto que, como no podría ser de otra manera, es él el que quebranta su propia condena.

3. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Aunque podamos pensar que por la magnitud y gravedad de los actos realizados podría existir algún tipo de eximente relacionada con trastornos de la personalidad y abusos de drogas lo cierto es que en la sentencia dictada en primera instancia¹⁰⁰ se ha querido dejar claro que no concurre eximente alguna. En dicha sentencia se estableció, tras analizar los resultados de los informes médicos pertinentes, que “el acusado conserva el sentido de la realidad, conoce la diferencia entre el bien y el mal y controla sus conductas”. Además también se ha querido dejar constancia de que las sus “las capacidades intelectuales y volitivas están perfectamente conservadas”.

En cuanto a las circunstancias agravantes únicamente tiene lugar la agravante de reincidencia contenida en el art. 22.8 del Código Penal con respecto al delito de agresión sexual. Tal y como podemos extraer del relato fáctico existen al menos tres condenas anteriores y por lo tanto entra en juego la multirreincidencia prevista en el art. 66.1.5ª del Código Penal.

Como vemos, según se van introduciendo más reformas al código penal se dan menos circunstancias agravantes genéricas puesto que éstas están siendo introducidas paulatinamente como agravantes específicas de cada uno de los delitos.

4. PENA

Para determinar la pena aplicable a cada uno de los delitos habrá que estar a las circunstancias previstas la Sección 2ª del Capítulo II del Título III del Libro I de nuestro Código Penal.

¹⁰⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de Septiembre 628/2008 (ARP\2009\495).

Como en nuestro caso particular los delitos se relacionan en forma de concurso real corresponde determinar la pena para cada uno de los delitos por separado.

Como en la mayoría de los delitos no concurren circunstancias modificativas se determinará la pena atendiendo al art. 66.1.6ª CP¹⁰¹. En el delito de violación se atenderá a lo expuesto en la circunstancia 3ª del mismo artículo puesto que concurre una circunstancia agravante¹⁰².

4.1. Determinación de la pena en función de la legislación vigente en el momento de comisión de los hechos

4.1.1. Delitos de asesinato (art. 139)

Tipo básico: art. 139 CP: Prisión 15-20 años.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 19 años de prisión por cada uno de los asesinatos.

Al no concurrir circunstancias modificativas se atiende a la gravedad de los hechos y las circunstancias personales (art. 66.1.6ª CP). Hay que tener en cuenta el desvalor de la acción y del resultado y el grado de culpabilidad. Por la gravedad de los hechos aquí descritos resulta razonable imponer una pena de prisión de 19 años por cada uno de los asesinatos.

Penas accesorias: Pena de inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena (art. 55 CP). Se impone la prohibición de aproximarse a los familiares de las víctimas por 28 años (art. 48.2 CP/art. 57.1 CP).

4.1.2. Delito de violación (art. 180.1.5ª / art. 179 CP)

Tipo básico: art. 179 CP: Prisión 6-12 años.

Tipo cualificado: 180.1.5ª: Prisión 12-15 años.

¹⁰¹ “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

¹⁰² “Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito”.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: reincidencia (art. 22.8 CP); regla del art. 66.1.5ª CP por haber sido condenado anteriormente por al menos tres delitos de igual naturaleza → pena superior en grado: 15 años y un día a 22 años y 6 meses.

Pena principal: 18 años de prisión.

El código penal en esta ocasión si prevé que ha de imponerse la pena superior en grado (art. 66.1.5ª CP). Por la gravedad de los hechos aquí descritos no resulta razonable imponer una pena cercana a los 15 años. Sin embargo, tampoco resulta razonable imponer una pena superior a la del asesinato por lo que se impondrá una pena de prisión de 18 años.

Penas accesorias: Pena de inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena (art. 55 CP). Se impone la prohibición de aproximarse a los familiares de las víctimas por 28 años (art. 48.2 CP/art. 57.1 CP).

4.1.3 Delito de profanación de cadáver (art. 526 CP)

Tipo básico: art. 526 CP: Prisión 3-5 meses o Multa 6-10 meses.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 5 meses de prisión.

Al no concurrir circunstancias modificativas se atiende a la gravedad de los hechos y las circunstancias personales (art. 66.1.6ª CP) del reo. El absoluto desprecio que muestra el sujeto hacia la víctima realizando actos de necrofilia y con la posterior quema de cadáveres justifica que la pena se imponga en su máxima extensión. Por lo mismo también resulta necesario imponer una pena privativa de libertad en lugar de una multa.

Penas accesorias: Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.2ª CP).

4.1.4. Falta de hurto (art. 623 CP)

Tipo básico: art. 623 CP: Localización permanente 4-12 días o Multa 1-2 meses.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 2 meses de multa a razón de una cuota diaria de 3 euros. En caso de impago: responsabilidad penal subsidiaria contenida en el art. 53 CP.

Se impone la multa en su máxima extensión atendiendo a la gravedad de los hechos (art.66.1.6ª CP)

Penas accesorias: no son aplicables.

4.1.5. Delito de incendio (art. 351)

Tipo básico: art. 351 CP: Prisión 10 a 20 años.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 10 años de prisión.

Al no existir circunstancias modificativas debemos de tener en cuenta el desvalor de la acción y del resultado (art. 66.1.6ª CP). El incendio no ha entrañado un gran riesgo ni ha tenido consecuencias graves. No resulta razonable imponer penas similares a los de delitos más graves como la violación y los asesinatos y es suficiente con la pena de prisión de 10 años.

Penas accesorias: Pena de inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena (art. 55 CP).

4.1.6. Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)

Tipo básico: art. 202.2 CP: Prisión 1-4 años y Multa 6-12 meses.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 4 años de prisión y multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 3 euros. En caso de impago: responsabilidad penal subsidiaria (art. 53 CP).

En este caso debemos acudir a las reglas del art.66.1.6ª CP. Si atendemos al desvalor de la acción y al largo periodo de tiempo que permaneció en la casa resulta necesario imponer las penas en su máxima extensión.

Penas accesorias: Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.2ª CP).

4.1.7. Delito de quebrantamiento de condena

Tipo básico: art. 468.2 CP: Prisión de 6 meses a 1 año.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 1 año de prisión.

Al no concurrir circunstancias modificativas debemos acudir al art. 66.1.6ª CP. La intención del reo no era quebrantar la condena de forma transitoria sino hacerlo de manera definitiva y fugarse. Por ello cabe imponer la pena en su máxima extensión.

Penas accesorias: Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.2ª CP).

4.1.8. Resolución del concurso real

Como ya se ha establecido antes tenemos un concurso real entre los anteriores delitos. El art. 73 CP establece que las penas asociadas a dichos delitos deben cumplirse de forma simultánea si fuera necesario. Las penas de prisión que se imponen en nuestro caso por ser de igual naturaleza no pueden cumplirse de forma simultánea por lo que deberán de cumplirse de manera sucesiva (art. 75 CP).

Por lo tanto, han de cumplirse de forma sucesiva y en orden de gravedad las siguientes penas de prisión: 19 años por cada delito de asesinato alevoso, 18 años por un delito de violación, 10 años por un delito de incendio, 4 años por un delito de allanamiento de morada, 1 año por un delito de quebrantamiento de condena y 5 meses por un delito de profanación de cadáver.

Sin embargo, el art. 76 del CP establece límites de cumplimiento efectivo de la condena. En nuestro caso particular dicho límite es de 25 años puesto que el sujeto ha sido condenado por más de delitos y uno de ellos, el asesinato alevoso, es castigado por la ley con una pena de prisión de hasta 20 años. Como vemos, dicho límite se supera con

creces puesto que las penas anteriores suman 71 años y 5 meses de prisión y el límite máximo de cumplimiento efectivo es de 25 años. En estos casos, en los que el límite máximo es inferior a la mitad de lo que correspondería entra en juego lo establecido por el art 78.1 CP¹⁰³.

Por último, las penas de multa se cumplirán de forma simultánea (art. 73 CP) con las penas de prisión y de forma sucesiva (art. 75 CP) entre sí mismas. Las penas de multa que ha de cumplir son las siguientes: 12 meses de multa por un delito de allanamiento de morada y 2 meses de multa por una falta de hurto, ambas a razón de 3 euros de cuota diaria.

4.2. Resolución adaptada a la legislación penal actual

4.2.1. Delito de asesinato (art. 140.1.2ª CP)

Tipo básico: art. 139 CP: Prisión 15-20 años.

Tipo cualificado: art. 140.1.2ª CP: Prisión permanente revisable.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: Prisión permanente revisable.

Penas accesorias: Pena de inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena (art. 55 CP).

4.2.2. Delito de asesinato (art. 139 CP)

Tipo básico: art. 139 CP: Prisión 15-20 años.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

¹⁰³ “Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias”.

CM: no son aplicables.

Pena principal: 19 años de prisión por cada uno de los asesinatos.

Al no concurrir circunstancias modificativas se atiende a la gravedad de los hechos y las circunstancias personales (art. 66.1.6ª CP) del reo. Hay que tener en cuenta el desvalor de la acción y del resultado y el grado de culpabilidad. Por la gravedad de los hechos aquí descritos resulta razonable imponer una pena de prisión de 19 años por cada uno de los asesinatos.

Penas accesorias: Pena de inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena (art. 55 CP). Se impone la prohibición de aproximarse a los familiares de las víctimas por 28 años (art. 48.2 CP/art. 57.1 CP).

4.2.3. Delito de violación (art.179 CP)

Tipo básico: art. 179 CP: Prisión 6-12 años.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: reincidencia (art. 22.8 CP); regla del art. 66.1.5ª CP por haber sido condenado anteriormente por al menos tres delitos de igual naturaleza → pena superior en grado: prisión de 12 y un día a 18 años.

Pena principal: 18 años de prisión (art.66.1.5ª CP)

No hay modificaciones con respecto a la solución antes de la reforma.

Penas accesorias: Penas accesorias: Pena de inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena (art. 55 CP). Se impone la prohibición de aproximarse a los familiares de las víctimas por 28 años (art. 48.2 CP/art. 57.1 CP).

4.2.4. Delito de profanación de cadáver (art.526 CP)

Tipo básico: art. 526 CP: Prisión 3-5 meses o Multa 6-10 meses.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 5 meses de prisión (art. 66.1.6ª CP).

Penas accesorias: Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.2ª CP).

4.2.5. Delito leve de hurto (art.234.2 CP)

Tipo básico: art. 234.2 CP: Multa de 1 a 3 meses.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 3 meses de multa (art.66.1.6ª) a razón de una cuota diaria de 3 euros. En caso de impago: responsabilidad penal subsidiaria contenida en el art. 53 CP. Se impone la multa en su máxima extensión atendiendo a la gravedad de los hechos (art.66.1.6ª CP).

Penas accesorias: no son aplicables.

4.2.6. Delito de incendio (art.351 CP)

Tipo básico: art. 351 CP: Prisión de 10 a 20 años.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 10 años (art.66.1.6ª CP)

Penas accesorias: Pena de inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena (art. 55 CP)

4.2.7. Delito de allanamiento de morada (art. 202.2 CP)

Tipo básico: art. 202.2 CP: Prisión 1-4 años y Multa 6-12 meses.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 4 años de prisión y multa de 12 meses (art.66.1.6ª CP) a razón de una cuota diaria de 3 euros. En caso de impago: responsabilidad penal subsidiaria contenida en el art. 53 CP.

Penas accesorias: Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.2ª CP).

4.2.8. Delito de quebrantamiento de condena (art.468.2 CP)

Tipo básico: art. 468.2 CP: Prisión de 6 meses a 1 año.

Grado de ejecución: Consumación: pena del tipo (art. 61 CP).

Participación: Autoría (art. 28 CP): pena del tipo (art. 61 CP).

CM: no son aplicables.

Pena principal: 1 año de prisión (art.66.1.6ª CP)

Penas accesorias: Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.2ª CP).

4.2.9. Resolución del concurso real

La principal modificación tras las reformas del Código Penal es que los asesinatos en lugar de estar penados con 19 años de prisión cada uno ahora uno de ellos pasa a estar penado con una pena de prisión permanente revisable. Quedan de la siguiente manera las penas de prisión: una pena de prisión permanente revisable, 19 años por un asesinato alevoso, 18 años por un delito de violación, 10 años por un delito de incendio, 4 años por un delito de allanamiento de morada, 1 año por un delito de quebrantamiento de condena y 5 meses por un delito de profanación de cadáver.

Entran en juego ahora las reglas del art. 78 bis CP por estar uno de los delitos castigado con la pena de prisión permanente revisable. Se requiere entonces que para su progresión al tercer grado se cumpla un mínimo de 20 años (art. 78 bis b) CP) y un cumplimiento mínimo de 25 años para la suspensión de la ejecución del resto de la pena (art.78.2. a) CP). Aunque hubiéramos establecido que nos encontrábamos ante un delito

de robo con violencia en lugar de una falta de hurto estos cumplimientos mínimos no cambiarían.

En cuanto a las penas de multa no hay modificaciones sustanciales. La única diferencia es que la falta de hurto pasa a ser considerada un delito leve de hurto y la pena de multa pasa a ser de 3 meses en lugar de 2 meses.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL

En el presente caso el Ministerio Fiscal solicitó las siguientes indemnizaciones por los perjuicios y daños morales causados: 300.000 € a los padres de cada una de las víctimas, 60.000 euros a cada uno de los hermanos y hermanas de las víctimas y 60.000 a las parejas de las víctimas. Además solicito también una indemnización para el titular de la vivienda de la que eran inquilinas de las víctimas por la cantidad en que resulten tasados los desperfectos causados en la vivienda, así como el lucro cesante que quede acreditado.

IV. Conclusiones

Tras haber realizado un análisis crítico de las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de septiembre de 2008, del TS de 26 de junio de 2009 y de la AP de Barcelona (Sección del Tribunal Jurado) de 18 de marzo de 2010 hemos podido observar como con los mismos hechos se pueden llegar a soluciones jurídicas muy dispares.

En relación con los delitos de apoderamiento hemos podido ver cómo mientras que la Audiencia los tipificó como delitos de robo es más correcto atendiendo a la doctrina y jurisprudencia calificarlos como delitos de hurto. El legislador no termina de ser claro lo que conlleva que los mismos hechos puedan ser penados con una pena de multa o con la pena de prisión de hasta 5 años. Consciente de ello el legislador introdujo una serie de reformas de 2010. Como hemos visto se ha establecido que el robo con uso de tarjetas electrónicas en cajeros automáticos debe de ser tipificado como un delito de estafa intentando así dar fin a largas discusiones doctrinales. Sin embargo, dicho supuesto sigue sin encajar en la clásica definición de estafa puesto que faltan elementos del tipo por lo que sigue sin haber uniformidad de soluciones. Esto no es más que otro tipo de ficción jurídica de las muchas que se han ido estableciendo a lo largo de los últimos años en nuestro Código Penal.

En el presente caso se ha decidido que lo correcto es calificar ambos delitos de apoderamiento como hurtos. A pesar de que la determinación de la pena resulta diferente lo cierto es que el límite máximo de cumplimiento de condena no cambia. Tampoco cambia el cumplimiento mínimo establecido tras la reforma de 2015 para la revisión del tercer grado cuando existe un delito de prisión permanente. Esto nos hace plantearnos si los límites que establece nuestro Código Penal son realmente proporcionados a la gravedad de los hechos y que quizás sea necesario establecer otros baremos.

Otra de las observaciones recurrentes a lo largo de este trabajo ha sido la facilidad con la que se puede incurrir en un *bis in ídem* si se atiende a la literalidad del Código Penal. En este caso lo hemos podido observar con la agravante de uso de armas que ha sido utilizada para apreciar la violencia necesaria del delito de agresión sexual, para apreciar la agravante específica del art. 180.1.5ª y por supuesto también para la apreciación del asesinato. Además el legislador ha querido dejar claro que dicha circunstancia se debe de apreciar aunque estemos ante un claro *bis in ídem* puesto que ha

introducido la expresión “sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”. Vemos entonces como el propio legislador incita a incumplir uno de los principios más consagrados de nuestro derecho penal.

Por último, pero no por ello menos importante, hemos podido observar como las reformas operadas en 2015 en relación con el delito de asesinato han causado numerosos problemas. En primer lugar el legislador ha introducido dos artículos similares (art. 140.1.2º y art. 139.4 CP) que como ya se ha mencionado han suscitado numerosas críticas ya que en ocasiones resulta difícil diferenciarlos. Mención aparte merece el hecho de que no se entienda porque únicamente se ha hecho referencia a un delito de agresión sexual en el asesinato hipercualificado del art.140.1.2º y no a otro tipo de delitos de similar naturaleza o igualmente graves. Además, el legislador no ha dejado claro cómo ha de resolverse el concurso entre las agresiones sexuales en sí mismas y el delito de asesinato subsiguiente a un delito de agresión sexual (art. 140.1.2ª). Aunque parezca razonable entender que nos encontramos ante un concurso real de delitos, de nuevo estaríamos ante un supuesto de *bis in idem*.

V. Bibliografía

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal.

OBRAS DOCTRINALES

ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual, agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004.

ALONSO PEREZ, F., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos*, Colex, Madrid, 2003.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

CADENA SERRANO A., *Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el código penal por ley orgánica 1/2015*, (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740; última consulta 22/02/2017).

CARDONA TORRES, J., *Derecho penal. Parte especial: adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio*, Bosch, Barcelona, 2010.

CORCOY BIDASOLO, M., Y VERA SÁNCHEZ, J. S., *Manual práctico de derecho penal. Parte especial (actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015): doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DÍEZ RIPOLLES, J.L., *Comentarios al Código Penal.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las persona.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El robo con violencia o intimidación en las personas”, en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII/2004.

- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos de robo*, Bosch, Barcelona, 2011.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. et al., *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 2015.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., MATALLÍN EVANGELIO, A. Y GÓRRIZ ROYO, E., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- JAVATO MARTÍN, A.M. *Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales*. Nº: Cuaderno Red de Cátedras Telefónica; 10, 2013.
- LAMARCA PÉREZ, C. et al., *Derecho penal: Parte especial*, Colex, Madrid, 2011.
- LANDECHO VELASCO, C.M. Y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal Español: Parte general.*, Tecnos, Madrid, 2010.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, B., *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2002.
- MATA, R. M., Y MARTÍN, A. M. J., *Tratamiento jurídico penal de los fraudes efectuados con tarjetas de pago: doctrina y jurisprudencia*. Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, (20).
- MAZA MARTÍN, J.M., *Tarjetas bancarias y derecho penal*. n.p, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 2002.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial*, 12ª ed, Valencia, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- OBREGÓN GARCÍA, A. Y GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de la teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2012.
- OBREGÓN GARCÍA, A Y GÓMEZ LANZ, J. *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2ª ed, 2015
- ORTS BERENGUER, E., Y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PRIETO RIVERA, F., *El delito de robo con violencia e intimidación: doctrina jurisprudencial*, 2010, p. 9 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Prieto%20Rivera%20Fernando.pdf?idFile=be9ab933-f82c-4da6-bd90-a88ed6221c7c; última consulta 19/03/2017).
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ROVIRA TORRES O., *El quebrantamiento de condena*, Bosch, Barcelona, 1999.

RUIZ, L.R., *Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias*. Revista de Internet, Derecho y Política. UOC, 2006.

SERRANO GÓMEZ, A., Y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal: Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J., RAGUÉS I VALLÈS, R., Y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Lecciones de Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2015.

SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.

TRAPERO BARRALES, M.A., *Los delitos de incendio, estragos y daños tras la reforma de la L.O 7/2000 y la L.O 15/2003*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2010.

VELÁZQUEZ BARÓN, A., *Las agresiones sexuales*, Bosch, Barcelona, 2001.

VIVES ANTÓN, T. S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ZÁRATE CONDE, A., Y GONZÁLEZ CAMPO, E., *Derecho penal: Parte especial*, La Ley, Madrid, 2015.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante del 11 de mayo 229/2000 (ARP 2000\1524).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de abril 167/2001 (ARP 2001\149).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de junio, recurso de apelación 295/2000 (ARP 2000\1431).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de Septiembre 628/2008 (ARP\2009\495).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de marzo 8/2010 (ARP\2010\549).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de marzo 325/2012 (JUR 2012\168225).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre 1153/1997 (RJ 1997\7166).

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio 632/1998 (RJ 1998\5594).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero 1704/1999 (RJ 2000\928).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio 1000/1999 (RJ 1999\5663).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril 598/1999 (RJ 1999\3205).

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre 1412/1999 (RJ 1999\7020).

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo 368/2000 (RJ 2000\1187).

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril 611/2000 (RJ 2000\3440).

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero 33/2001 (RJ 2001\455).

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre 1499/2002 (RJ 2002\8447).

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre 1804/2002 (RJ 2002\10239).

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo 486/2003 (RJ 2003\3842).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre, recurso de casación 604/2004 (RJ 2004\7921).

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Diciembre 1436/2005 (RJ 2006\1778).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo 365/2006 (RJ 2006\2285).

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo 219/2007 (RJ 2007\1781).

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre 1021/2007 (RJ 2008\552).

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio 728/2009 (RJ 2009\4314).

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 diciembre 778/2010 (RJ 2011\602).

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo 474/2011 (RJ 2011\5736).

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo 122/2015 (RJ 2015\829).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre 595/2015 (RJ 2015\5031).

OTROS

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Tarjetas de Crédito. Tipicidad del apoderamiento y su posterior utilización para obtener dinero en los cajeros automáticos.* Consulta 2/1988, de 3 de noviembre (RCL 1989\695).

VI. Anexo I

PRIMERO

Se declara probado y así se declara que el procesado Marcos, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de conformidad de fecha 28-04-86 de la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial por un delito de abusos deshonestos a la pena de 90.000 pesetas de multa y como autor de un delito de violación en grado de tentativa a la pena de 2 años de prisión menor, en sentencia de 20-04-88 (firme el 21-06-88) de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial por un delito de robo con violación a la pena de 15 años de reclusión menor, y en sentencia de fecha 11-01-93 (igualmente firme desde 09-06-93) de la Sección Novena de la misma Audiencia Provincial por tres delitos de robo con intimidación a la pena de 6 años de prisión menor por cada uno de ellos, por otro delito de robo con intimidación a la pena de 4 años y 2 meses de prisión menor, y por un delito de robo con violación a la pena de 30 años de reclusión mayor; que permanece en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa desde el 10 de octubre de 2004 (prorrogada hasta el tiempo máximo de cuatro años legalmente previsto por auto de fecha 21-09-06), el día 5 de octubre de 2004, mientras se encontraba disfrutando de un permiso penitenciario concedido para los días 2 a 6 del mismo mes y año, se dirigió en metro desde el "Hogar Mercedario" sito en Can Travi nº 45 de Barcelona hasta la estación de Bellvitge sita en la localidad de L'Hospitalet de Llobregat, a la que llegó sobre las 6:05 horas, permaneciendo en las proximidades de la zona donde se encuentra la estación hasta alrededor de las 8:20 horas en las que, aprovechando que Blanca , agente en prácticas del C.N.P. regresaba tras finalizar su turno de noche a su domicilio sito en la RAMBLA000 nº NUM001 de la última población citada, la siguió y se introdujo con ella en el edificio y posteriormente en el ascensor, consiguiendo que le franqueara la puerta de su vivienda en el piso NUM002 puerta NUM003 del citado inmueble en circunstancias que no han resultado suficientemente acreditadas. Una vez dentro del piso el acusado advirtió la presencia de Amelia , compañera de profesión de Blanca y con la que compartía la vivienda en régimen de alquiler, quien entraba ese día de turno de tarde, y amedrentándolas con un arma blanca, consiguió reducir a ambas mujeres a quienes amordazó y ató hasta dejarlas absolutamente inmovilizadas, cada una en un dormitorio distinto, utilizando para ello distintas prendas de ropa y asegurando posteriormente las ligaduras con trozos de cuerda sintética de tender la ropa que cortó de un ovillo que halló en el piso, sujetando a Blanca a una de las patas de la cama con un cinturón blanco de hebilla metálica.

Teniendo a Amelia inmovilizada de la forma descrita, y movido por el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, la penetró vaginalmente llegando a eyacular en su interior y posteriormente, con el ánimo de acabar con su vida, la apuñaló cuatro veces por la espalda causándole una herida incisa penetrante en la región interescapular superior, otra en la región subescapular derecha, una tercera en la región lumbar derecha y la última en la región paramedial lumbosacra izquierda, afectando la primera y la cuarta a órganos vitales, lo que ocasionó su fallecimiento prácticamente inmediato por insuficiencia cardiorrespiratoria aguda secundaria a shock hipovolémico.

Encontrándose asimismo Blanca inmovilizada en la forma descrita, y sin que haya podido conocerse si los hechos se produjeron con anterioridad o posterioridad a los anteriormente descritos, pero sí en un contexto temporal próximo, con idéntica intención de causarle la muerte, la apuñaló repetidamente causándole un total de nueve heridas: cinco incisas en región mamaria izquierda lateral izquierda, tres incisas en flanco izquierdo y una herida incisa superficial en la cara interna del brazo izquierdo, afectando todas ellas, salvo la última, a órganos vitales como hígado, corazón y pulmones, que produjeron su fallecimiento prácticamente inmediato por insuficiencia cardiorrespiratoria aguda y shock hipovolémico cardiogénico.

SEGUNDO

Hallándose el cuerpo de Blanca ya cadáver, el acusado rasgó el pantalón y las bragas que vestía y le introdujo en el ano un vibrador que dejó allí clavado.

TERCERO

El acusado, actuando con la finalidad de hallar cuanto fuera de su interés, y con ánimo depredatorio, registró la vivienda y se apoderó, cuando menos, de la tarjeta de crédito "Visa Estrella" nº NUM004 y de las llaves del vehículo propiedad de Amelia , de una cazadora tejana y otras prendas de ropa y unas zapatillas deportivas que utilizó para vestirse con ellas en lugar de las que portaba cuando penetró en la vivienda, utilizando para sujetarse los pantalones un trozo de la cuerda de tender de color rojo procedente del mismo ovillo utilizado para atar a las víctimas, de un DVD rotulado con el título "Moulin Rouge" y de una bolsa mochila de la marca "Adidas" que llevaba escrito el apellido " Blanca ", propiedad de Blanca , en la que introdujo los objetos descritos y que luego se llevó.

CUARTO

Seguidamente, con la finalidad de destruir cuantas huellas y vestigios pudieran relacionarle con la escena del crimen, pero con absoluto desprecio para la vida e integridad física de cuantos vecinos habitaban en ese momento el edificio de 14 pisos de altura, que en su mayoría se hallaban en ese momento en sus respectivas viviendas, prendió fuego a un sillón y al sofá ubicados en el salón comedor, al colchón de la habitación en el que se encontraba el cadáver de Blanca , al colchón y a un montón de ropa adyacente del dormitorio en el que se hallaba el cadáver de Amelia , así como al colchón del tercer dormitorio desocupado. Utilizando varias botellas de distintos licores en alguno de los focos con la finalidad de acelerar su combustión, encontrándose los mismos activos en distintas fases cuando fueron extinguidos por los bomberos. Abandonando el inmueble poco antes de las 10:00 horas el acusado para dirigirse nuevamente a la estación de Bellvitge donde tomó el metro en dirección a la estación de Plaza España de Barcelona.

A consecuencia del incendio se produjeron daños en el piso propiedad de Lázaro, quien la tenía destinada al arrendamiento, cuyo importe no ha sido determinado hasta el momento en la causa, habiendo sido resarcido en parte por la entidad "Santander Seguros y Reaseguros, Compañía Aseguradora, S.A.", que ha cubierto los daños relativos al continente, pero no al contenido ni al posible lucro cesante derivado del tiempo que la vivienda ha permanecido cerrada y sin poder ser arrendada.

QUINTO

Sobre las 22:32 horas del mismo 5 de octubre, el acusado, con el ánimo de obtener un beneficio patrimonial, se dirigió a la oficina nº 773 de la "Caixa de Catalunya" sita en la calle Creu Roberta de Barcelona y, utilizando la tarjeta de crédito propiedad de Amelia antes reseñada, intentó obtener un reintegro de 300 euros, operación que resultó frustrada al no haber tecleado el nº de PIN correcto.

Alrededor de las 6:00 horas del día 6 de octubre volvió a intentarlo, esta vez por un importe de 60 euros, con idéntico resultado.

SEXTO

El acusado, consciente de que su permiso penitenciario finalizaba el día 6 de octubre y de su obligación de regresar a prisión, no se reintegró al Centro Penitenciario de "Can Brians" ni a ningún otro, buscando refugio en el domicilio de Emilio sito en la localidad de Girona, donde resultó detenido el 7 de octubre de 2007. Las posibles responsabilidades penales por el presunto encubrimiento de Emilio se siguen en procedimiento independiente y son ajenas al presente.

SÉPTIMO

Amelia era hija de Adolfo y Catalina, hermana de Sofía y Filomena y mantenía una relación de noviazgo formal con Lorenzo desde hacía más de cuatro años.

Blanca era hija de Jesús María y Paloma, hermana de Ernesto y Julieta y mantenía una relación de noviazgo formal con Jose Augusto desde hacía aproximadamente dos años y medio.

OCTAVO

En sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 17 de octubre de 2005 (ARP 2006, 571) (que ganó firmeza el 24-07-06), posterior por lo tanto a los hechos que aquí se enjuician pero relativa a los sucedidos el 27 de marzo de 2003, fecha en la que disfrutaba de otro permiso penitenciario, el acusado resultó condenado por un delito de robo con intimidación y uso de arma a la pena de 5 años de prisión, de un delito de agresión sexual a la pena de 10 años de prisión, y de un delito de amenazas a la pena de 1 año de prisión.