

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

DOBLE GRADO EN DERECHO Y ADE

TRABAJO FIN DE GRADO



EL PARRICIDA DE MORAÑA

**ANÁLISIS DEL CASO. INOCUIZACIÓN FRENTE A
LA FINALIDAD RESOCIALIZADORA DE LA PENA**



Autor: de Paz Álvarez-Garcillán, José Enrique

Tutor: Escudero García-Calderón, Beatriz

Madrid, diciembre 2017

A mis padres José y Pina,
A mis hermanos, cuñadas y amigos,
A Clara, Andrés y por supuesto, Carmenza.
A todos ellos por su ayuda, sentido del humor y paciencia.
Y a mis sobrinos Pilar, Catalina y Rodrigo,
para cuando tengan edad de tener paciencia conmigo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. SENTENCIA	6
2. 1. HECHOS PROBADOS	7
2.2. PRUEBAS TESTIFICALES	9
2.3. FALLO	11
3. FIGURAS A ANALIZAR	13
3.1. ¿ES MATAR A UN NIÑO SIEMPRE ALEVOSO?	13
3.1.1. ALEVOSÍA PARA EL TRIBUNAL SUPREMO	15
3.2. CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO	16
3.2.1 ¿CUÁNDO LA CIRCUNSTANCIA ES AGRAVANTE?	19
3.2.2 ¿CUÁNDO LA CIRCUNSTANCIA ES ATENUANTE?	20
3.3. EL ASESINATO	21
3.3.1. ELEMENTOS BÁSICOS	23
3.3.2. ELEMENTOS ESPECÍFICOS	25
4. PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE	31
4.1. INTRODUCCIÓN	31
4.2. REGULACIÓN	32
4.3 EN EL CASO	34
5. FINES DE LA PENA: INOCUIZACIÓN VS RESOCIALIZACIÓN	36
5.1 BREVES NOTAS SOBRE LA INOCUIZACIÓN	39
6. CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	41

1. INTRODUCCIÓN

“Cuando descubres lo que te gusta, realmente estás descubriéndote a ti mismo.”

Agnes Martin

“El ‘monstruo’ de Moraña confiesa que degolló a sus dos hijas con una radial” (FARO DE VIGO, 2017), “El parricida de Moraña acepta la prisión permanente revisable tras confesar” (EFE, 2017), “El parricida de Moraña reconoce que mató a sus dos hijas de 4 y 9 años y pide perdón” (LA VANGUARDIA, 2017). Con titulares como estos abrían los periódicos de toda España sus ediciones digitales y en papel el día 5 de julio de 2017. Suponía un día histórico y sin precedentes en nuestro país, puesto que estábamos ante la primera sentencia a ‘cadena perpetua’ desde que hay democracia.

Siempre he sentido una atracción especial por el Derecho penal, por esa estrecha relación con el individuo tan difícil de encontrar en otras ramas del Derecho. Además me resulta una materia que tiene muchos elementos en común con dos de mis pasiones: la psicología y la filosofía. La criminología, la finalidad de las penas, el concepto de libertad, la privación de la misma, el estudio de la intencionalidad, la inocuización del reo, la resocialización... son un pequeño ejemplo de las muchas figuras o problemas a los que se enfrenta el Derecho penal y que tienen un trasfondo mucho más profundo que la mera literalidad de la ley. Requieren un cuidadoso estudio para aclarar esas “zonas grises” que se plantean, que son más propias de filósofos que de juristas.

Con la publicación del *Leviatán* (1651), el filósofo inglés Thomas Hobbes popularizó la frase “Homo Homini Lupus”, es decir, el hombre es un lobo para el hombre. Defiende la teoría de que el hombre es malo por naturaleza y que necesita una sociedad que frene sus impulsos egoístas para lograr la convivencia común. La obra de Hobbes tiene una influencia incalculable en los cambios políticos posteriores al siglo XVI, hasta el punto de ser considerado uno de los padres de las formas de gobierno liberales de hoy en día.

He querido utilizar este personaje para introducir mi trabajo de fin de grado porque soy un fuerte defensor del papel de la filosofía para entender mejor cualquier otra ciencia (por muy separadas que parezcan en un principio), comportamiento humano o incluso como una base para actuar de manera recta en la vida profesional y familiar. Hobbes planteaba el “estado de naturaleza” como un escenario de todos contra todos (“bellum omnium

contra omnes”) persiguiendo nada más que el bien propio, sin preocuparse del ajeno. El primer paso que considera Hobbes que debe dar el hombre para constituirse en sociedad es el de respetar la vida de los demás y no atentar contra ella. Habiendo conseguido esto, se puede dar el paso al pacto social, y con ello al Derecho Positivo. Es por estas palabras de Hobbes por las que quiero resaltar la importancia del Derecho penal, ya que, sin ir más lejos, él lo ha situado en la base de la convivencia humana (HOBBS, 1651).

Además de todo lo anterior he elegido este caso por su especial actualidad. Ha sido un caso bastante mediático y único en España por la concurrencia de prisión permanente revisable. Esta nueva pena fue introducida a nuestro Código penal con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (en adelante, reforma de 2015), y sigue dando de qué hablar ya que puede ser la pena asignada a los terroristas yihadistas de los tiroteos de Cambrils de este verano, así como a casos recientes de filicidios y delitos contra la libertad sexual.

La prisión permanente revisable ha suscitado mucha polémica, principalmente por dos motivos: su constitucionalidad, que sigue en tela de juicio¹ y la politización del Derecho penal. La reforma de 2015 tuvo lugar en un momento en el que el Partido Popular gobernaba en mayoría absoluta, por lo que no encontró grandes impedimentos a su entrada en vigor. La situación del Gobierno ahora ha cambiado y ha permitido que partidos de la oposición, liderados por el Partido Nacionalista Vasco, se movilizan y den los primeros pasos para conseguir su derogación. (EL MUNDO, 2017).

Este trabajo, que sigue un esquema inductivo de razonamiento, pretende partir del caso concreto del “parricida de Moraña”, analizar las figuras presentes en el mismo, a continuación, dar una visión general de la nueva pena, y finalizar con las teorías de los fines de las penas. No es solo inducción en cuanto a contenido, sino que también lo es en cuanto al carácter de los estudios, puesto que pasamos del estudio de unos hechos claros a figuras que estudiamos desde un punto de vista muy teórico para finalizar con conceptos puramente filosóficos y abiertos a infinidad de opiniones y puntos de vista.

¹ No es pretensión de este trabajo analizar la conformidad o disconformidad de esta pena con la Constitución. Para ello nos remitimos a las consideraciones expuestas en “*La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*” de Cuerda Riezu. El objetivo principal es centrarse en la conveniencia de este tipo de prisión para los delitos para los que se prevé su aplicación desde los fines de la pena.

2. SENTENCIA

El caso central de este trabajo es la sentencia 1325/2017, de 14 de julio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Voy a analizar, enumerar y comentar los hechos de la misma para, en el apartado siguiente, desarrollarlos más a fondo y relacionar cada uno con la figura delictiva correspondiente.

La importancia de este caso es innegable ya que estamos ante la primera y única sentencia a prisión permanente revisable de nuestra historia reciente. El “parricida de Moraña” ha sido castigado con la pena más grave de nuestro Código penal por el asesinato de sus dos hijas con la ayuda de una radial. Esta sentencia llega poco tiempo después de que se cumplan dos años desde la entrada en vigor de este nuevo tipo de pena, con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo².

En la sentencia encontramos la recreación de los hechos de una forma muy detallada por la gran importancia que esto tiene para el caso. Cualquier matiz puede suponer una manera de tratar el delito o el grado de la pena y por eso se exige total seguridad y minuciosidad para cumplir con el principio de legalidad.

El caso de estudio fue muy mediático por lo que se debe tener un especial cuidado con la información empleada. Hay numerosos artículos periodísticos acerca del tema y el problema que entrañan es que por lo general no han sido escritos por penalistas ni por juristas sino por periodistas (muchos de ellos ni si quiera especializados en Derecho). Por supuesto que defendiendo la publicidad de los procesos penales pero sinceramente pienso que en muchas ocasiones los medios de comunicación pierden la perspectiva y tienden a la exageración y a la criminalización del principal sospechoso, con las más que evidentes consecuencias que esto puede suponer en la resocialización del reo o la vuelta a la normalidad del investigado. Por esta razón he encontrado ciertas informaciones hiperbólicas y contradictorias en la prensa así que he decidido apoyarme para este apartado casi al cien por cien en lo descrito en la sentencia y declaraciones literales de los afectados.

Me gustaría además resaltar la importancia del día en el que sucedieron los hechos y aplicar uno de los mayores principios de los sistemas legislativos que emanan del Derecho Romano: “ignorantia iuris non excusat”. Este principio lo encontramos en el artículo 6.1

² España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015.

de nuestro Código civil³ con la siguiente redacción: *“La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.”*

A pesar de encontrar este principio en el Código civil huelga decir que es extensible a todas las ramas de derecho, ya sea mercantil, administrativo, laboral o por supuesto penal. Muchas leyes penales se conocen porque no dejan de ser leyes naturales representadas por los bienes jurídicos protegidos más importantes: la vida, la libertad, la integridad física, la libertad sexual, etc. Estos son los delitos “prohibita quia mala”, es decir, prohibido porque es malo. Se da por hecho que todo el mundo sabe que matar es malo y está penado, pero también se espera o se presupone que conozcan la pena a la que se enfrentarían en caso de hacerlo.

Y bien, ¿qué tiene todo esto que ver con el “parricida de Moraña”? Pues que asesinó a sus dos hijas el día 31 de julio de 2015 y la pena de prisión permanente revisable para los delitos de ese tipo entró en vigor el 1 de julio de 2015 según lo expuesto en su publicación en el BOE el 31 de marzo de ese mismo año. Por unas pocas semanas se le va a aplicar una pena mucho más restrictiva de la que habría recibido de haber cometido exactamente el mismo delito un mes antes.

2. 1. HECHOS PROBADOS

A continuación, voy a exponer los hechos por los que se condenó a David Oubel. Para tratar de explicar sus delitos de una manera resumida se puede decir que asesinó a sus hijas Candela y Amaya, de 9 y 4 años respectivamente, con ayuda de una radial habiéndolas drogado previamente para adormecerlas (SAP PO 1325/2017, de 14 de julio). Estamos ante dos asesinatos en los que existe alevosía, la agravante de víctimas menores de dieciséis años y la agravante de parentesco. Cada uno de estos delitos por separado estaría penado con prisión permanente revisable.

Centrándonos en el procedimiento penal o el juicio en sí debemos tener en cuenta que David Oubel confesó y aceptó todos los hechos de los que se le acusaba. En la sentencia también queda constancia de la voluntad de las partes de no presentar recurso por lo que la misma devino firme.

³ España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889.

En un intento de reconstruir los hechos podemos decir que sucedieron de la siguiente manera:

1. David Oubel hace ingerir a sus dos hijas unas dosis de Nordiazepan, Oxacepan y Tizadinina para disminuir su capacidad de defensa. Su idea era adormecerlas para evitar cualquier tipo de resistencia por parte de las niñas. En palabras textuales del escrito de acusación: “con evidente ánimo de acabar con su vida y con la finalidad de evitar cualquier posibilidad de defensa o huida de las menores”, “les hizo ingerir los fármacos para que estuviesen en un nivel bajo de consciencia”. Estos tres medicamentos son sustancias que requieren receta médica y un especial cuidado con las cantidades ingeridas. Según los prospectos sabemos que el Oxacepan se emplea para personas con problemas de ansiedad o adicción al alcohol, la Tizadinina es un fuerte relajante muscular que ralentiza el funcionamiento cerebral y las capacidades motoras y el Nordiazepan es un ansiolítico común.
2. “El día 31 de julio de 2015, en hora no determinada, acusado David Oubel, mayor de edad y sin antecedentes penales, con el propósito de acabar con la vida de Amaya (de 4 años), se dirigió a la habitación en la que esta se encontraba y con una amoladora eléctrica le produjo varios cortes muy profundos a la altura del cuello, finalizando la incisión en el cuello con un arma blanca mono cortante (cuchillo de cocina o similar), ocasionándole el degüello y la muerte inmediata por hemorragia masiva y shock hemorrágico consiguiente.” De esta manera queda plasmada en la sentencia la manera en la que el acusado acabó con la vida de la menor de sus hijas. Se aprovechó de la “natural indefensión” conseguida a través de las drogas que le hizo ingerir. A pesar de la brutalidad de los acontecimientos debemos ser estrictos y hacer hincapié en el hecho de que la muerte se produjera de manera inmediata para el posterior estudio del delito y la posible existencia de ensañamiento o no.
3. “El día 31 de julio de 2015, en hora no determinada, el acusado David Oubel, mayor de edad y sin antecedentes penales, con el propósito de acabar con la vida de Candela (de 9 años), se dirigió a la habitación en la que esta se encontraba y le produjo varios cortes muy profundos con la sierra eléctrica amoladora en el cuello

y con el arma blanca mono cortante (del tipo cuchillo de cocina) que ocasionaron el degüello y la muerte casi inmediata por hemorragia masiva y shock hemorrágico consiguiente.”

Además se añade que “al no producir los fármacos el efecto deseado para vencer su resistencia y tras un forcejeo con la menor, la ató con cinta americana.”

A diferencia de su hermana menor, que murió inmediatamente, Candela se resistió presumiblemente porque las dosis de fármacos fueron las mismas y ella, al ser mayor, no se vio tan afectada por las mismas.

4. En el último apartado de los hechos probados de la sentencia se nos transmiten tres ideas esenciales para el caso y la posterior pena. La primera es dejar constancia de que Candela y Amaya eran hijas biológicas de David Oubel. La segunda es informar de que la guardia y custodia de las mismas la tenía su madre, y exmujer del acusado, Rocío Vieites. Por último, explicar que por el régimen de visitas establecido en el proceso de divorcio le tocaba al padre estar con las niñas esos días.

2.2. PRUEBAS TESTIFICALES

Tras conocer los hechos probados y el reconocimiento por parte de David Oubel de todas las acusaciones que se practican frente a él debemos comentar brevemente una serie de pruebas testificales presentes en la sentencia y que refuerzan la acusación:

1. El dependiente de una ferretería cercana a casa del acusado reconoce que le vendió a David Oubel una radial, cinta americana y pastillas de fuego el día anterior a que sucedieran los hechos. Declara que el acusado le pidió “material de primera calidad y cinta resistente”. Expone además la factura que confirma dicha compra.
2. La prueba testifical más importante es la aportada por la prima del acusado, su marido y su hijo, que fueron los primeros en ver la escena del crimen tras notar una serie de comportamientos extraños en el acusado ese día. En primer lugar recibieron una carta certificada esa misma mañana que invitaban a pensar en el posible suicidio de David Oubel ya que aparecían frases como “la muerte será el regalo que pondré al presente de mi vida” o “no te preguntes por qué no lo has

visto venir, soy muy buen actor”. La prima del acusado, nada más leerla, se dirigió junto con su marido y su hijo a casa de éste al mismo tiempo que intentaba localizarle por teléfono. En la conversación que tuvieron, el acusado le dijo que “la primera parte ya estaba hecha” y que él y las niñas estaban de viaje en ciudad portuguesa de Oporto. Al llegar a la vivienda no pudieron acceder fácilmente porque el coche del acusado estaba bloqueando el portón y las cerraduras estaban selladas con silicona. Tras colarse en la casa vieron los cuerpos sin vida de las niñas en el suelo y oyeron gritos de David Oubel provenientes del cuarto de baño, pero al no poder entrar decidieron esperar hasta que llegara la Guardia Civil.

3. Por último tenemos las declaraciones de los guardias civiles que se encargaron de la detención del acusado y de acudir a la vivienda. Le encontraron metido en la bañera llena de agua ensangrentada y con pastillas y una botella de ginebra al lado en un aparente intento de suicidio. Parecía en buen estado físico y mental ya que “contestaba normal y hasta bromeaba con la situación”.

A estas pruebas testificales le siguen una serie de informes periciales que detallan al máximo los estudios médicos que se hicieron de los cuerpos de las dos niñas para conocer las causas de la muerte, el momento exacto, quién murió antes, si hubo resistencia, si estaban bajo los efectos de algún fármaco, etc.

De todas las pruebas he decidido destacar las que se le hicieron al acusado tanto en el momento de su detención como horas después para ver su estado mental. El estado psicológico y psiquiátrico es importantísimo ya que puede suponer una circunstancia atenuante o incluso eximente de la responsabilidad criminal. Sin embargo, los informes practicados a David Oubel descartaron que sufriera cualquier tipo de patología mental por lo que no podría escudarse en la eximente recogida en el artículo 20.1 del Código penal: *“Está exento de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”*

Para ser exactos el informe decía que “quedan descartadas cualquier tipo de patología psiquiátrica o de merma en su capacidad de conocer la ilicitud del acto y de actuar libremente, concluyendo que, en la evaluación psiquiátrica del acusado apreciaron rasgos pronunciados de personalidad antisocial, psicopática y con predominio de rasgos narcisistas” (El País, 2017).

2.3. FALLO

El fallo confirmaba la nueva pena que había sido prevista para estos casos. Además, se cumplía la petición del Fiscal que, entre lágrimas, había pedido en el juicio oral la pena de prisión permanente revisable para don David Oubel. El Fiscal Alejandro Pazos declaraba que no pudo contener la emoción al leer su exposición final. Afirma que fue un caso muy fácil desde el punto de vista procesal ya que “todo salió de cara”, apenas tuvieron que pelearlo, tenían la confesión del padre y una actuación en el juicio prácticamente testimonial, pero desde el punto de vista emocional y psicológico, no había sido ni mucho menos sencillo aguantar durante casi dos años un procedimiento con un fondo tan duro (La Voz de Galicia, 2017).

A continuación se adjunta el fallo completo de la sentencia:

“Que atendiendo el veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado respecto a don David Oubel, debo condenar y condeno al nombrado como autor criminalmente responsable de DOS DELITOS DE ASESINATO cualificados con alevosía y agravados por el hecho de que las víctimas son menores de dieciséis años concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de prisión permanente revisable, accesoria de inhabilitación absoluta y la pena de alejamiento o prohibición de aproximarse a la persona de doña Rocío Vieites, a su domicilio, a su lugar de trabajo o cualquier lugar en el que se encuentre a una distancia inferior a mil (1.000) metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, ya sea verbal, escrito, postal, telefónico telegráfico, telemático o informático por un periodo de treinta (30) años.

En concepto de responsabilidad civil, don David Oubel indemnizará a doña Rocío Vieites en la cantidad de trescientos mil (300.000) euros.

Habiendo manifestado por las partes en el acto del juicio su voluntad de no recurrir, la presente sentencia es firme.

Así por esta sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronuncio, mando y firmo (SAP PO 1325/2017, de 14 de julio).”

Claro está que la pena principal, y el tema central de este trabajo, es la de prisión permanente revisable, pero en este tipo de casos de filicidios siempre existe un daño al

otro padre, que debe ser indemnizado. El sustento legal que emplea la sentencia para calificar el doble asesinato y establecer la pena lo analizaremos en el apartado siguiente, sin embargo, vamos a explicar cómo se llega a la indemnización a la exmujer. Debemos apoyarnos en los artículos 109 y 116 del Código penal, que pretenden de alguna manera reparar el daño producido. El artículo 109 nos dice que *“la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”* y el 116 que *“toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.”* Vemos por tanto que ambos artículos nos llevan a la conclusión de que don David Oubel deberá responder también por la vía económica y no solo con la privación de libertad. Por último, y para acabar ya con el tema de la indemnización, debemos decir que está previsto que sea el agresor quien la abone, pero en el caso de considerarse insolvente total o parcial existe la *“Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual”* para afrontar los pagos restantes. Para el caso que nos atañe, según el artículo 6.3 de dicha Ley⁴, al tratarse las víctimas de menores de edad, solo se prevé la ayuda para resarcir los gastos funerarios de ambas.

⁴ España. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, 12 de diciembre de 1995.

3. FIGURAS A ANALIZAR

En este apartado voy a hacer un estudio más a fondo de los hechos ocurridos desde el punto de vista del Derecho penal y en especial a centrarme en una serie de singularidades que encontramos en este caso como son la circunstancia mixta de parentesco, si es o no siempre alevoso matar a un niño y el trasfondo de los filicidios.

3.1. ¿ES MATAR A UN NIÑO SIEMPRE ALEVOSO?

Nuestro Código penal, en su artículo 22.1, define la alevosía como la circunstancia agravante que se da *“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”*. Por supuesto que existe alevosía en el caso estudiado, de hecho existe por más de una razón pero será analizada posteriormente.

En este apartado voy centrarme en si se considera alevoso atentar contra la vida de un niño, independientemente de cuales hayan sido los medios para ello, solamente por el mero hecho de serlo. Además, voy a presentar las teorías o corrientes que hay al respecto incluyendo la que se sigue en nuestro Tribunal Supremo.

La alevosía, según la STS 193/1985, de 25 de abril, *“ha sido de siempre uno de los conceptos jurídicos más difíciles de definir y completar, a lo que han contribuido distintas circunstancias, todas ellas con el denominador común de la imprecisión con que ha venido configurada respecto del origen, ámbito y efectos, como peculiar forma de actuar o peculiar manera de querer”*. Por ello han existido sobre todo tres teorías opuestas para analizar la situación de los niños. Voy a presentar la teoría objetivista, la teoría subjetivista y por último la mixta, el camino intermedio que ha tomado nuestro Tribunal Supremo y no está ni mucho menos exento de polémica.

- Teoría Objetivista: esta teoría hace depender la existencia de la agravante de la situación de la víctima. Lo fundamental para ellos es asegurar que la ejecución se lleve a cabo. Los objetivistas defienden que un delito cometido contra cualquier individuo que se encuentre indefenso por razones fisiológicas, mentales o físicas llevará aparejada la alevosía. Vemos que no concuerda del

todo con la literalidad del artículo 22.1 de nuestro Código penal, que se centra en cómo se produce la comisión del hecho delictivo, de ahí gran parte de sus críticas.

Defendiendo esta teoría encontramos a Quintano Ripollés diciendo que “la víctima inerme, el dormido, o el completamente desvalido, hacen caer automáticamente sobre el agresor la agravante alevosía.” (DÍEZ RIPOLLÉS y GARCÍA MARTÍN, 1993: 109).

A día de hoy el mayor respaldo que encuentra esta teoría es el del Tribunal Supremo, que explicaremos más adelante.

La crítica más clara la hizo el Catedrático de Derecho penal y Magistrado del Tribunal Supremo Antón Oneca, que decía que esta situación suponía un “abuso de superioridad” y debía constituir una figura autónoma separada de la alevosía. A día de hoy encontramos dicha figura en el artículo 22.2 del Código penal: “Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.”

Una crítica personal que se me ocurre hacer a esta tesis es que si el legislador realmente hubiera querido recoger este tipo de casos habría empleado fórmulas como “el que matare a un menor...”, “el que matare a un niño...” o “el que matare a un incapaz...”.

- Teoría Subjetivista: se remite básicamente a la literalidad de la ley y exige que efectivamente concurren “medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar” la ejecución.

Además de la defensa que hace Antón Oneca, encontramos una gran defensa de esta tesis en Cuello Calón, que dice la alevosía alberga “un fondo de cobardía consistente en cometer el delito sin peligro, o con peligro leve, para el reo”. Para el autor, esta agravante conlleva perversidad, vileza y traición. (CUELLO CALÓN, 1971: 561).

- Teoría del Tribunal Supremo: hasta hace no mucho tiempo, el Tribunal Supremo no tenía un criterio fijo sobre la alevosía. Se pueden encontrar sentencias del mismo órgano que apoyen teorías diferentes cada vez.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte todas las sentencias han seguido el mismo camino: darle una naturaleza mixta a la alevosía. En palabras del Tribunal Supremo, “en la agravante de alevosía tienen que concurrir elementos de contenido eminentemente objetivo, pero sin descartar el elemento tendencia cual es la finalidad de asegurar la ejecución sin riesgo, considera que en el caso que les ocupa la edad de las personas muertas las hacía absolutamente indefensas y procuraban a la autora una total facilidad para la comisión del hecho delictivo”. En este fragmento quedan de manifiesto dos ideas, que van de la mano, y que ya quedan recogidas en la doctrina: la naturaleza es mixta y que la muerte de un niño (junto con ancianos e inválidos) es siempre alevosa, sin excepción. (STS 49/2014, de 22 de enero).

3.1.1. Alevosía para el Tribunal Supremo

Como hemos dicho antes, el Tribunal Supremo ha establecido unas modalidades para identificar la existencia de alevosía, apareciendo en la tercera de ellas el tema de estudio de este apartado, los niños. Es el criterio que se sigue en nuestro país desde que apareció en la Sentencia del Tribunal Supremo 49/2004, de 22 de enero y sirve para completar el contenido del artículo 22.1 CP. Es el siguiente:

1. Alevosía Proditoria: coloquialmente se equipara a la traición y se da en casos en los que el delincuente ataca a la víctima cuando y donde ella no lo espera. Estos casos pueden darse cuando el agresor se esconda y aceche a la víctima para sorprenderla en el ataque.
2. Alevosía Súbita: su elemento esencial es la sorpresa. A diferencia de la proditoria, en este caso la víctima ve al agresor pero éste actúa de manera repentina o inesperada aprovechándose de la confianza depositada en él por la misma. De esta manera se elimina la capacidad de reacción y defensa del sujeto pasivo.
3. Alevosía de Desvalimiento: la ley lo define como los casos en los que el agresor “aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima”. En este apartado de personas indefensas podemos encontrar a los niños de pocos años, personas en coma, inválidos, personas mayores, individuos en estado de embriaguez, drogados

o dormidos. Por tanto, engloba situaciones en las que la víctima no se puede defender por una situación accidental, temporal o permanente. Para finalizar afirmamos que quien mata a un niño incurrirá siempre en la agravante de la alevosía, como sucede en el caso de estudio.

3.2. CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

En el caso encontramos también una de las particularidades de nuestro Derecho penal: la “circunstancia mixta de parentesco”, recogida en el artículo 23 del Código penal.

En la sentencia se nos dice que a la pena se le aplica un plus de culpabilidad por existir un elemento subjetivo debido al parentesco del acusado con las dos víctimas, y uno objetivo por él saber la existencia de dicho vínculo. Este lazo subjetivo no se debe confundir con la existencia de un lazo afectivo o cariñoso puesto que se presupone que quien agrede o delinque contra alguien desprecia dichos principios.

Para analizar primero debemos acudir a la literalidad de la ley:

Art 23 CP: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.”

Tal y como nos dice Bielsa Corella, el concepto “parentesco” está íntimamente ligado a la “familia”. De hecho, el Derecho de familia dice que “la familia constituye el núcleo social primario integrado por las personas unidas por los vínculos sociales más fuertes: el conyugal y los de filiación o parentesco.” (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989: 11)

Vamos a plantear una serie de definiciones de familia para comprender mejor qué es y cómo varía su significado. Para Díez Picazo la familia surge antes que el derecho y este, con posterioridad, se ocupa de ella. (BIELSA CORELLA, 2004: 62). Al ser una institución “prejurídica” es imposible que el Derecho regule todo lo que sucede dentro de ella pero la intención es que progresivamente el Derecho positivo vaya ganado peso. Para Bajo Fernández entraña también mucha dificultad definir el

concepto jurídico de familia puesto que no es más que una serie de relaciones que varían en su naturaleza y extensión.

A la vista de las múltiples opiniones vamos a centrarnos en el concepto de parentesco que se nos da en el artículo 23 del Código penal.

Las relaciones recogidas en este artículo resultan amplias a la vez que flexibles y para demostrarlo veamos cada una de ellas individualizadamente para ver su alcance:

1. *“Ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad...”* En este apartado queda latente la extensión en esta nueva regulación de los grados de parentesco ya que se incluye la pareja de hecho o cónyuge ya separado. (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2004: 491).

No hablamos sólo de separación o divorcio, también de nulidad matrimonial siempre y cuando haya existido buena fe, apoyándonos en el artículo 79 del Código civil⁵.

Quedando claro el hecho de la separación debemos analizar la analogía. Ha habido cantidad de opiniones acerca de si se engloban o no a las relaciones homosexuales pero lo cierto es que a día de hoy no hay lugar a dudas y sí deben incluirse.

El matrimonio homosexual es legal en nuestro país desde 2005 gracias a la Ley 13/2005, de 1 de julio⁶, que reformó el artículo 44 del Código civil⁷. Prats Canut, antes de la aprobación de esta ley, consideraba que las parejas de hecho homosexuales sí debían ser consideradas relaciones de análoga afectividad ya que concurrían el reparto de roles familiares y los elementos de afecto y pareja. (PRATS CANUT, 2001: 273).

⁵ Art 79 CC: *“La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume.”*

⁶ España. Ley 12/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 2005.

⁷ Art 44 CC: *“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”*

2. “*Ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor...*” Este apartado no presenta duda alguna e imposibilita cualquier tipo de interpretación. La consanguinidad y la adopción son figuras muy tratadas en nuestro Derecho civil.

No obstante, podemos diferenciar claramente una línea ascendente o descendente y otra colateral. No se establecen límites a la línea recta, ya sea ascendente, descendente, consanguíneo o adoptivo, es decir, sea cual sea el grado y su naturaleza quedará recogido en este artículo. (BIELSA CORELLA, 2004: 74).

La línea colateral únicamente tiene alcance en primer grado sin importar si es hermano natural o adoptivo. La única duda que podría surgir en este apartado es qué sucedería con los hermanos “de único vínculo” frente a los de “doble vínculo” pero la Sentencia 433/2005, de 7 de abril estableció que se igualaran a efectos y no supusiera un trato diferente. (STS 433/2005, de 7 de abril).

3. “*O de su cónyuge o conviviente.*” El legislador se refiere aquí a todos los parientes expresados en el apartado anterior pero de su cónyuge o pareja, es decir, su familia política del criminal. Estamos ante el “parentesco por afinidad” aunque no se exprese en ningún momento el término “afín”.

Serrano Butragueño, entendiendo que la “ratio legis” o el “leit motiv” es el aseguramiento o mantenimiento de la convivencia y afecto, así como de la confianza familiar, considera adecuado que suegros y cuñados queden protegidos. (RUBIALES BÉJAR, 2005: 149).

Como regla general podemos decir que el parentesco funcionará como circunstancia agravante en delitos contra las personas o contra la vida y como atenuante en delitos más económicos o patrimoniales. En algunos casos incluso puede funcionar como eximente de responsabilidad. (STS de 27 de diciembre de 1991 <RJ 1991/9644>).

Sin embargo, hay un principio importantísimo que debemos tener en cuenta al hablar de su papel de agravante: el “non bis in ídem”, es decir, no ser castigado dos veces por lo mismo. Hay delitos en los que el parentesco forma parte del elemento típico del delito, ya sea agravándolo o siendo éste condición necesaria para que exista, en cuyo caso no se aplicaría una segunda vez la agravante. Así por ejemplo en delitos

como el abandono familiar (artículo 226.1 CP⁸) o las agresiones sexuales con parentesco (artículo 180.1.4ª CP⁹) ya se recoge en su literalidad el elemento de parentesco.

Del mismo modo existe la atenuación de la pena o la exención de responsabilidad penal en delitos como el quebrantamiento de condena (artículo 470.3 CP¹⁰) o encubrimiento (artículo 454 CP) respectivamente.

3.2.1 ¿Cuándo la circunstancia es agravante?

Conviene comenzar a hablar en este punto de un concepto importantísimo a la vista de la jurisprudencia española: “la affectio maritalis”. Según el Tribunal Supremo es una condición necesaria sin la cual no se puede aplicar la agravante por parentesco en el ámbito de la pareja. Es un elemento propio del Derecho Romano, que nació como la intención de la pareja de llevar una vida juntos indefinidamente.

No debemos intentar convertir en regla esta excepción por los muchos problemas que puede plantear. Haría que la aplicación de la circunstancia agravante dependiera de conceptos tan difusos, tan complicados de demostrar y tan subjetivos como pueden ser el mantenimiento del amor conyugal o el cariño

El Tribunal Supremo ha venido aplicando esta excepción en casos muy evidentes en los que queda clara la separación de hecho de los cónyuges y la desaparición de los sentimientos que en su día llevaron la relación a comenzar. (RUBIALES BÉJAR, 2005: 156).

⁸ Art 226 CP: “El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.”

⁹ Art 180.1.4ª CP: “Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.”

¹⁰ Art 470.3 CP: “Si se tratara de alguna de las personas citadas en el artículo 454, se les castigará con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal imponer tan sólo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas. SIENDO EL ART 454: Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451.”

La justificación que da el Tribunal Supremo se fundamenta en que igual que el artículo 23 del Código penal no exige vínculo matrimonial sino que es suficiente con una unión de hecho para que se considere parentesco, debe serlo también una ruptura formal de esa relación y que se mantenga en el tiempo para que se entienda extinguido. (STS 1475/1997, de 2 de diciembre).

También puede haber situaciones en las que no se aprecie “affectio maritalis” pero el matrimonio siga vigente. El Tribunal Supremo distingue dos muy claras:

1. Casos en los que, aunque no se haya producido legalmente el divorcio, la relación conyugal muestre claros signos de deterioro o esté indudablemente destruida. (GIMBERNAT ORDEIG, 2003). Para estos casos “es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unido a una notoria desafección sentimental”. (STS 689/2001, de 27 de abril).
2. La siguiente situación surge en los matrimonios pactados por conveniencia. El matrimonio en esos casos no es más que una ficción y no existe entre los cónyuges más relación que la puramente contractual buscando algún beneficio mutuo. Además de la total inexistencia de esta “affectio maritalis” también se incumple el artículo 68 del Código civil en el que se obliga a los cónyuges “a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”. (STS 115/2000, de 10 de febrero).

3.2.2 ¿Cuándo la circunstancia es atenuante?

Para Mestre Delgado, la circunstancia atenuante del parentesco toma forma gracias a dos pilares fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico: en primer lugar, la exención de la pena en determinados delitos de encubrimiento del artículo 454 CP¹¹

¹¹ Art 454 CP: “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451.”

y en segundo término el artículo 268 del Código penal. (BIELSA CORELLA, 2004: 134).

Como ya sabemos, el artículo 268 del Código penal¹² nos habla de los supuestos en los que se da la exención de responsabilidad (siempre nos referimos a la penal, la civil se mantiene) de una manera más restrictiva en cuanto a sujetos se refiere que el artículo 23 CP.

Sabiendo lo anterior debemos decir que el Tribunal Supremo ha considerado que en los casos en los que exista una relación familiar entre delincuente y víctima de las presentes en el artículo 23 CP y no se cumplan los requisitos necesarios para que se dé la circunstancia eximente, la pena será atenuada.

En resumen, la jurisprudencia y gran parte de la doctrina consideran que todo delito no violento contra la propiedad de un pariente (en el grado adecuado) llevará una pena atenuada pudiendo llegar a la exención de la misma si se cumplen una serie de requisitos. (BORJA JIMÉNEZ, 2001).

La explicación de que sea mucho más sencilla de explicar la circunstancia atenuante que la agravante y que no sea tan restrictiva se basa en el principio general de “in dubio pro reo”. Esto quiere decir que para agravar una pena deberá estar clara la situación así como el parentesco ya que no favorece al reo, en cambio, atenuar una pena es siempre favorable al responsable del delito.

3.3. EL ASESINATO

A la vista del caso hay dos figuras penales que destacan por encima de las demás: el delito de asesinato y la pena de prisión permanente revisable. En este punto vamos a analizar a fondo la primera, fijándonos en sus elementos básicos, en los constitutivos y en los cambios introducidos con la reforma del Código penal de 2015.

¹² Art 268 CP: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.”

El asesinato lo encontramos en el artículo 139 del Código penal, justo después del homicidio e inmediatamente antes de la pena de prisión permanente revisable. Veamos qué nos dice exactamente el artículo:

ART 139 CP: *“1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

- *1.ª Con alevosía.*
- *2.ª Por precio, recompensa o promesa.*
- *3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.*
- *4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.*

2. Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.”

Este artículo ha incluido una serie de novedades con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En el preámbulo del Código se explican detalladamente cuáles son. En primer lugar, se ha añadido una cuarta circunstancia para recoger los casos en los que se le causa la muerte a otro para evitar ser descubierto por un delito previo o para asegurar el éxito de uno posterior. El segundo cambio de este artículo ha sido un nuevo punto en el que se establecen los límites para que los tribunales establezcan una pena justa dentro de unos márgenes siempre y cuando se den de manera simultánea al menos dos de las cuatro circunstancias. Este punto, a diferencia de la cuarta circunstancia, no es nuevo sino que es una variación del artículo 140 de la anterior redacción del Código (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre), que decía que “cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años”. (MARTOS NÚÑEZ, 2017: 17-19).

Antes de entrar a analizar más profundamente el asesinato debemos decir que es una figura delictiva autónoma y no un modo agravado del homicidio. El tratamiento como delito independiente es debido a que para que se dé se tienen que cumplir unos presupuestos muy específicos que son suficientes para que su naturaleza se separe de la del homicidio. (RODRÍGUEZ RAMOS, 1985: 47). No es necesario que concurran todas

circunstancias del artículo 139 del Código penal, sino que con una ya es suficiente para que el delito de homicidio se convierta en asesinato. (CUELLO CALÓN, 1975: 504).

El legislador establece esta diferencia a través del “nomen iuris”: en el artículo 138 CP habla de “reo de homicidio” mientras que en el artículo 139 CP habla de “reo de asesinato”.

Otro argumento que refuerza la teoría del distinto tratamiento del asesinato son las penas. Las penas recogidas para este tipo delictivo son mayores que las del homicidio ya que se entiende que la antijuridicidad es muy superior atendiendo al “modus operandi” en la comisión. Es tal la diferencia que, según el artículo 140 CP, puede ser castigado con pena de prisión permanente revisable un asesinato si se dan las circunstancias exigidas mientras que un homicidio nunca se alcanzarán penas tan altas. Estaríamos en ese caso ante una especie de tipo agravado del asesinato, de manera que si entendiéramos el asesinato como un homicidio agravado incurriríamos en una “agravación del tipo agravado”, que no parece tener mucho sentido.

El tercer y último argumento que refuerza esta autonomía delictiva es el trasfondo psicológico del delincuente. Diversos estudios criminológicos así como la opinión de la mayoría de la doctrina defienden que entre un homicida y un asesino existen realidades mentales, sociales y biopsíquicas diametralmente diferenciadas. (QUINTANO RIPOLLÉS, 1966: 733).

3.3.1. Elementos básicos

En el asesinato, como en cualquier otro tipo delictivo, podemos encontrar una serie de elementos básicos. A continuación, vamos a enumerarlos y hacer una resumida explicación de cada uno:

- **Bien jurídico protegido**: en el asesinato, así como en el homicidio, el bien jurídico protegido es la “vida humana independiente”. La necesidad de utilizar el adjetivo “independiente” surge para diferenciar estos tipos de delitos del aborto, que protege la “vida humana dependiente”. El derecho a la vida es la base del pensamiento moderno y la noción más básica del Derecho Natural como ya se mencionó en la introducción del trabajo con las teorías de Hobbes.

Resulta imposible mencionar todos los sistemas jurídicos en los que se recoge este derecho por la que nos vamos a quedar con dos, uno de muy amplio alcance y otro

más reducido. En primer lugar la “Declaración Universal de Derechos Humanos” de la ONU, que en su artículo 3 dice: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*.¹³ En segundo lugar resulta obvio acudir a la Constitución Española de 1978, en especial al artículo 15, que defiende que: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”*¹⁴

Cuello Calón defiende la “vida humana independiente” no es sólo el bien máspreciado del individuo, sino que también lo es de la vida en sociedad y del Estado. (CUELLO CALÓN, 1975: 474).

- Verbo típico: se refiere a la actividad prohibida que lleva a cabo el que incurre en el delito. La literalidad del artículo 139 dice “el que matare a otro...” por lo que la conducta prohibida es “matar a otro”.
- Sujetos: nuestro Código penal no exige ningún requisito especial para los sujetos activo y pasivo. Utiliza la fórmula “el que” para identificar el sujeto activo o autor y la fórmula “a otro” para el sujeto pasivo o víctima. Como vemos son sujetos indeterminados. El sujeto pasivo exige que sea “otro” la víctima, es decir, una persona distinta del mismo autor, excluyendo de esta manera el suicidio.
- Aspecto subjetivo: hablamos de la intención. En el caso del asesinato se exige la intención de matar, es decir, el dolo directo. Para que se den las circunstancias típicas del delito parece evidente que exija que el sujeto activo sea consciente de lo que está haciendo y lo haga con el claro propósito de acabar con la vida del

¹³ Naciones Unidas. España. Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales número 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Boletín Oficial del Estado, 10 de octubre de 1969.

¹⁴ España. Constitución española. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.

sujeto pasivo. A diferencia del homicidio, no se contempla el “asesinato por imprudencia”.

- Pena: la pena básica para este tipo delictivo es de quince a veinticinco años de privación de libertad. Existe también la posibilidad de aplicar la pena de prisión permanente revisable si se cumplen unos determinados requisitos.

3.3.2. Elementos específicos

Una vez vistos los elementos básicos vamos a estudiar el artículo 139 CP haciendo hincapié en cada una de las circunstancias del delito y relacionándolas con su papel en el caso concreto de este trabajo si es que lo hubiera.

1. Alevosía: la primera circunstancia que encontramos es la alevosía. Ya está explicada a fondo en el punto 3.1 de este trabajo así que en este apartado se van a plantear una serie de características que la completan, así como ver cómo está presente la alevosía en el caso de estudio.

Ya sabemos que está recogida en el artículo 22.1 CP, según el cual “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.”

Resulta interesante la STS 49/2014, de 22 de enero, que plantea los elementos necesarios para que haya alevosía. Este primer elemento emana del artículo y es la necesidad de que estemos ante un delito contra las personas. En segundo lugar, se exige que los medios empleados por el delincuente confirmen una actitud alevosa una vez haya cometido el acto además de su convencimiento previo de ello. El tercer requisito hace referencia al dolo, teniendo que ser para asegurar el éxito del acto delictivo y a eliminar la posible defensa. Por último, se debe apreciar que el acto tiene un carácter más antijurídico de lo que podríamos considerar normal. (SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2015: 476).

El momento para determinar si ha existido alevosía o no debe ser la muerte. Esto es debido a que puede haber comportamientos que comiencen como alevosos y terminen no siéndolo y viceversa (alevosía sobrevenida). Un ejemplo sería alguien

que ataca por la espalda a su víctima con intención de matarla, no lo consigue, y depara en un enfrentamiento cuerpo a cuerpo que finaliza con la muerte del agredido en primera instancia. Esta agresión comenzó como alevosa ya que fue una acción sorpresiva pero después las fuerzas se igualaron y la víctima tuvo posibilidad de defenderse. En el momento en el que existe defensa por parte del ofendido queda descartada la alevosía. Esto puede significar la diferencia entre un asesinato y un homicidio, con las grandes diferencias de pena que ello supone. (SERRA GÓMEZ, SERRANO MAÍLLO, SERRANO TÁRRAGA, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 2016: 25).

Enumeremos ahora los hechos del caso que hacen que concurra alevosía apoyándonos en la Sentencia:

- Las víctimas eran dos niñas de cuatro y nueve años. Al ser niños de corta edad se les considera seres indefensos. Como ya comentamos anteriormente, nuestro Ordenamiento Jurídico considera siempre alevosos los crímenes contra niños de corta edad y ancianos en la llamada “alevosía de desvalimiento”.
- Las niñas se encontraban bajo los efectos de diversos fármacos administrados por el padre para “adormecerlas o lograr un bajo nivel de conciencia y evitar cualquier resistencia.” Además de aprovecharse de la indefensión propia de las niñas, las drogó para anular aún más la capacidad de defensa. Este hecho supone también alevosía de desvalimiento. La STS 503/2006, de 4 de mayo, nos dice que, si la víctima no es capaz de defenderse por estar bajo los efectos de las drogas, dormida o anonadada, estaremos siempre ante un hecho alevoso.

La mayor de las niñas, al no hacerle total efecto los fármacos y forcejear con su padre, fue atada con cinta americana para evitar su resistencia.

- Todas las puertas de la casa se encontraban cerradas y con las cerraduras de las puertas bloqueadas con silicona. Además, el delincuente había situado su coche delante del portón del garaje para evitar la utilización de ese acceso. Las palabras textuales de la sentencia son “sin presencia de terceros ni posibilidad de acceso de estos en el supuesto de que pudiesen percatarse de lo ocurrido.” Estos hechos aseguraron la comisión del delito evitando que las niñas escaparan de la vivienda y que nadie pudiera entrar. De hecho, en las pruebas testificales, la hermana del delincuente comentó

que su marido y su hijo tuvieron que colarse en la casa a través de una ventana para descubrir el delito.

A estas circunstancias debemos añadir que en el acusado puso música a todo volumen durante todo el transcurso de los hechos, presumiblemente para que no se escucharan gritos ni el funcionamiento de la amoldadora eléctrica.

- Anteriormente hablamos de la “alevosía súbita”, que se definía como el tipo en el que la víctima tiene contacto visual con el agresor pero éste, aprovechándose de la confianza que existe, actúa de manera sorpresiva y repentina. Parece evidente que las niñas no esperaran en ningún momento una agresión de esa magnitud por parte de su padre.

Para finalizar con la alevosía diremos que la concurrencia de la misma es manifiesta al darse el elemento objetivo ya que las acciones del acusado tenían el claro propósito de anular cualquier defensa por parte de las niñas, y el elemento subjetivo por la manera de actuar y las armas empleadas.

2. Precio, recompensa o promesa: esta figura penal la encontramos también en el artículo 22.3 del Código penal, pero en este caso no actúa como circunstancia agravante sino como elemento del tipo delictivo.

Esta circunstancia se aplica a los casos en los que existe un pacto de carácter económico entre dos o más personas que motive el matar a un tercero. Dice Gómez Rivero que para que se dé esta circunstancia es necesario que el pacto sea previo al asesinato, independientemente de que el pago se produzca con posterioridad al delito. No debemos incluir los casos en los que se realiza un pago al delincuente posterior al asesinato a modo de premio si no ha habido un acuerdo previo que lo motivara. (GÓMEZ RIVERO, 2015: 45).

El pago puede ser de muchos tipos, ya sea en dinero o en especie. La doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo entienden que el pago debe tener un valor económicamente calculable, sin embargo, hay corrientes que sostienen que hay que verlo con mayor amplitud y entender que es válida “cualquier retribución, remuneración o condición, económica o no.” (POLAINO-ORTS, 2010: 58). Esta corriente se ampara en que puede haber situaciones en las que se imponga un derecho propio al derecho a la vida de quien se mata por promesas de bodas

futuras de conveniencia o determinados favores sin valor estrictamente económico.

La diferencia entre precio, recompensa o promesa reside simplemente en el momento del pago. Con “precio” nos referimos a que el pago es anterior al asesinato, la “recompensa” supone pago posterior a la muerte y la “promesa” es a más largo plazo.

Veamos los requisitos que deben cumplirse para que concurra esta circunstancia:

- Aspecto temporal: el pacto o “contrato” debe ser siempre anterior a la comisión del asesinato. Si el asesino pide, una vez cometido el delito, un pago o recompensa no se incurrirá en esta circunstancia.
- Nexo causal: el precio, la recompensa o la promesa deben ser el móvil para que el delincuente asesine. Sin el pacto existente no tendría lugar el delito.
- Pluripersonal: deben existir al menos dos personas, una que realiza el pago, recompensa o promesa y otro que lo acepta y ejecuta el delito (el sicario). Ambas partes serán responsables del delito, pero será el sicario quien responda por el asesinato debido al carácter personal de las penas. (MUÑOZ CONDE, 2004: 56).

En el caso de estudio de este trabajo no se da esta circunstancia.

3. Ensañamiento: la redacción del artículo lo completa con “aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.” El primer comentario que debemos hacer es que para que concurra esta circunstancia el sujeto pasivo debe estar vivo para poder sufrir dicho dolor. Muñoz Conde considera que dicho dolor puede ser físico, pero también moral si se da una manifiesta humillación de la víctima. Además, da una definición de ensañamiento muy acertada: “el malvado propósito de hacer más vivo y sensible el sufrimiento de la víctima.”

El ensañamiento requiere:

- Elemento objetivo: el efectivo aumento del dolor por parte del sujeto activo. Los medios empleados para llegar a la muerte de la víctima son prescindibles y simplemente acrecientan la crueldad del acto.

- Elemento subjetivo: el sujeto activo busca el mayor sufrimiento de la víctima. Es muy importante la palabra “deliberadamente” de la redacción del artículo puesto que implica que es buscado el sufrimiento provocado. (SÁENZ DE PIPAÓN, 2014).

El ensañamiento es la circunstancia que más claramente distingue la personalidad de un asesino frente a la de un homicida. Los actos bárbaros que realiza el asesino requieren mucha frialdad y reflexión, no son fruto de un ataque repentino de cólera. Esto quiere decir que no es suficiente con el “animus necandi” o “intención de matar” sino que también se requiere una intención de hacer sufrir a la víctima. (FERNÁNDEZ ALBOR, 1964: 194).

En la exposición de los hechos se nos dice que David Oubel le produjo a sus hijas “varios cortes muy profundos con la sierra eléctrica amoladora en el cuello y con el arma blanca mono cortante (del tipo cuchillo de cocina), que ocasionaron el degüello y la muerte inmediata por hemorragia masiva y shock hemorrágico consiguiente.”

A simple vista de este fragmento y del caso en general, resulta bastante obvio pensar en el ensañamiento por la dureza de los acontecimientos pero el estudio debe ser exhaustivo para determinar la cierta concurrencia o no de la circunstancia. A pesar de emplear un arma “poco ortodoxa” para matar a las niñas vemos que las acometidas fueron a la altura del cuello, es decir, buscando una muerte rápida y sin sufrimiento por lo que faltaría el elemento subjetivo para poder considerar que existe ensañamiento. Además, el informe de los médicos forenses aclaró que la niña pequeña murió en el acto y la mayor prácticamente en el acto también. Esto significa que también falta el elemento objetivo. Por estas razones en el fallo no se recogió la concurrencia de ensañamiento.

4. “Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”: esta cuarta circunstancia típica del asesinato se ha introducido en la reciente reforma del Código penal de 2015. La explicación de su introducción en el artículo 139 CP la encontramos en el Derecho comparado puesto que muchos países cercanos geográfica y culturalmente a nosotros cuentan con ella. Destaca por ejemplo en el Derecho penal alemán (§ 211.II) y en el francés (art 221-2). (JAÉN VALLEJO y PERRINO PÉREZ, 2015: 86).

Del mismo modo que sucedía con el “precio, promesa o recompensa”, también se exige un cierto nexo causal entre el asesinato y el otro delito que se pretende cometer u ocultar. Lo que no se exige es que ese otro delito se llegue a cometer, con la intención sería suficiente para entender la concurrencia de esta circunstancia. La proximidad temporal sí que es totalmente necesaria, aunque no vengán recogidos unos límites claros en el Código penal.

La introducción de esta cuarta circunstancia ha suscitado mucha polémica entre la doctrina. Los problemas que se plantean son los mismos que en su día hicieron que el Consejo Fiscal descartara su introducción en el Código penal con la reforma de 1995 (L.O. 10/1995, de 24 de noviembre)

La duda más razonable es si se vulnera el principio de “non bis in ídem” o no. La jurisprudencia demuestra que en la mayoría de los casos en los que se mata a otra persona para facilitar otro delito o para evitar su descubrimiento se hace de manera alevosa, ya sea atacando por la espalda o atentando contra el acompañante de a quien se quiere secuestrar o robar. Antes de la reforma de 2015 estos actos quedarían recogidos como asesinato simple y debería añadirse la pena del otro delito por la vía de concurso real de delitos, sin embargo, ahora el asesinato sería agravado por concurrir dos de las cuatro circunstancias típicas. (SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2015: 478).

4. PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

4.1. INTRODUCCIÓN

El caso del “Parricida de Moraña” que estamos estudiando en este trabajo ha tenido muchísima repercusión mediática en gran parte por la pena impuesta al delincuente: prisión permanente revisable.

Con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (reforma de 2015) pasó a formar parte de nuestro Código penal esta pena. En la gran mayoría de países europeos existen figuras similares pero no con plazos fijos y de revisión tan duros como los que se han establecido en España, hecho notable teniendo en cuenta que los índices de delincuencia son menores en nuestro país que en el resto.

Uno de los grupos delictivos castigados con mayor intensidad con esta novedad son los de terrorismo debido a la gran alarma social producida por los atentados del Estado Islámico en toda Europa. Llama la atención que se haya introducido esta pena en este momento y no tiempo atrás cuando nuestro país sí que sufría la amenaza terrorista constante del grupo armado ETA. Muchas fuentes apuntan a que uno de los motivos por los que se ha introducido esta pena es por la derogación de la Doctrina Parot, que dejó en libertad a numerosos presos terroristas y otro tipo de delincuentes, provocando entre la mayoría de los ciudadanos sensación de inseguridad. Esto invita a pensar que ha sido una medida de política social atendiendo a la opinión pública.

A los asesinatos posteriores a un delito contra la libertad sexual también se le aplicará esta pena debido a que muchos delincuentes sexuales cumplían penas mucho menores a las establecidas en sus sentencias y quedaban en libertad condicional con demasiada brevedad. (ROIG TORRES, 2016: 144). Resulta conveniente comentar que este tipo de delincuentes suelen ser muy reincidentes y muy pocos se muestran plenamente reinsertados una vez han cumplido su pena. Este argumento viene reforzado por casos muy famosos en nuestro país como el de Pedro Luís Gallego (“el violador del ascensor”) o el de Juan Manuel Valentín, ambos puestos en libertad en 2013 por la derogación de la Doctrina Parot, y que han vuelto a ingresar en prisión por delitos del mismo tipo. (DIARIOS ABC y EL MUNDO.)

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) defiende que “*nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*” Para que

este tipo de penas no sean contrarias a este artículo y se garanticen los derechos del reo se deben cumplir unos requisitos comunes a todos los ordenamientos jurídicos europeos:

- El primer requisito es que la pena contemple una serie de medidas de revisión que permitan justificar el mantenimiento o no del delincuente en prisión. Permite que exista una expectativa de libertad para el reo.
- Un plazo concreto y conocido por el reo a partir del cual se revisará por primera vez la duración de la pena. Se deja libertad a cada estado para que establezca el plazo que considere siempre y cuando sea menor a 25 años. (ARROYO ZAPATERO, 2016: 24).

4.2. REGULACIÓN

De entre todas las críticas que ha suscitado la introducción de la prisión permanente revisable cabe destacar la referida a su dispersión dentro del Código penal y su falta de síntesis. No existe un artículo específico que recoja toda su regulación, hecho notable teniendo en cuenta que su presencia en el Código penal es bastante amplia.

En este apartado vamos a intentar plasmar sus elementos principales apoyándonos en los artículos del Código penal en los que se encuentran y hacer un estudio más profundo del artículo 140 CP, referido al asesinato agravado, presente en el caso.

Debemos distinguir dos conjuntos de artículos afectados por la pena de prisión permanente revisable: en primer lugar, los delitos que serán castigados con esta pena, y en segundo lugar, su propia regulación.

Es una pena prevista para unos delitos graves muy concretos (ROIG TORRES, 2016: 150-155):

- Asesinato agravado básico (140.1 CP).
- Asesinato de más de dos personas (140.2 CP). Este punto y el anterior serán desarrollados más adelante ya que son los que engloban los delitos del caso de estudio.
- Homicidio de “el Rey, la Reina, el Príncipe o la Princesa de Asturias” (485.1 CP). Gracias a la reforma de 2015, los términos anteriores sustituyen a las referencias

al “Rey” y al “Príncipe heredero a la Corona”. Cambios adecuados a la situación actual de la Monarquía en nuestro país y acordes a las normas de igualdad.

- Homicidio de una persona protegida por un Tratado o Jefe de un Estado extranjero que se encuentren en España (605.1 CP).
- Genocidio si se produce la muerte, se agrede sexualmente o se produce alguna de las lesiones del artículo 149 del Código penal (607.1.1º y 2º CP).
- De lesa humanidad si se produjera la muerte de alguna persona (607.2.1º bis CP).
- Terrorismo con resultado de muerte de alguna persona (573.1.1º bis CP).

Una vez vistos los casos de su aplicación, vamos a mostrar las líneas generales de su funcionamiento, teniendo en cuenta que es una pena que depende mucho del caso concreto y que su regulación puede variar por infinidad de circunstancias: número de delitos cometidos, concurrencia de circunstancias agravantes, pena correspondiente a los demás delitos, tipo delictivo, comportamiento del reo, etc...

1. Periodo mínimo: la pena contará con un periodo mínimo de estancia en prisión, antes del cual es imposible que el reo obtenga la libertad. Encontraremos estos periodos en el artículo 92.1 CP para supuestos generales, en el 92.2 CP para delitos de terrorismo y en el 78 bis CP para casos de concurso, es decir, cuando la condena sea por más de un delito siendo, al menos uno de ellos, castigado con pena de prisión permanente revisable. Estos artículos están delimitados por el artículo 70.4 CP, que determina que “la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años.”
2. Tercer grado y permisos de salida: esta pena puede suponer, en casos extremos, que el reo fallezca antes de obtener la libertad. Sin embargo, si el comportamiento del reo es el adecuado y demuestra que es apto para volver a vivir en sociedad, podrá acceder al tercer grado y a su posterior libertad. Este tercer grado ayuda a la reinserción del reo y está previsto en los siguientes artículos del Código penal: en el artículo 36.1 CP para los casos generales y el mismo 36.1 CP o el 78 bis CP cuando exista concurso de delitos. Se exigirán mínimo entre quince y veinte años de estancia en prisión para acceder a él. También encontramos en el artículo 36.1 CP la información relativa a los permisos de salida de prisión.

3. Libertad condicional y revisiones: la obtención de la libertad condicional por parte del reo se contempla en el artículo 92.3 CP. Los requisitos que debe cumplir el penado para que se dé dicha suspensión de pena son: en primer lugar debe haber cumplido, como mínimo, veinticinco años de prisión. En segundo lugar, debe encontrarse en el tercer grado (según lo establecido en el art 36.1 CP). La tercera exigencia es que el informe de los responsables de la prisión, así como el de los especialistas que estableciera el tribunal, sean favorables y puedan asegurar la reinserción del preso y su falta de peligrosidad. Este profundo análisis que se hace es muy específico de la persona y se tienen en cuenta infinidad de criterios, como por ejemplo el delito por el que se encuentra preso, su comportamiento durante el cumplimiento de la pena, los bienes jurídicos protegidos que se podrían ver vulnerados en caso de reiteración delictiva o su personalidad. El cuarto y último requisito afecta únicamente a los condenados por delitos de terrorismo y se les exige hayan abandonado de manera efectiva la organización terrorista a la que pertenecían, así como haber colaborado con las autoridades a la lucha activa contra dicha organización, ya sea evitando ataques o identificando a sospechosos. Una vez haya alcanzado el reo la libertad condicional, se realizarán revisiones de manera periódica cada dos años para asegurar que se cumplen los requisitos de la misma (art 92.4 CP). (SÁNCHEZ ROBERT, 2016: 14-33).

4.3 EN EL CASO

El doble asesinato cometido por David Oubel corresponde a uno de los tipos cualificados de asesinato que encontramos en el artículo 140 del Código penal. Está establecida la pena de prisión permanente revisable si concurre cualquiera de las tres circunstancias que quedan recogidas.

1. *“El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
 - 1.ª *Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.*
 - 2.ª *Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.*

- 3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.*
- 2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.”*

Como podemos ver, el artículo no deja mucho lugar a dudas. Se ha previsto para estos crímenes, que siempre han llevado un reproche social más alto de lo normal, un mayor reproche penal en forma de endurecimiento del sistema punitivo. Vamos a centrarnos en explicar el porqué del ingreso en prisión de David Oubel a tenor de este artículo. Lo acontecido en el caso concreto está recogido en la primera circunstancia: ninguna de sus dos hijas llegaba a los dieciséis años. Para el legislador, esta es la edad hasta la cual el Derecho penal debe dar una mayor protección.

Podríamos encontrarnos ante una vulneración del “non bis in ídem” ya que, como dijimos en apartados anteriores, matar a un niño siempre se considerará alevoso y por ello será calificado como asesinato. Por el hecho de atentar contra la vida de un menor de dieciséis años se incurriría en asesinato (139 CP) y en asesinato agravado (140.1.1º), y no parece adecuado teniendo en cuenta las garantías que brinda el Derecho penal al reo. Parte de la doctrina considera que para poder tener en cuenta la circunstancia de “víctima menor de dieciséis años”, previamente debe haberse calificado el asesinato por cualquier otra circunstancia que no fuera la alevosía de desvalimiento por ser un niño el sujeto pasivo. De esta manera tiene encaje penal la condena impuesta a David Oubel puesto que concurrieron más tipos de alevosía en su doble asesinato.

Algunos autores discuten si esta circunstancia podría tenerse en cuenta en caso de que el sujeto activo desconozca la edad de la víctima a la hora de cometer el crimen. No vamos a entrar a discutir dicho problema ya que las niñas eran lo suficientemente pequeñas como para que no se plantearan dudas sobre su minoría de edad, por no decir que su propio padre conocería perfectamente sus años. (MARTOS NÚÑEZ, 2017: 88).

5. FINES DE LA PENA: INOCUIZACIÓN VS RESOCIALIZACIÓN

La pena que estamos estudiando en este trabajo tiene fuertes críticas, pero también apoyos. En contra se encuentra gran parte de la doctrina, entre ellos el profesor Gimbernat, que considera que nuestro Derecho penal ya es demasiado duro como para endurecerlo aún más. “Siendo el país europeo con los niveles más bajos de criminalidad, ocupamos el primer puesto en personas privadas de libertad judicialmente por cada 100.000 habitantes” declaró el profesor para poner de manifiesto la severidad de nuestro sistema de penas. (GIMBERNAT ORDEIG, 2015).

Curiosamente encontramos a favor a una parte significativa de la población y a algunos juristas como D. Ramón Rodríguez Arribas (expresidente del Tribunal Constitucional) o D. Manuel Cobo del Rosal (DIARIO ABC), influenciados quizás por la cantidad de casos de asesinatos a menores que han ocurrido en los últimos años, así como las amenazas terroristas. Como ejemplo de lo anterior me gustaría citar una encuesta que presentó en 2010 el entonces diputado Federico Trillo-Figueroa en las Cortes en la que se decía que el 82% de los españoles estaban a favor de instaurar una pena de prisión permanente revisable en nuestro país (TRILLO-FIGUEROA, 2010). En aquella época, el Partido Popular intentó, sin éxito, introducir esta pena en nuestro Código penal. Otro dato llamativo son el 1.600.000 firmas que recogieron los padres de Marta del Castillo en 2010 y que trasladaron al Congreso para que introdujera esta pena en España. (CUERDA RIEZU, 2011: 30). Las asociaciones de víctimas del terrorismo también han tenido un papel determinante en la colocación de la pena en el foco de atención.

La opinión popular muestra el ansia de venganza contra el acusado, hecho que nos recuerda a tiempos pasados en los que primaba la Ley del Talión. Contrario a este razonamiento encontramos a Antonio Cuerda Riezu, que decía:

“Es como si solo hubiera que esperar a que, como una fruta, la opinión pública madurase y reforzara ese instinto vindicativo, para que, entonces, la cadena perpetua ya en su sazón cayera del árbol por obra de su propio peso.”
(CUERDA RIEZU, 2011: 26).

De esta manera, el autor deja claro que las opiniones en materia penal deben estar fundamentadas y considera muy básico un pensamiento como el del grueso de la

población en este sentido. Personalmente coincido con el autor ya que creo que el conocimiento de Derecho penal aporta una manera de ver los delitos y a los delincuentes mucho más garantista.

Más allá de temas éticos, la principal crítica que recibe la pena de prisión permanente revisable, es que es incompatible con el artículo 25.2 de la Constitución española, que dice:

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.” (ART. 25.2 CE).

Aparecen en este artículo dos de los conceptos más importantes en Derecho penal: la reinserción social y la reeducación del reo. Nos servirán para ver cómo han avanzado los fines de la pena a lo largo de la historia. En la actualidad se entienda que la pena debe servir para que el delincuente mejore su comportamiento en el futuro y no vuelva a delinquir. La prisión permanente revisable, entendida como una cadena perpetua, estaría vulnerando este principio ya que no se buscaría que el reo saliera de la cárcel, sino que pasara dentro de ella el resto de sus días. Sin embargo, parece que el término “revisable” hace posible la constitucionalidad de esta pena al dar posibilidades de alcanzar la libertad si se cumplen unos requisitos.

El Estado es el encargado del ejercicio del *ius puniendi*, mediante el cual tiene legitimidad para castigar a todo aquel que sea contrario a las leyes penales. Su papel principal ha sido siempre mantener la seguridad de los ciudadanos, pero para ello no siempre se ha apoyado en las mismas teorías respecto de las penas. Para comprenderlo debemos exponer, de manera muy esquemática, las diferentes teorías acerca de la prevención de la pena. (JAÉN VALLEJO y PERRINO PÉREZ, 2015: 27).

En primer lugar encontraremos una **prevención general**, dirigida al conjunto de la población, y con la intención de evitar la comisión de delitos. La prevención general es positiva y negativa, siendo como “dos caras de una misma moneda”. La positiva, nos mostraría un “estado deseable de las cosas”, en el que, la pena, sirve para reforzar la ley vulnerada por el delito y que la gente pueda confiar en ella. El jurista alemán Günter

Jakobs, principal defensor de esta teoría, lo expresa muy claramente con la siguiente cita, “si el delito es la negación del Derecho y la pena es la negación del delito, la pena resulta ser la afirmación del Derecho.” (JAKOBS, 1997: 79). La crítica que se hace a esta prevención es que el Estado no puede adoctrinar a los ciudadanos diciéndoles qué es bueno (los bienes jurídicos protegidos como la vida, la libertad...) y qué es malo (atentar contra ellos). En la prevención general negativa, las penas deben servir para asustar y contener de esa manera los impulsos a delinquir. Resulta imposible tratar esta teoría sin citar a Beccaria cuando, en su obra “*De los delitos y de las penas*”, a la pregunta “¿cuál es el fin político de las penas?” respondió: “el terror de los otros hombres.” (BECCARIA, 1764). La crítica que recibe es puramente práctica y muy fácil de entender: si las penas pretenden evitar la comisión de delitos a través del miedo, poco a poco irían aumentando las penas correspondientes a delitos muy comunes y no tan graves, como puede ser el hurto, hasta el punto de ser mayores que las penas previstas para delitos no tan comunes pero mucho más graves, como podría ser el genocidio.

En segundo lugar debemos hablar de la **prevención especial**, que, a diferencia de la general, no va dirigida al conjunto de individuos a los que afecta el ordenamiento jurídico sino que va dirigida al delincuente que ya ha cometido el delito, con la clara premisa de que no vuelva a delinquir. Esta teoría cobró fuerza después de la Segunda Guerra Mundial, a partir de la cual, se empezó a extender la función resocializadora de la pena. (DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1993: 11). El jurista austriaco Franz Von Liszt desarrolló esta idea, suponiendo esto una gran innovación, ya que, hasta entonces, el sistema de penas se entendía solo en abstracto y gracias a él adquirió concreción. Esta prevención especial pretende la vuelta a la sociedad del delincuente como un individuo no peligroso. Solamente en algunos casos muy concretos no se produce el efecto deseado; hablamos de criminales incorregibles, incapaces de ser puestos en libertad sin que esto suponga un peligro para el bienestar general, y de los delincuentes puramente ocasionales. Resulta curioso que en sean justo individuos tan opuestos en los que no tenga efecto esta prevención especial, hecho que no hace más que reforzar la idea de atender en cada caso a la persona concreta a la hora de establecer su pena correspondiente. (CUERDA RIEZU, 2011: 22) y (ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, 2017).

5.1 BREVES NOTAS SOBRE LA INOCUIZACIÓN

Como otros fines de las penas podemos encontrar la inocuización, la reinserción o incluso la retribución. Para conectar con el punto anterior, y en especial, con los delincuentes incorregibles, hablaremos de la inocuización, que toma forma a través de la cadena perpetua y la pena de muerte. Esta medida tan impopular parecía desechada en casi todos los ordenamientos jurídicos occidentales (con la excepción de algunos estados de Estados Unidos). Sin embargo, por una serie de motivos, vuelve a ser un tema de actualidad. Resulta necesario mencionar las leyes “three-strikes” aplicadas en EEUU, que toman su nombre del béisbol, y que dictan que una persona que haya sido condenada anteriormente a penas de prisión por delitos graves, a la tercera se le aplicará la cadena perpetua. Algo parecido sucede en nuestro país con el artículo 140.2 CP, solo que en este caso se exige que las tres sentencias sean por asesinato y además la pena será revisable. Precisamente es esta pena de prisión permanente revisable, presente en la mayoría de los países europeos, el otro motivo por el que la inocuización ha vuelto a ser objeto de debate. (SILVA SÁNCHEZ, 2001: 4).

Pese a que fue Von Liszt quien más claramente plasmó esta idea para casos muy concretos, no debemos olvidar la obra “Derecho penal del enemigo” del antes mencionado Jakobs. Su contenido es políticamente incorrecto, aunque sus ideas parecen bastante lógicas y fáciles de entender. No debemos olvidar que Jakobs es el máximo exponente de la prevención general positiva, es decir, aunque vea adecuado aplicar en determinadas situaciones unas medidas, a priori, poco garantistas, es un firme defensor del papel ideal del Derecho penal como guía de conducta para evitar los delitos.

Jakobs distinguía entre las personas y las no-personas (o enemigos).

Las personas serían prácticamente la totalidad de la población, caracterizadas por el respeto a la legalidad y por un comportamiento lógico. No se debe pensar que las “personas” nunca delinquen, todo lo contrario, son las autoras de la mayoría de los delitos, pero estos son circunstanciales y se les hace frente con el Derecho penal de los ciudadanos, que impone penas y define las actividades delictivas. Este Derecho penal del ciudadano, caracterizado por el diálogo y las garantías, lo podríamos equiparar al nuestro de hoy en día.

La excepción son las “no-personas” o enemigos. Jakobs los define como “individuos que han abandonado el derecho por tiempo indefinido”, y por tanto, no se les debe tratar como personas. Estos individuos que tienen una predisposición a abandonar la legalidad se

convierten en enemigos del Estado y deben ser tratados como ello. Podríamos decir que igual que las no-personas no respetan el Derecho, el Derecho no las respeta a ellas y no les otorga los derechos y libertades de los que disfrutan el resto de individuos. Para combatirlos surge el Derecho penal del enemigo, que tendrá la misión de evitar la comisión de delitos futuros por parte de las no-personas frente al Derecho penal de los ciudadanos que castiga delitos ya cometidos. Realmente está defendiendo la legitimidad de la inoquización en casos muy concretos, como sucede en nuestro caso. (CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, 2008: 23-60).

6. CONCLUSIONES

“Nuestro delito contra los delincuentes es tratarlos como canallas.”

Nietzsche

1.- A la vista del caso, he decidido hacer un análisis profundo de las figuras presentes en el mismo. Al estudiar los hechos me he dado cuenta de la grandísima importancia que tiene la jurisprudencia en el Derecho penal, pese a no ser una de sus fuentes. Es esta jurisprudencia la que permite dar forma y establecer un criterio fijo a la hora de regular gran parte de los puntos estudiados en el apartado 3 de este trabajo, como son la alevosía (haciendo especial hincapié en los casos de víctimas de corta edad), la circunstancia mixta de parentesco y el asesinato, teniendo en cuenta su nueva regulación tras la reforma de 2015. Este trabajo lo he entendido como un camino, en el que cada punto completa al anterior y sirve de introducción para el posterior; para, de esta manera, alcanzar la meta clara de estudiar, comprender y poder tener una opinión formada sobre los fines de la pena y la prisión permanente revisable.

2.- Me gustaría plasmar la “maduración de pensamiento” que sufre todo estudiante de Derecho cuando llega a la asignatura de Derecho penal. Este estudiante recién llegado, contempla al principio, atónito, cómo en clase se dice que el Derecho penal es la *última ratio* del Ordenamiento jurídico y cómo todos los principios que inspiran el Derecho penal favorecen al reo. Después ese asombro desaparece, y esos principios, al ser comprendidos, son asimilados, y forman parte ya de la manera de pensar del estudiante. Resulta impresionante cómo, en unas pocas semanas, la misma persona ha pasado de exigir penas y castigos desmedidos para los delincuentes a comprender todas las garantías que deben cumplirse para respetar la libertad del acusado, por muy reprochables y rechazables que hayan sido sus actos. Con esto quiero decir que la opinión vertida en este TFG no procede de la ignorancia y afán punitivo del recién llegado, sino del que, tras haber hecho suyos esos principios que vertebran el *ius puniendi* y conociendo ambas partes, se replantea todo nuevamente.

3.- Basándome en las conversaciones que he tenido durante estos meses de trabajo con las personas de mi entorno, observo que la gente tiende a pensar que un sistema de penas

privativas de libertad altas es sinónimo de mayor seguridad ciudadana. No comparto dicha opinión ya que, además de ser una teoría difícilmente demostrable, pienso que el Derecho penal no debe ser un arma que se emplee contra quien comete un delito, sino que debe ser un instrumento que ayude a reforzar el papel de la ley y la confianza mutua. Esta idea se relaciona con el papel resocializador de la pena, por lo que aprovecho para decir que la labor de vuelta a la sociedad de quien ha cumplido la pena no le corresponde solamente a él. Por supuesto que debe darse un cambio a mejor del delincuente, pero la sociedad también debe concienciarse y dejar de “estigmatizar” a todo aquel que ha pasado por prisión. Es importante fiarse del efecto que tienen las penas ya que, en ocasiones, es el total rechazo sufrido por quien ha salido de prisión lo que le hace volver a delinquir al no encontrarse integrado.

4.- Estudiando la pena de prisión permanente revisable, he encontrado complicado tener una opinión clara al respecto. Pienso que si la revisión (elemento que otorga constitucionalidad a la pena) cumpliera su finalidad de manera correcta, sí que podría llegar a estar a favor, pero nunca para todos los casos recogidos en el Código penal. El análisis de las teorías expuestas por Jakobs en su obra *“Derecho penal del enemigo”* así como las de Von Liszt, me han hecho pensar lo que debemos tener en cuenta es la peligrosidad del delincuente si fuera puesto en libertad y no el acto que le hizo entrar en prisión. Para los casos más extremos, como son los de terrorismo o crímenes de lesa humanidad, sí que considero adecuada una inocuización del delincuente (atendiendo siempre al caso concreto) ya que, como decía Von Litz, son delincuentes incorregibles a los que la amenaza de una pena futura no les supone un obstáculo para delinquir de nuevo.

5.- Debemos atender a la peligrosidad real de quien se estudia mantener de por vida en prisión. Para el caso concreto de este trabajo deberíamos ver si David Oubel supondría una amenaza para la sociedad. Muchos estudios criminológicos han demostrado que la mayoría de los filicidios como los de este caso, se producen como venganza o intento de arrebatarse a la expareja lo que más quiere. Una vez cometido el crimen, no suelen existir más impulsos similares en el asesino. Por ello creo que una pena privativa de libertad alta sería suficiente para estos casos; aún está por ver que la prisión permanente revisable permita que se quede solo en eso o, como algunos juristas indican, es una cadena perpetua “camuflada”. El tiempo dirá quién tiene razón (si no se suprime antes, como parece que

puede suceder a tenor de la propuesta del PNV en el Congreso, que cuenta con el apoyo del PSOE, Podemos, Compromís, ERC y Bildu).

6.- Resultan lógicas y respetables todas las opiniones que existen al respecto, sin embargo, sí que existe un hecho que nos debe hacer reflexionar y es que, como dice Gimbernat, tenemos el Sistema penal más duro de Europa siendo uno de los países con menor índice de criminalidad. Esta severidad la he podido observar a lo largo del trabajo, tanto en el estudio de la reforma de 2015 como en los aspectos del asesinato tratados. En la línea crítica con la dureza de nuestro sistema, muchas de las voces que se alzan en contra de esta pena se escudan en los pronósticos de peligrosidad para criticar el procedimiento de las revisiones. Una peligrosidad que recuerda quizá a otros tiempos oscuros de nuestra historia reciente. Sin embargo, no podemos perder de vista que estos pronósticos son muy comunes en otros ámbitos de nuestro Derecho penal que no son objeto de crítica. Baste recordar que esos diagnósticos acerca de la probabilidad de que un sujeto delinca en un futuro se realizan en la práctica judicial diaria en cuestiones tan comunes como lo son la suspensión de las penas o la imposición de medidas de seguridad.

“Lo hice bien porque no sabía hacerlo y estaba lleno de asombro y dudas.”

Eduardo Chillida

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- ARROYO ZAPATERO, L; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A y PÉREZ MANZANO, M. Dir: RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2016) *Contra la cadena perpetua*. Cuenca: Ediciones Castilla la Mancha.
- BECCARIA, C. (1764) *De los delitos y las penas*. Madrid: Alianza Editorial.
- BIELSA CORELLA, M^a. C. (2004) *La circunstancia mixta de parentesco en el Código penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BORJA JIMÉNEZ, E. (2001) *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CANCIO MELIÁ, M y FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2008) *Teoría funcional de la pena y la culpabilidad. Seminario con Günter Jakobs en la UAM*. Navarra: Aranzadi.
- CUELLO CALÓN, E. Revisado por CAMARGO HERNÁNDEZ, C. (1975). *Derecho penal. Tomo II (Parte Especial)*. Barcelona: Bosch.
- CUELLO CALÓN, E. (1971). *Derecho penal. Tomo I (Parte General)*. Barcelona: Bosch.
- CUERDA RIEZU, A. (2011) *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Barcelona: Atelier.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (1993) La Resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria. *Papers D'Estudis y Formació*, núm 12.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L y GARCÍA MARTÍN, L. (1993) *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A. (1964) *Homicidio y asesinato*. Madrid: Montecorvo.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2003) *Código penal con concordancias y jurisprudencia*. Madrid: Tecnos.
- GÓMEZ RIVERO, M^a. C. (2015) *Nociones fundamentales de Derecho penal. Volumen I*. Madrid: Tecnos.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2015) *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HOBBS, T. (1651) *Leviatán. Edición Kindle*.

- JAÉN VALLEJO, M y PERRINO PÉREZ, A.L. (2015) *La reforma penal de 2015*. Madrid: Dykinson.

- JAKOBS, G y CANCIO MELIÁ, M. (2006) *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Aranzadi.

- MARTOS NÚÑEZ, J.A. (2017) *El delito de asesinato*. Barcelona: Bosch.

- MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. (2004) *Derecho penal. Parte General*. Valenica: Tirant lo Blanch.

- POLAINO-ORTS, M. (2010) *Lecciones de Derecho penal. Parte especial. Tomo I*. Madrid: Tecnos.

- PRATS CANUT, J.M. Dir: QUINTERO OLIVARES, G. (2001) *Comentarios al nuevo Código penal*. Navarra: Aranzadi.

- QUINTANO RIPOLLÉS, A. Puesto al día por GIMBERNAT ORDEIG, E. (1966) *Comentarios al Código penal*. Madrid: Derecho Privado.

- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1985) *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*. Madrid: Trivium.

- ROIG TORRES, M. (2016) *La cadena perpetua en el derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable*. Madrid: Iustel.

- SERRANO GÓMEZ, A; SERRANO MAÍLLO, A; SERRANO TÁRRAGA, M^a. D; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2016) *Derecho penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson.

LEGISLACIÓN:

- España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015.

- España. Ley 12/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 2005.

- España. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, 12 de diciembre de 1995.

- España. Constitución española. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.

- Naciones Unidas. España. Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales número 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Boletín Oficial del Estado, 10 de octubre de 1969.

- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889.

- Alemania. Código penal alemán.

- Francia. Código penal francés.

JURISPRUDENCIA:

- España. Audiencia Provincial de Pontevedra. Sentencia nº 1325/2017, de 14 de julio.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia nº 49/2014, de 22 de enero.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia nº 689/2001, de 27 de abril.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia nº 115/2000, de 10 de agosto.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia nº 1475/1997, de 2 de diciembre.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia nº 9644/1991, de 27 de diciembre.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia nº 193/1985, de 25 de abril.

OTROS:

- ABC. http://www.abc.es/espana/madrid/abci-pedro-luis-gallego-violador-ascensor-22-anos-prision-tras-condenado-273-201706151129_noticia.html (Consulta: 12/11/2017).

- Agencia EFE. <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/el-parricida-de-morana-acepta-la-prision-permanente-revisable-tras-confesar/10004-3316935> (Consulta: 24/09/2017).

- El Mundo. <http://www.elmundo.es/espana/2017/11/10/5a0605d1e2704ec74f8b462b.html> (Consulta: 12/11/2017). <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/10/10/59dd22c8268e3e7f048b45b1.html> (Consulta: 11/10/2017).

- El País. https://politica.elpais.com/politica/2015/08/08/actualidad/1439059558_579957.html (Consulta: 25/09/2017).

- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B. Apuntes tomados por DE PAZ, J.E. (2017) *Apuntes de Trabajo de Fin de Grado de Derecho*. Documento inédito. Madrid: CUNEF.

- Faro de Vigo. <http://www.farodevigo.es/portada-pontevedra/2017/07/04/parricida-morana-bromas-horas-despues/1710707.html> (Consulta: 24/09/2017).

- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2015) La reforma del Código penal. *Diario El Mundo* (24/4/2015). Disponible en: <http://www.elmundo.es/opinion/2015/04/23/5539383be2704ed1158b4582.html> (Consulta: 30/10/2017).

- Gobierno de San Diego. http://www.sandiegocounty.gov/content/sdc/public_defender/tresFAQ.html

- La Vanguardia. <http://www.lavanguardia.com/sucesos/20170704/423895803890/parricida-morana-reconoce-mato-hijas.html> (Consulta: 27/09/2017).

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989) *Derecho de Familia*. Madrid: Complutense. Disponible en: <http://ow.ly/JXej30gCJjr> (Consulta: 28/10/2017).

- RUBIALES BÉJAR, E. Tesis dirigida por MORILLAS CUEVA, L. (2004) *La circunstancia mixta de parentesco en el Código penal español*. Granada: Universidad de Granada.

- SÁENZ DE PIPAÓN, L. Apuntes tomados por DE PAZ, J.E. (2014) *Apuntes de Derecho penal II*. Documento inédito. Madrid: CUNEF.

- SÁNCHEZ ROBERT, M^a. J. (2016) *La prisión permanente revisable en las legislaciones española y alemana. Análisis comparativo*. Murcia: Universidad de Murcia.

- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2001) *El retorno de la inocuización*. Barcelona: Pompeu Fabra. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/15el-retorno-de-la-inocuizacion.pdf> (Consulta: 13/11/2017).

- TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, F. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, n° 146*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, el jueves 11 de marzo de 2010.