

Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa «subsiguiente» agravada

Sumario

-

En el CP español, la muerte dolosa por el hecho de perpetrarse subsiguientemente a un delito contra la libertad sexual, determina una extraordinaria agravación, que en el asesinato lleva a la prisión permanente revisable. Tan notable es esta agravación, que ha de cuestionarse en profundidad su fundamentación, sin perder de vista la agravación de la muerte para ocultar otro delito (que convierte el homicidio en asesinato), en cierta medida coincidente con aquella. Realizado el intento de hallarla, ante la ausencia de una fundamentación convincente que permita comprender por qué ha de agravarse la muerte subsiguiente por razones distintas al mero propósito de eludir la responsabilidad penal por el delito sexual previo, se opta por la aplicación subsidiaria de la agravante específica, solo en defecto de la aplicación de la de autoencubrimiento. Ello en sentido divergente con la jurisprudencia que va abriéndose camino. Por otra parte, se trata de fundamentar por qué de los delitos sexuales previos deben quedar excluidos los delitos que atentan contra la indemnidad sexual, así como poner de manifiesto varias presuposiciones en que acríticamente incurre la jurisprudencia.

Abstract

-

In the Spanish Penal Code, the intentional death due to the fact of being perpetrated subsequent to a crime against sexual freedom, determines an extraordinary aggravation, which in the case of murder leads to reviewable life imprisonment. This aggravation is so remarkable that it requires an in-depth consideration of its justification, without losing sight of the aggravation of death to hide another crime (which turns homicide into murder), to a certain extent coinciding with that one. Once the attempt has been made to find it, in the absence of a convincing justification that enables us to understand why the subsequent death should be aggravated for reasons other than the mere purpose of avoiding criminal responsibility for the previous sexual crime, it is chosen the principle of subsidiary application of the specific aggravating factor only in the absence of the application of the self-concealment. This in a divergent sense with the jurisprudence that is being established. On the other hand, I try to substantiate why crimes against sexual indemnity should be excluded from previous sexual crimes, as well as to highlight several presuppositions that jurisprudence uncritically incurs.

Zusammenfassung

-

In dem spanischen StGB stellt die vorsätzliche Tötung aufgrund der Tatsache, dass sie im Anschluss an ein Verbrechen gegen die sexuelle Freiheit begangen wird, eine außergewöhnliche Erschwerung dar, die im Falle eines Mordes zu einer überprüfbaren lebenslangen Freiheitsstrafe führt. Diese Verschärfung ist so bemerkenswert, dass sie einer eingehenden Betrachtung ihrer Rechtfertigung bedarf, ohne die Verschärfung des Todes aus den Augen zu verlieren, um ein anderes Verbrechen (das Tötung in Mord verwandelt), gewissermaßen damit zusammenfallend. Sobald der Versuch unternommen wurde, es zu finden, mangels einer überzeugenden Begründung, die es uns ermöglicht zu verstehen, warum die Strafe für die spätere Tötung aus anderen Gründen als dem bloßen Zweck, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die vorangegangene sexuelle Straftat zu vermeiden, verschärft werden sollte, wird die subsidiäre Anwendung des spezifischen Erschwerungsgrundes nur bei fehlender Anwendung der

Selbstverschleierung gewählt. Dies in einem abweichenden Sinne mit der sich durchsetzenden Rechtsprechung. Andererseits geht es darum zu begründen, warum Straftaten, die gegen die sexuelle Indemnität verstoßen, von den früheren Sexualdelikten ausgeschlossen werden sollten, sowie um das Aufzeigen verschiedener Vorannahmen, von denen die Rechtsprechung unkritisch ausgeht.

Title: *Crimes against sexual freedom and aggravated "subsequent" intentional deaths*

Titel: *Verbrechen gegen die sexuelle Freiheit und erschwerte "nachfolgende" vorsätzliche Tötung*

-

Palabras clave: Muerte dolosa, prisión permanente, libertad sexual, indemnidad sexual, violación, detención ilegal, autoencubrimiento, concurso aparente

Keywords: *Intentional death, permanent imprisonment, sexual liberty, sexual indemnity, rape, illegal detention, self-concealment, apparent concurrence of offenses*

Stichworten: *Vorsätzliche Tötung, lebenslange Freiheitsstrafe, sexuelle Freiheit, sexuelle Indemnität, Vergewaltigung, Freiheitsberaubung, Selbstverschleierung, Gesetzeskonkurrenz*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i4.02

-

4.2022

Recepción

30/03/2022

-

Aceptación

12/06/2022

-

Índice

-

- 1. El efecto agravante de la contigüidad con delito de naturaleza sexual**
- 2. El «hecho» subsiguiente a delito contra la libertad sexual de los arts. 140.1.2.^a y 138.2.a CP. Fundamento de la agravación**
- 3. Ámbito de aplicación**
- 4. La relación entre los ámbitos de aplicación de los arts. 139.1.4.^a y 140.1.2.^a CP**
- 5. Delimitación con la muerte de un menor de 16 años**
- 6. Relaciones concursales, especialmente entre la muerte dolosa y el delito contra la libertad sexual**
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. El efecto agravante de la contigüidad con delito de naturaleza sexual*

La reforma del Código penal de 2015 introdujo como uno de los nuevos criterios de agravación, en crímenes contra la vida, así como contra la libertad ambulatoria, el hecho de que estos se encuentren de algún modo conectados con delitos sexuales¹, pero sin que la agravación consuma a estos. Se introduce así un factor de distorsión en una cuestión concursal antes resuelta satisfactoriamente. En particular, de entre todas las posibilidades de relación entre muerte o detención ilegal con otros delitos, parece arbitrario que las agravaciones se circunscriban a los delitos «sexuales» conexos, cuando las muertes pueden estar conectadas con delitos al menos tan graves como éstos, tales como robo, tortura, extorsión o secuestro²; y en la desaparición forzada igualmente el propósito de la detención inicial puede estar orientado, en lugar de a atentar contra la libertad sexual, p. ej. al asesinato, la tortura, la extorsión o el robo. ¿Es posible hallar alguna idea básica que ayude a entender semejante fijación con los delitos sexuales conexos?³.

No es la primera vez que cuestiono esa idea básica en la agravante consistente en que la muerte, ya sea homicidio doloso o asesinato, se perpetre tras un delito contra la libertad sexual⁴, idea que podría arrojar alguna luz sobre los problemas interpretativos generados. Pero en este ámbito, como Morales Prats predijo de la nueva regulación de los delitos contra la vida, fruto de la reforma de 2015⁵, era de prever «un horizonte de interpretaciones confusas y conflictivas, que darán lugar a soluciones fluctuantes»⁶. Lamentablemente, tal pronóstico ha resultado certero: han recaído sentencias confusas y contradictorias, con soluciones fluctuantes. Aunque también permiten apreciar problemas adicionales. Este nuevo contexto aconseja volver a analizar las principales cuestiones dogmáticas que tal excepción al concurso real de delitos planteaba, así como de su relación con otras agravantes del complejo sistema introducido, en particular con la de (auto)encubrimiento. Es ahora ocasión, además, de formular algunas precisiones sobre las líneas de interpretación que en un principio me parecieron más racionales, y de desarrollarlas con mayor amplitud. Pero previamente, conviene exponer de modo sintético los problemas planteados.

Intentar hallar alguna dosis de coherencia en un conjunto de normas probablemente asistemáticas, conduce a aceptar que, si bien es posible aportar un poco de coherencia para su

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura (Cáceres).

¹ De «conexidad sexual» habla QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

² Como era de esperar, en la siguiente ola de endurecimiento de la pena para «delitos extremadamente graves», abyectos, etc., de principios de 2018, no tardó en plantearse la pena de prisión permanente para las muertes dolosas subsiguientes a secuestros, o consecuencia de delitos de peligro común, como liberación de energía nuclear, estragos o incendios (enmiendas del GP Popular, con fecha 27 de febrero de 2018, a la Proposición de Ley Orgánica del PNV de supresión de la pena de prisión permanente revisable).

³ En la misma dirección, en las enmiendas del GP Popular (como en nota 3) se propugna castigar con prisión permanente la violación en serie, es decir, con al menos dos condenas previas por violación, y la «agresión sexual a menores de dieciséis años que el autor mantiene en situación prolongada de [privación de] libertad o con producción reiterada de graves sufrimientos físicos o ataques a su integridad moral».

⁴ Remito al amable lector a mi artículo «Los nuevos delitos de muerte dolosa agravada por ser subsiguiente a delitos contra la libertad sexual», en CANCIO MELIÁ *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019, pp. 1241 ss.

⁵ Reforma que en su afán punitivo se empecina en regular en los tipos penales, con una frondosa previsión de tipos agravados, cuestiones propias de la Parte General, como las reglas concursales o las agravantes genéricas.

⁶ Cfr. MORALES PRATS, «Del homicidio y sus formas», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coords.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, pp. 35 ss.

aplicación práctica, sin embargo no lo es encontrar un auténtico sistema subyacente. Un fenómeno de este tipo se genera sobre todo cuando a un texto legal consolidado, con una larga tradición, se incorporan como nuevos elementos auténticos cuerpos extraños. Es lo que ocurre, desde luego, con la nueva regulación de los delitos contra la vida, uno de los principales objetivos del proceso de reforma que culminó en 2015, donde para el asesinato se perseguía prever una serie de circunstancias de agravación que justificaran la nueva pena de prisión permanente.⁷ Ante su heterogeneidad, y la imposibilidad de encontrar una idea informadora unitaria, cabe concluir que la elección de las circunstancias estuvo en realidad subordinada al objetivo principal de introducir la prisión permanente revisable; como lapidariamente expresara Peñaranda Ramos, la decisión de introducir esta nueva pena es anterior a la de a qué delitos aplicarla⁸. Así, en la plasmación del propósito legislativo de castigar con la máxima pena los crímenes particularmente odiosos, se siguen planteamientos populistas que conducen a consagrar legalmente instintos emotivos de venganza⁹ por esos crímenes reveladores de especial perversidad; y posteriormente, por lo que respecta al delito de asesinato, en buena parte dependiendo de casos que habían conmovido a la opinión pública, se han seleccionado determinados supuestos estimados merecedores de tan descomunal agravación, como el que nos ocupa.

Ya en el curso del proceso legislativo, ante la crítica contenida en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2013 de reforma del CP, se estimó lógico extender al «homicidio» esas agravantes que en la proyectada regulación del «asesinato» determinaban la aplicación de la prisión permanente revisable; razonando que carecía de sentido que determinadas circunstancias sólo pudieran agravar el hecho de matar si además concurrían las notas caracterizadoras del asesinato, y no en su ausencia, ya que al fin y al cabo en ambos casos se trata de muerte dolosa. Con todo, la traslación al homicidio sólo se produjo parcialmente, puesto que de las cuatro circunstancias agravatorias previstas en uno y otro delito, sólo coinciden tres de ellas.

La circunstancia de que la muerte dolosa sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual se encuentra entre las que asesinato y homicidio comparten, y por tanto las consecuencias de su concurrencia serán distintas dependiendo de que se sumen o no las circunstancias caracterizadoras del asesinato. De todos modos, en ambos casos se establece una solución distinta a la del mero concurso de delitos, que supone una agravación del segundo de los delitos, el atentatorio contra la vida, añadiéndose al concurso de delitos. Y ello sin que quepa encontrar una explicación a que el todo supere a la suma de las partes, solución punitiva inédita en nuestro Código penal.

Si bien es verdad que debería abordarse el estudio conjunto de las tres figuras agravadas por su relación con un delito o propósito de delito sexual¹⁰, homicidio, asesinato y detención ilegal, la

⁷ Al respecto ampliamente, ARROYO ZAPATERO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/PÉREZ MANZANO (eds.), *Contra la cadena perpetua*, 2016, accesible en la URL: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/9671>

⁸ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código penal», en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 1258 ss.

⁹ Cfr. MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, p. 62.

¹⁰ Cfr. Acerca de los supuestos agravados por la motivación sexual en la desaparición forzada de personas, *cfr.* asimismo SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La desaparición forzada de personas agravada por el móvil delictivo sexual», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, vol. II, 2018, pp. 623 ss.

abundante problemática suscitada en los delitos contra la vida justifica su estudio separado, que indague su posible fundamento, acote su ámbito de aplicación y aborde los nuevos problemas concursales que se plantean, ofreciendo posibilidades interpretativas que al menos atenúen la arbitrariedad de estas decisiones legislativas.

2. El «hecho» subsiguiente a delito contra la libertad sexual de los arts. 140.1.2.^a y 138.2.a. Fundamento de la agravación

En los supuestos en que ahora se agrava la muerte dolosa sucesiva a delito sexual, ¿quedaba algún aspecto por desvalorar que no estuviera suficientemente abarcado por la relación de concurso real entre ambos delitos, que ya da cuenta del delito sexual? Porque de no encontrarle un fundamento racional, resultará difícil considerar justificada la agravación prevista para esta sucesión de delitos, como también decidir sobre su posible compatibilidad con otras perspectivas de agravación.

Cabría establecer algún parecido remoto entre esta cualificación por la simple secuencia de delitos y la de reincidencia, aunque con elementos divergentes: falta la homogeneidad delictiva requerida por la reincidencia, y se exige la relación de inmediatez entre los delitos que vienen en consideración. Creo, sin embargo, que esta afinidad superficial nada aporta para indagar sobre el fundamento de la agravación que nos ocupa. Si el fundamento residiera en la reiteración de delitos, la agravación no se circunscribiría a la muerte precedida de delito contra la libertad sexual, dejando al margen otros delitos como mínimo de igual gravedad, como p. ej. la tortura o el secuestro. Más se asemeja a la reincidencia la agravación prevista para el asesinato «en serie» del n° 2 del mismo art. 140, que, así y todo, para los casos de asesinatos previos, delitos de mucha mayor gravedad aún, no se conforma con un solo delito anterior, sino que requiere haber «sido condenado por la muerte de más de dos personas»¹¹.

Prácticamente nada ayuda a encontrar el fundamento buscado la Exposición de Motivos de la reforma de 2015, que con respecto a las nuevas agravantes específicas únicamente contiene la vacua referencia a que la ley penal, para reforzar la confianza en la Administración de Justicia, ha de posibilitar decisiones judiciales que «sean percibidas en la sociedad como justas», dejándose traslucir la referencia a la demanda ciudadana de penas en proporción a determinados hechos de «extrema gravedad». Pero al no explicitarse la razón de que se seleccionen determinados supuestos, y no otros, suscita la sospecha de arbitrariedad.

Cabría pensar, como fundamento, en el superior peligro de muerte dolosa, en el sentido de mayor probabilidad o frecuencia, que surge una vez que se ha perpetrado un delito sexual. Sin embargo, basta comparar la estadística de estos con la de muertes subsiguientes para descartar este candidato a fundamento: no existe una proliferación insoportable de hechos subsiguientes a delito sexual, ni clamor social al respecto¹². Desde luego, no se había apreciado tal necesidad de agravación doctrinalmente, ni la regulación de este título se había modificado, en las decenas de reformas posteriores a la entrada en vigor del CP en 1995, lo que ha permitido afirmar que el giro

¹¹ Bien es verdad que también la consecuencia jurídica es más grave. Cfr., sobre todo con respecto al número de «muertes» previas, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable», *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 205 ss., 207 ss.

¹² Faltan, por tanto, razones de prevención general. Al respecto, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., 2015, pp. 468 ss.

dado en 2015 constituye una «enigmática innovación» al margen de las reglas concursales generales, en absoluto justificada y que remite a un Derecho penal de autor¹³; explicable en parte por el prurito de complacer a «ciertos sectores sociales» y a familiares de las víctimas¹⁴.

Por cierto, tampoco se entiende que si la explicación de estas figuras agravadas puede ser el eco encontrado en los medios de comunicación y en el debate político por algunos espeluznantes casos de menores objeto de delitos sexuales y posteriormente asesinados¹⁵, técnicamente se haya realizado la reforma con tan poco rigor que su tenor literal limita el alcance de la agravación a casos de delitos previos contra la libertad sexual, pero no contra la indemnidad sexual (salvo en el caso de la desaparición forzada de personas)¹⁶. Pero no solo este interrogante, sino que la opción legislativa suscita multitud de otros, como el —ya señalado— de por qué solo agravar cuando la muerte es subsiguiente a un delito contra libertad sexual y no en general cuando es posterior a otros delitos contra bienes personalísimos, como libertad o integridad moral; por qué solo cuando se trata de la muerte de la víctima del delito sexual, y no p. ej. de cualquier testigo¹⁷; o por qué sólo la muerte subsiguiente, y no la simultánea¹⁸. Incluso se ha afirmado que podría tener justificación con respecto al asesinato, pero no con respecto al homicidio¹⁹.

Tampoco se halla conectada la circunstancia al mayor desvalor de la conducta ni del resultado de matar, y ni siquiera denota mayor culpabilidad, de manera que su explicación difícilmente puede ser racional, sino que obedecería a la lógica del Derecho penal simbólico, a la creencia «atávica» de la mayor «temibilidad» o peligrosidad del homicida que acaba de cometer un delito sexual sobre la víctima, a su carácter abominable²⁰ o malvado, para hacer frente al cual no basta con la solución punitiva del concurso real de delitos. Pero la plausibilidad de esta idea tropieza con la arbitrariedad en la limitación a los delitos sexuales previos, ya que también la comisión de otros delitos precedentes permitiría afirmar esa mayor temibilidad o peligrosidad: secuestros, delitos contra la integridad moral, etc. Y si se pretende agravar por el tipo criminológico de autor «peligroso», carece de sentido que se incluyan también los delitos sexuales no violentos²¹. Difícilmente el autor de acoso sexual, p. ej., responde a esta tipología. De hecho, en la praxis judicial solo han aparecido supuestos de agresión sexual.

Como posible antecedente se trae a colación la figura afín del Código penal alemán. Sin embargo, en éste el delito de asesinato para satisfacer el instinto sexual (*Lustmord*, literalmente asesinato por lascivia) se articula en torno a la «motivación» de la muerte, no a la circunstancia «objetiva» de que la muerte siga a un delito sexual. La modalidad de asesinato en el StGB sí se basa en suponer una mayor culpabilidad, vinculada a un motivo especialmente censurable, entre otros móviles fútiles o abyectos. A título ilustrativo, repárese en que la jurisprudencia germana viene

¹³ Cfr. MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, p. 42.

¹⁴ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, pp. 323 ss.

¹⁵ Lo destaca GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo a la 21ª edición del Código penal*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 22.

¹⁶ Al respecto, cfr. *infra* 5.

¹⁷ Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, pp. 473, 471.

¹⁸ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *LH-Miguel Bajo*, 2016, p. 1279.

¹⁹ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2016*, 2016, p. 747.

²⁰ Cfr. MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, pp. 32 ss., 42.

²¹ Así, CUENCA GARCÍA, «Problemas interpretativos y de non bis in idem suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato», *Cuadernos de Política Criminal* (118), 2016, p. 146.

incluyendo casos como los de matar para buscar la satisfacción sexual con la propia muerte, o para realizar prácticas sexuales con el cadáver, o de regodearse contemplando una grabación de la muerte, o cuando esta es una consecuencia de la violencia empleada para posibilitar la violación²². En todo caso, con relación de medio a fin.

En cambio, en el sistema español se trata sobre todo de dar cuenta de que se mata dolosamente con posterioridad al delito sexual cometido y con inmediatez temporal; no se requiere expresamente matar con un móvil sexual reprobable, sino que primero se ha de haber cometido el delito sexual y luego la muerte (en el caso del art. 140.1.2.^a, acompañada de alguna circunstancia caracterizadora del asesinato), sin exigencia siquiera de propósito inicial de matar.

Descartadas las opciones mencionadas, puede concluirse que una agravación de estas características es posible explicarla y entenderla, mas no justificarla. La ley parece empatizar con la víctima y tener en cuenta la acumulación de males²³ que el autor le ha infligido sucesivamente: no solo privándola de todo, al quitarle la vida, sino que en los últimos momentos de la poca vida restante (de ahí la necesidad de exigir la inmediatez temporal entre ambos delitos) la ha hecho objeto de un atentado contra su intimidad corporal y dignidad; en suma, contra su libertad sexual. No sólo se le quita la vida, sino que la vida de los últimos momentos se le convierte en un calvario, mediante la utilización de la víctima como mero objeto para la satisfacción sexual ajena. Parece, pues, que este «lujo de males» infligidos con relación de inmediatez representa un mayor desvalor que el típico supuesto de concurso real de dos delitos totalmente inconexos personal y espacio-temporalmente, que sólo se reúnen a efectos de su enjuiciamiento conjunto. El encadenamiento delictivo presenta, pues, ciertas concomitancias con el ensañamiento. Para esta agravación, no sólo tendría trascendencia que la víctima ha muerto, sino cómo, en qué contexto de sufrimiento e instrumentalización ha muerto, y a este respecto otros delitos como el secuestro o el robo no resultan comparables²⁴; pero sí lo serían los delitos contra la integridad moral previos, que sin embargo no dan lugar a agravación de la muerte. Con esta tesis se entendería que no se agrave la muerte de persona distinta a quien previamente se ha hecho víctima, como p. ej. del testigo del delito sexual, o de quien se disponía a impedirlo, ejerciendo la legítima defensa de terceros. Pero, en cambio, si lo determinante es el sufrimiento de la víctima en los últimos momentos de su vida, carece de sentido que no se resuelva la situación recurriendo simplemente a la agravante de ensañamiento; como tampoco lo tiene que no se agrave la muerte perpetrada por sujeto distinto al autor del delito sexual, inclusive el partícipe en este, lo cual parece remitir de nuevo a la perversidad intrínseca del autor, en tanto que delincuente sexual. La explicación ofrecida no está exenta, pues, de objeciones, y carece de solidez suficiente.

Entender, desde otra perspectiva, que la conminación penal agravada, al menos en los delitos sexuales violentos, trata de neutralizar la muy previsible (probable, frecuente) tentación de ocultarlos, específica de este género de situaciones, aprovechando la situación de dominio sobre la víctima, no tendría en cuenta que tal inclinación se daría asimismo en otros delitos como el

²² Cfr. KÜPPER/BÖRNER, *Strafrecht. Besonderer Teil 1*, 2017, pp. 19-22.

²³ En sentido similar, CUENCA GARCÍA, *Cuadernos de Política Criminal*, (118), 2016, pp. 148, sosteniendo, con cierto escepticismo, como fundamento el de la vinculación de ambos delitos, fundamento que califica de evanescente y puramente formal.

²⁴ La doctrina, en cambio, no aprecia diferencia entre los delitos contra la libertad sexual y otros posibles: MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 22^a ed., 2019, p. 39. Téngase en cuenta además el sufrimiento adicional de los allegados de la víctima, presente sobre todo en el supuesto de delito sexual seguido de muerte. Y ello no resulta incompatible con la responsabilidad por tentativa.

secuestro o la tortura, y que para dar cuenta de la perpetración de muerte para ocultar un delito en la misma reforma de 2015 se introduce la circunstancia caracterizadora del asesinato que da cuenta de ese propósito. Además, en los delitos sexuales en que no medie violencia, la agravante carecería totalmente de sentido.

De todos modos, que quepa explicar los motivos del legislador no equivale a considerar que alcance justificación suficiente la agravación de la muerte contigua a delito sexual.

De cuanto antecede cabe deducir, a efectos de abordar la relación con la circunstancia de matar para ocultar otro delito, lo siguiente. En estos casos de muerte subsiguiente a delito sexual se describe objetivamente una secuencia de dos delitos, y en el segundo, el homicidio o asesinato, se hace abstracción de los posibles motivos del sujeto, lo que no es sino un modo de incluir todos los posibles motivos que le hayan impulsado a matar en tal contexto. El centro de gravedad del desvalor lo aporta la situación de la víctima, su instrumentalización como simple objeto sexual, que se subordina a la satisfacción del deseo sexual ajeno, y su inmediata muerte, de todo lo cual es consciente el autor. Como también es consciente de que la muerte de la víctima conlleva su imposibilidad de denunciar el delito. Un sujeto en estas circunstancias probablemente obrará al matar impulsado por diversos motivos, puede ser que relacionados con la mera satisfacción de una lascivia morbosa, o de afanarse por el mayor grado de dominación que cabe sobre otro ser humano, tras utilizar su cuerpo: el de decidir sobre si vive o muere. Asimismo, concurrirá en el autor la consciencia de que la muerte determina la ocultación del delito sexual, que puede constituir el principal objetivo, o puede que simplemente sea consciente de ello y por tanto al actuar lo acepte como consecuencia necesaria, o puede que ni siquiera sea consciente de ello. En el juego de las motivaciones quizá haya de encontrarse la clave para determinar la relación entre esta circunstancia y la de autoencubrimiento (*infra*, 4).

3. Ámbito de aplicación

Entre las figuras delictivas de homicidio y asesinato agravados, la segunda probablemente se aplicará con más frecuencia que la primera, teniendo en cuenta que por lo general concurrirá la circunstancia de alevosía, «como extensión cualificada»²⁵ de la violencia o intimidación del delito contra la libertad sexual. No así en otros delitos previos distintos a la agresión sexual, que por cierto aún no aparecen en la praxis jurisprudencial ni es probable que lo hagan en proporción apreciable.

La descripción de la circunstancia expresa lacónicamente que la muerte dolosa ha de perpetrarse de modo «*subsiguiente* a un delito contra la libertad sexual». Teniendo en cuenta la discutible fundamentación de la agravante y el respeto al principio de proporcionalidad ante la grave conminación penal del homicidio o del asesinato en que concurra, ha de optarse por una interpretación restrictiva de este término, entendiendo que «subsiguiente» significa no ya posterior, sino asimismo que ha de darse una relación temporal de inmediatez entre ambos

²⁵ CADENA SERRANO, «Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código penal por L. O. 1/2015», *Conferencia publicada online*, 2015, Texto disponible en la URL:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740, p. 14

delitos²⁶. Por tanto, no sería aplicable donde medie una interrupción significativa entre el primero y la muerte; p. ej., si se mata a la víctima varios días después, para evitar que denuncie, o como venganza por haberlo hecho²⁷.

Peñaranda Ramos, en esta línea, ha sugerido reservar el precepto solo para el caso de existir «un único proyecto criminal pluriofensivo» que abarque la secuencia de delito contra la libertad sexual y asesinato, siempre que este no sea coetáneo.²⁸ Sin embargo, la idea de «proyecto criminal» parece presuponer el dolo de matar conjunto con el de cometer el delito sexual, lo que descartaría injustamente los casos en que el dolo de matar surge «durante» la comisión del delito sexual, o inmediatamente «después». Y —como se indicará *infra*, 6— la prueba del dolo conjunto inicial no resultará fácil, por lo que la praxis judicial, en los casos de detención ilegal previa, solo apreciará la relación de medio a fin de esta con la agresión sexual, pero no con la muerte. Ciertamente, algún tipo de vinculación estricta entre ambos delitos sí ha de exigirse, pero no en el sentido de dolo («proyecto») conjunto. Así, por ejemplo, en una situación de detención ilegal en que se ha atentado contra la libertad sexual y la víctima sigue detenida, no veo inconveniente en apreciar el carácter subsiguiente de la muerte, aunque la «decisión» y su ejecución se produzcan horas, e incluso días después, debido a la conexión entre el delito inicial y la muerte, derivada de que por la situación de detención ilegal la víctima no ha dejado de estar a merced del autor, no habiéndose producido por tanto interrupción del curso de los acontecimientos delictivos, en el sentido del «efecto de enlace» del delito permanente. No creo que con ello se incurra en la analogía prohibida. Nada se opone a que la decisión de matar contemplada en la norma surja después del atentado contra la libertad sexual.

Es difícil de entender que la aplicación se limite a la muerte subsiguiente, no incluyendo la anterior²⁹ (necrofilia) o la simultánea, como sí las incluye el precepto afín del StGB, puesto que no se aprecia una diferencia en el desvalor de unas muertes con respecto a otras³⁰.

A veces no resultará fácil distinguir lo subsiguiente de lo simultáneo. Así, Fernández García³¹ sostiene que, para que pueda ser aplicable la cualificación del art. 140.1.2.^a deberá considerarse «concluida» la acción típica vulneradora de la libertad sexual antes del inicio de la homicida.

A este respecto resulta ilustrativo el supuesto de que se ocupó la STS de 17 de octubre de 2018, en que el autor, que se encuentra a la víctima aturdida y sin posibilidad de oponer resistencia

²⁶ El Diccionario de la RAE define «subseguir» como «seguir inmediatamente» una cosa a otra. También requiere la inmediatez Gómez Rivero, en GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 3^a ed., t. I, 2018, p. 54, si bien subrayando la necesidad de que la muerte se lleve a cabo una vez concluida la ejecución del delito contra la libertad sexual. Criterio que comparto, siempre que se incluya en la «ejecución» del delito asimismo la fase de tentativa, p. ej. fracasada.

²⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 39; CADENA SERRANO, «Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código penal por LO 1/2015», *Conferencia publicada online*, 2015, p. 15.

²⁸ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal*, 2019, p. 831, n^o marg. 7110.

²⁹ Supuesto en que no se plantearía, obviamente, el concurso con el delito contra la libertad sexual. Y que no responde a la lógica presunta del legislador, tal como *supra* se acaba de intentar dilucidar, excepto quizá el supuesto en que se comete el delito sexual sobre víctima moribunda.

³⁰ A favor de incluir también la muerte que se produce durante la comisión del delito sexual, SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, «Asesinato», en SERRANO GÓMEZ *et al.*, *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, 5^a ed., 2019, p. 32 s.

³¹ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, «Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable», *Revista Penal*, (44), 2019, p. 56.

alguna, primero le introduce dedos en la vagina, causándole desgarros y pequeña hemorragia, y después le introduce un objeto de gran tamaño por el ano causándole una abundante hemorragia que acaba produciéndole la muerte. En primera instancia, la SAP de Sevilla de 7 de junio de 2017 (lo que confirma el TSJ de Andalucía)³² había calificado como agresión sexual en concurso con asesinato (por la concurrencia de la alevosía y de la intención de matar para ocultar la agresión sexual, lo que lleva a aplicar solo el art. 139.2). Y opta por la modalidad de concurso real, dado que aprecia dos hechos distintos: primero la agresión sexual por vía vaginal y después la otra acción de agredir sexualmente por vía anal simultáneamente constitutiva de muerte dolosa. En cambio, el TS aprecia unidad de hecho, porque de acuerdo con su doctrina reiterada, en caso de sucesivas penetraciones con relativa proximidad temporal se conceptúa una sola agresión sexual; de manera que la única agresión sexual continuada se superpone con la acción de matar (constitutiva de asesinato), y consiguientemente determinará concurso ideal. En cualquier caso, no se considera a la muerte acaecida como «subsiguiente» a un delito sexual, sino simultánea, ya sea a una segunda agresión sexual, ya a una sola agresión continuada.

En efecto, en las dos primeras decisiones judiciales, de la AP y del TSJ, a pesar de que la muerte se entendió condicionada posteriormente a la agresión sexual primera, no se castigó por muerte subsiguiente a delito sexual. Ciertamente, la segunda agresión sexual es simultánea (al menos parcialmente, en cuanto a su condicionamiento positivo, puesto que después de la agresión se produjeron acciones de ocultación de la víctima)³³ a la acción de matar. Incluso, la casuística puede plantear problemas como el de si la agravación se aplica a quien hace víctima de un delito sexual a una persona cuya muerte ya ha condicionado suficientemente, pero aún moribunda y que fallece inmediatamente después: ¿es ahí «el hecho» (de homicidio o asesinato) anterior, posterior o simultáneo?

Además, la exigencia de esta concreta secuencia temporal dará lugar a problemas forenses relativos al establecimiento de qué delito se realizó antes y cuál después, problemas que no se plantearían de no haberse configurado la circunstancia con los dos delitos por determinado orden³⁴.

De todos modos, teniendo presente la falta de fundamentación de la circunstancia, y a pesar de los problemas interpretativos que plantea y de la relativa arbitrariedad de la restricción legal, en definitiva es de agradecer la limitación a los supuestos de muerte subsiguiente.

Por otra parte, parece que el delito contra la libertad sexual requerido con carácter inmediatamente anterior a la muerte dolosa no se circunscribe a la agresión sexual, sino que abarca cualquier otro delito contra este bien jurídico, aunque sea de muy inferior gravedad, como

³² TSJ, ECLI:ES:TSJAND:2017:15146; STS, ECLI:ES:TS:2018:3486, de 17 de octubre de 2018 (ponente: Colmenero Menéndez de Luarda).

³³ Cabe plantearse si, en la alternativa de muerte inmediata de la víctima como consecuencia de la segunda penetración, y por tanto en caso de mero ocultamiento del cadáver, se habría apreciado la finalidad de autoencubrimiento en la muerte. Sería difícil de mantener. Por tanto, en este género de casos, una mayor brutalidad de la acción, que determinara una muerte inmediata, habría favorecido al autor (art. 139.1 en lugar de 139.2).

³⁴ Salvo por lo que respecta a la eventual condena por el delito sexual, puesto que para que esta se produzca habrá debido verificarse que la víctima se encontraba con vida cuando tuvo lugar el contacto sexual. No se duda, en cambio, en la referida STS de 17 de octubre de 2018.

el abuso, el acoso sexual,³⁵ la provocación sexual e incluso los delitos relativos a la prostitución. Ahora bien, si la única razón de ser de la agravación se sitúa en la mayor temibilidad del tipo criminológico de autor que ha cometido un delito precedente sobre la víctima, no se entiende que no se seleccione en exclusiva a los delitos de agresión sexual (que, al fin y al cabo, incluyen el ejercicio de la violencia o intimidación), sino que queden abarcados delitos menos graves como los indicados abuso o acoso sexual, que remiten a un autor no especialmente «temible».

Literalmente, el precepto se refiere a «un» delito, pero *a fortiori* se aplicará la agravación cuando se trate de varios delitos sexuales precedentes, siempre que hayan recaído sobre la víctima de la muerte dolosa y hayan sido realizados por el mismo autor de ésta.

Asimismo, el término «delito» previo abarca no sólo al consumado, sino también la realización en grado de tentativa del tipo, si bien con las amplias matizaciones prácticas que se indicarán inmediatamente infra. Lo cierto es que tanto en los delitos de agresión como de abuso sexual, la tentativa del tipo agravado, con acceso carnal, realizará simultáneamente la consumación de los respectivos tipos básicos, que no requieren acceso carnal³⁶. Y por otra parte, una vez consumado o intentado el delito sexual, el objetivo de la muerte puede no haberse alcanzado y caber la tentativa del tipo del art. 140.1.2^a³⁷.

El delito contra la libertad sexual previo ha de haber sido cometido por el autor sobre la víctima, es decir, han de coincidir autor y sujeto pasivo de homicidio o asesinato y de delito contra la libertad sexual; quedando descartada de la agravación tanto la muerte dolosa perpetrada por el sujeto cuando no ha sido autor, sino partícipe en el delito contra la libertad sexual³⁸, como cuando el criminal mata a persona distinta a la víctima, p. ej. a un testigo o a quien sale en defensa de ella. Puesto que el precepto ha de interpretarse restrictivamente, por las razones que se reiteran a lo largo de este texto, también ha de serlo el concepto de autor, excluyendo a quienes «también se considerarán autores», por prescribirlo el art. 28 CP: inductores y cooperadores necesarios. Por cierto, que la figura del cooperador necesario está llamada a tener más

³⁵ P. ej., si con posterioridad al acoso sexual se produce un enfrentamiento y se mata al acosado.

³⁶ En ausencia de prueba testifical o de confesión, no resultará fácil demostrar la tentativa de delito sexual que precedió a la muerte, si bien no imposible; así, en la STS 2481/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2481) (ponente: Marchena Gómez) en que se tuvo por hecho probado, entre otros, que el sujeto había comenzado a quitar la ropa a la víctima.

Ahora bien, en casos de tentativa en que el grado de afectación de la libertad sexual hasta el momento haya sido mínimo, p. ej. si se ha desplegado violencia o intimidación, pero aún sin contacto puramente sexual, cuando la víctima comienza a gritar y, para evitar ser descubierto, el autor la mata, ciertamente habrá que apreciar la circunstancia de autoencubrimiento, pero resulta difícil concebir a la muerte como «subsiguiente a un delito contra la libertad sexual» cuando dicha libertad solo ha sido puesta en peligro, pero ni siquiera mínimamente lesionada.

³⁷ En el caso del asesinato agravado, habrá que recurrir, para determinar la pena de la tentativa con referencia al marco del delito consumado, a lo prescrito en el art. 70.4 CP para hallar la pena inferior en grado a la prisión permanente revisable: «pena de prisión de veinte a treinta años». A partir de aquí, el descenso de más grados seguiría las reglas generales.

³⁸ En este sentido creo que ha de resolverse el problema de la posible transmisibilidad a los partícipes de esta circunstancia de agravación de asesinato y homicidio. Puesto que el tipo agravado se basa en un delito anterior cometido *personalmente* por el autor, y sin influencia en el modo concreto de producir la muerte (no constituyendo, pues, circunstancia objetiva a efectos de comunicabilidad), ha de entenderse que es una circunstancia de carácter personal, y por tanto no comunicable a los partícipes.

En contra, GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, pp. 54 s., admite, si lo interpreto correctamente, la posibilidad de matar en concepto de autor cuando se realizó el delito sexual previo a título de mero partícipe.

repercusión práctica, ya que la jurisprudencia en ocasiones aprecia esta forma de intervención en los supuestos de actuación conjunta en que el sujeto emplea la violencia o intimidación, pero no lleva a cabo el acceso carnal³⁹.

Por otra parte, bastará haber sido coautor del delito sexual para responder de modo agravado por la muerte posterior de la víctima el ejecutor único. Si la muerte se realiza activamente en coautoría también por parte de todos, nada se opone a la responsabilidad agravada de todos. En caso de no evitación de la muerte por algunos de ellos, entiendo que responderán por la muerte agravada, como garantes por hacer precedente, aquellos que hayan contribuido, p. ej. con violencia o intimidación, a crear el riesgo de que el ejecutor o ejecutores tuvieran a la víctima a su merced, al no evitar que el riesgo se transforme en lesión. En otro caso, responderán simplemente por el tipo genérico de omisión del deber de impedir determinados delitos.

En cuanto al aspecto subjetivo, como se indicó supra en relación con cómo interpretar el adjetivo «subsiguiente», el dolo de matar no necesita ser «previo»⁴⁰ al de ejecutar el delito contra la libertad sexual, sino que también puede haber surgido durante dicha ejecución, o inmediatamente después.

La presencia de alguna intención trascendente, adicional al dolo, como la probabilísima de ocultar el delito sexual, dará lugar al problema de delimitación ya señalado con la circunstancia de muerte para posibilitar la comisión de otro delito o —sobre todo— para evitar que se descubra (*infra* 4).

Y, dado el tenor literal del art. 140.º.2ª, asimismo se presenta el de la delimitación con la muerte de un menor de 16 años (*infra* 5).

4. La relación entre los ámbitos de aplicación de los arts. 139.1.4.ª y 140.1.2.ª CP

Para acotar preliminarmente el espacio de coincidencia entre uno y otro ámbito, hay que señalar que si se mata a persona distinta a la víctima con la intención trascendente, no de ocultar, sino de posibilitar un delito sexual sobre la propia víctima, se realiza asesinato «simple» (art. 139.1.4.ª, 1er. inciso)⁴¹, no agravado, puesto que aquí la muerte no es subsiguiente, ni recae sobre la propia víctima. Y si en este hecho de la muerte dolosa se da además alguna otra circunstancia caracterizadora del asesinato, se incurrirá en el marco exacerbado de asesinato del art. 139.2, siempre en concurso ideal medial con el delito sexual.

En vista de la exigencia de que la muerte haya de ser «subsiguiente» al delito contra la libertad sexual, quedan asimismo excluidos del ámbito de aplicación del art. 140.1.2ª, y 138.2.a, los casos en que la muerte se condiciona como consecuencia dolosa no directamente pretendida de la violencia, es decir, con dolo eventual, en las figuras de agresión sexual en sentido amplio,⁴² ya que en ese caso la muerte no es «subsiguiente» al delito sexual; y en su lugar se aplicaría la

³⁹ Al respecto, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La violación “por actuación conjunta” (art. 180.2ª CP)», *Cuadernos de Política Criminal*, (135), 2021, pp. 61 ss.

⁴⁰ Así, GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, pp. 54 s.

⁴¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 39.

⁴² Incluyendo el forzar a la prostitución, art. 187.

circunstancia 4ª, primer inciso, del asesinato: «para “facilitar” la comisión de otro delito» (el delito sexual), siempre que se entienda que cabe también asesinato con dolo eventual respecto al resultado de muerte⁴³. Desde luego, en caso de muerte imprudente debida al empleo de violencia, se daría simple concurso ideal entre el delito sexual violento y el homicidio imprudente, ya que la agravación por subsecuencia de la muerte se limita a los supuestos de dolo.

Por otra parte, se plantea si para apreciar el asesinato agravado por delito sexual previo basta o no con la comisión previa de tentativa de éste, allí donde precisamente la muerte cierra el paso a la consumación del delito sexual. Piénsese p. ej. en que la víctima de la tentativa de violación intenta huir o no cesa de gritar, o se resiste de manera insuperable, y se perpetra homicidio o asesinato para reducirla, ya sea con dolo directo o eventual⁴⁴. A favor de que para aplicar los tipos agravados baste la tentativa del delito sexual, cabría aducir que también esa tentativa constituye «delito» contra la libertad sexual, y que podría considerarse a la muerte como «subsiguiente» a dicho delito en grado de tentativa. En contra, que si se mata con dolo, precisamente la muerte es lo que determina que se imposibilite llevar a término el delito contra la libertad sexual, y resulta paradójico que se agrave una conducta de matar en razón de seguir a un delito sexual, de un autor que precisamente matando ha evitado la consumación de dicho delito sexual.

Parece que en estos casos destaca más nítidamente el elemento finalista de la muerte, consistente en la meta del autoencubrimiento (circunstancia caracterizadora del asesinato). Porque aplicar la posibilidad alternativa del propio art. 139.1.4ª CP, la del primer inciso, entendiendo que se mata «para facilitar la comisión de otro delito», resulta contradictorio con el hecho de que la muerte no ya es que no facilite, sino que precisamente «impide» la consumación del delito, en fase de tentativa, contra la libertad sexual. Si se mata es porque el delito sexual pretendido se considera ya fracasado, y para evitar sus consecuencias jurídico-penales. De manera que la muerte en estas circunstancias, o bien ascendería de homicidio a asesinato; o, si se da alguna otra de las circunstancias del asesinato, a «superasesinato» del art. 139.2, pero en ningún caso con pena de prisión permanente. Lo cual tiene su sentido, si se considera que el delito sexual quedó en grado de tentativa, de la que se «desistió». Obviamente, se trataría de un desistimiento al que le faltaría un requisito esencial para su validez, puesto que si bien el propio autor hace fracasar el conato, lo hace convencido de la imposibilidad de consumarlo.

Cuestión distinta, como se ha indicado anteriormente, sería la muerte con dolo eventual como resultado de la violencia brutal ejercida sobre la víctima para reducirla, supuesto en que sí se apreciaría la alternativa primera de la circunstancia caracterizadora 4ª: «para facilitar otro delito», que requiere un elemento finalístico⁴⁵, y no que efectivamente se consiga el objetivo perseguido; puesto que de hecho en este caso lo que se propicia es imposibilitarlo.

⁴³ Así la STS 3486/2018, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3486) (ponente: Colmenero Menendez de Luarca), donde se aprecia dolo eventual (y asesinato), con respecto al resultado de muerte condicionada en el decurso del delito sexual, si bien este ya había comenzado a cometerse *antes* de la muerte.

⁴⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 39, para los casos de muerte, en este contexto, niega el carácter «subsiguiente» de la muerte, pero solo de darse dolo eventual o imprudencia relativos a la muerte (se asfixia a la víctima al taponarle la boca para que no grite, o muerte por los golpes propinados para vencer su resistencia), ya que esta tiene entonces lugar «durante» el delito sexual. Ahora bien, si lo determinante es el momento del aspecto subjetivo del tipo, no entiendo que excluya los supuestos de dolo directo de matar, en que también este se da «durante».

⁴⁵ Así, GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 50: «no es necesario que ese otro delito haya llegado a ejecutarse, ni siquiera que se dé inicio a su ejecución».

Ahora bien, los auténticos problemas de delimitación del art. 140.1.2ª con la circunstancia 4ª del asesinato (139.1.4ª, segundo inciso) se presentan cuando el autor mata a la víctima del delito contra la libertad sexual una vez consumado éste, y para evitar que la víctima denuncie ese hecho, como supuesto específico del fenómeno genérico en que se mata para que un anterior delito del autor no se descubra. Porque existe una amplia zona de intersección, pero también ámbitos privativos de la circunstancia caracterizadora. Así, téngase en cuenta que la circunstancia caracterizadora comprendería también los casos en que se mata para evitar que se descubra el delito no propio, sino de un tercero; y no solo a la víctima, sino también a testigos del delito. Y si, habiéndose acabado de perpetrar el delito sexual, este ya ha sido descubierto, y el autor aun así mata a la víctima, no cabrá apreciar el art. 139.1.4ª, dado que ya puede darse la finalidad de evitar que se descubra ese otro delito, desapareciendo entonces la necesidad de delimitación entre las dos circunstancias.

No comparto el criterio de SUÁREZ-MIRA⁴⁶, cuando sostiene que la razón de esta agravación de la muerte por delito sexual previo parece ser la de desincentivar la muerte para eludir la identificación precisamente por parte de la víctima. Considérese que esta finalidad específica es la que constituye la nueva modalidad tipificada de asesinato «para impedir que se descubra» cualquier «otro delito». Si la *ratio legis* de la agravación del art. 140.1.2ª residiera en el hecho de matar a quien puede descubrir la realización del delito sexual previo, no se habría restringido su ámbito a la muerte de la propia víctima, excluyendo p. ej. la de otros posibles testigos, que también podrían descubrir el delito; y el hecho de que no se haya agravado la muerte producida por el mero partícipe en el delito sexual, quien también podría ser denunciado. ¿Por qué solo la muerte de la víctima por parte del autor? ¿Únicamente porque será el supuesto más frecuente? No parece una razón de calado. En lugar de ver en esta limitación al sujeto pasivo una contradicción con el postulado de partida que se presume en el legislador, más adecuado será entender que ese postulado no consiste en que se agrava la muerte guiada por el propósito de silenciar a la víctima. Porque de aceptarlo, quedaríamos abocados al reproche de infracción del *ne bis in idem*⁴⁷.

En algunos supuestos de la praxis jurisprudencial se ha procurado eludir ese reproche. Así, en la SAP Barcelona 7/2019, de 4 de marzo (ECLI:ES:APB:2019:1539), se aprecia asesinato con alevosía, pero no la finalidad de ocultar, y sí muerte subsiguiente a un abuso sexual (víctima conocida e inconsciente por el alcohol), lo que da lugar a prisión permanente. Igualmente en la SAP Barcelona de 8 de junio de 2021, en el caso de victimización de una niña de 13 años (ECLI:ES:SAP:2021:4915), en que se aprecia alevosía y ensañamiento, pero no el autoencubrimiento, y sí tanto la circunstancia de muerte subsiguiente a delito sexual como la de víctima menor de 16 años.

La SAP Sevilla de 7 de junio de 2017, *supra* mencionada, que aprecia concurso real (violación ya consumada antes, pero también en parte simultánea al comienzo de ejecución de la muerte),

⁴⁶ Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 471; crítica de PEÑARANDA RAMOS, *LH-Miguel Bajo*, 2016, p. 1265, nota 10.

⁴⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 59, parece apreciar vulneración del *ne bis in idem*. En un supuesto de abuso sexual en que la víctima amenaza con denunciarlo y el autor la mata a golpes, considera dudoso que se califique de asesinato (puesto que cabe también calificar de homicidio subsiguiente a delito sexual), «pero aplicarle además la prisión permanente revisable podría constituir *bis in idem*». En cambio, en p. 39 no pone en duda apreciar asesinato y no homicidio cualificado, pues sostiene que «si se mata a la víctima para evitar que se descubra el delito sexual cometido, el hecho se calificaría como asesinato».

tiene en cuenta la intención de ocultar el delito (aun cuando con respecto a la muerte concurre dolo eventual), pero ve inaplicable el art. 140.1.2ª por el principio de tipicidad y por razones del principio *ne bis in idem*, apreciando identidad de sujeto, hecho y fundamento, aunque sin razonar en profundidad en qué medida se produce tal solapamiento, aludiendo vagamente a la deficiente técnica legislativa utilizada y a la ambigüedad del término «subsiguiente», lo que parece excluir el supuesto juzgado. No aporta, pues, argumentos de peso que sustenten la incompatibilidad de una y otra circunstancia.

Esta sentencia ejemplifica, además, una tendencia contra la que habría que prevenir: la de presuponer en la muerte dolosa –incluso eventual– el ánimo de autoencubrimiento. A partir de los hechos probados, resulta cuestionable que la muerte se perpetrara para ocultar el delito contra la libertad sexual; más bien la muerte fue consecuencia de la brutalidad con que se llevó a cabo el atentado contra la libertad sexual, a consecuencia de la cual la víctima empezó a sufrir una abundante hemorragia, de la que fallecería. Así lo argumenta la defensa: no puede apreciarse la circunstancia «cuando la misma agresión sexual es la que causa la muerte, pues entonces no se comete asesinato para ocultar la agresión». En apelación, ante el recurso de las acusaciones que postulaban la aplicación del art. 140.1.2ª, el TSJ Andalucía (en sentencia de 11 de diciembre de 2017 (ECLI: ES:TSJAND: 2017:15146) la descarta, teniendo en cuenta que «la conducta que causa la muerte [...] comenzó con el acto mismo de la agresión sexual», aun cuando fue seguida de abandono de la víctima, por lo que aprecia concurso real. Es decir, coetaneidad –digamos– parcial. Por su parte, en casación el TS ratifica que debe aplicarse la circunstancia de autoencubrimiento; para ello, en el devenir de los hechos aprecia un primer momento en que se ataca la libertad sexual y al mismo tiempo la vida, y un segundo momento, que completa el anterior, en que el autor «impide cualquier auxilio a la víctima», volviéndola a vestir, trasladándola a cierta distancia, dejándola en un banco en una posición similar a si estuviese dormida y abandonándola de madrugada en un parque cerrado, lo que asegura la producción del resultado de muerte, excluyendo cualquier posibilidad de que recibiera pronta atención médica, «con la finalidad de que no se descubriera la agresión sexual que había cometido». Ahora bien, ¿no estaba ya la muerte suficientemente condicionada por la abundante hemorragia consecuente a la agresión sexual? ¿Impedir un auxilio improbableísimo supone consumir una muerte, que de todos modos ya está suficientemente condicionada? Presupuesto el dolo eventual de que se consumara la muerte, ¿se trata de mera comisión por omisión o ha habido actuación positiva, dirigida a una ocultación más efectiva de la víctima desamparada? Si, en cambio, el autor simplemente la hubiera abandonado, sin hacer aún más improbable (borrando las huellas del brutal ataque) una ayuda de todos modos ya muy poco probable; es decir, en un supuesto de pura omisión, ¿cabría hablar de que mató con la finalidad de ocultar la agresión sexual? La doctrina ha calificado estos casos como unidad natural de acción, y por tanto sustentado la imposibilidad de apreciar la comisión por omisión como delito independiente de lo realizado con anterioridad, delito omisivo sobre el que cupiera apreciar la agravante de autoencubrimiento⁴⁸.

De todos modos, dada la superposición temporal indicada (es decir, la simultaneidad), no se podría haber apreciado que la muerte fuera subsiguiente a la agresión sexual. Lo cierto es que en la sentencia de instancia, y por tanto en las sucesivas, no llega a plantearse la circunstancia del art. 140.1.2ª (hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual), como parecería lógico si se ha

⁴⁸ Cfr. PANTALEÓN DÍAZ/SOBEJANO NIETO, «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código penal español», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (29), 2014-I, pp. 228 s., con referencias de la doctrina y jurisprudencias alemanas en el mismo sentido en notas 65 s.

entendido que la conducta de matar sigue produciéndose al impedir la ayuda a la víctima, puesto que entonces sí que el condicionamiento de la muerte sería posterior (subsiguiente) a la agresión sexual, y no solo simultáneo.

Sin embargo, en sentido contrario, como era de temer, los tribunales, incluido el TS, han optado por pronunciarse repetidamente a favor de la compatibilidad de las circunstancias de los arts. 139.1.4^ª y 140.1.2^ª, incurriendo en el citado *bis in idem*. Así lo ha hecho la STS de 15 de julio de 2020 (ECLI:ES:STS:2020:2470), que, con alevosía concurrente, no llega a plantearse la problemática del *bis in idem*. Así también la SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019, en el caso Diana Quer (ECLI:ES:APC:2019:2817) y la SAP Huelva de 19 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:APH:2021:518), en el caso Laura Luelmo, que se apoya para afirmar la compatibilidad precisamente en la STS de 21 de julio de 2020, que se comentará ampliamente en seguida.

En efecto, la resolución judicial en que se aborda más profundamente la cuestión de la compatibilidad es la STS de 21 de julio de 2020⁴⁹, ya que en ella, en ausencia de otras circunstancias caracterizadoras del asesinato, la posibilidad de prisión permanente dependía precisamente de admitir la compatibilidad, como así ocurrió. Se trataba de un supuesto de agresión sexual previa en grado de tentativa, seguida de muerte dolosa de la víctima del delito anterior. La sentencia (después de haberse «podado» en apelación y en la propia casación las circunstancias caracterizadoras de alevosía y ensañamiento antes apreciadas) mantiene la prisión permanente revisable, que por eso pasa a depender exclusivamente de la concurrencia de las circunstancias de muerte para autoencubrirse («intencionalidad reduplicada») y subsiguiente a delito contra la libertad sexual⁵⁰.

Reconoce el texto de la decisión que la reforma que introdujo los supuestos de prisión permanente para «uno de los delitos más graves de nuestro sistema penal» fue de «trazo grueso», y reproduce la crítica doctrinal a la posible vulneración del *bis in idem*, pues «si la muerte es subsiguiente a la agresión sexual, lo normal será que [el encausado] busque evitar su descubrimiento, circunstancia que ya convierte la muerte en asesinato», pero entiende que ha de irse más allá de reconocer los «visibles defectos de técnica legislativa»; por eso se cree obligado a apreciar la compatibilidad de la circunstancia caracterizadora y de la cualificante, con una argumentación que en realidad no trasciende al tenor literal de ambos preceptos. Desde el punto de vista de lógica de las normas, entiende que la voluntad del legislador residía en convertir el homicidio en asesinato cuando la muerte obedece a la finalidad de ocultar otro delito, y al mismo

⁴⁹ STS 248/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2020:248), (ponente: Marchena Gómez).

⁵⁰ En cambio, la SAP Huelva de 19 de diciembre 2021 (ECLI:ES:APH:2021:518), donde el Tribunal tiene la convicción de que la muerte se produjo con la finalidad de evitar ser denunciado, manifiesta a efectos dialécticos que, aunque se negara esa finalidad aduciendo que la subjetividad del autor es inescrutable, o que la muerte careció de toda motivación (que obedeció p. ej. al «desnudo designio de matar»), dándose en el caso otras dos circunstancias caracterizadoras del asesinato (alevosía y ensañamiento) y el hecho de ser la muerte subsiguiente a delito sexual, de todos modos procederá la prisión permanente. Aun así, estima justificada la agravación a quienes, con tal de sustraerse a la responsabilidad penal, asumen la muerte de otra persona. De hecho, acaba teniendo en cuenta la circunstancia, lo que equivale a «presumir» la intención de eludir la responsabilidad penal; o sea, admitir implícitamente que el autoencubrimiento es «inherente» a la muerte subsiguiente a delito sexual, prácticamente siempre. Análogamente en la SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019, donde además concurría la alevosía ya determinante de la calificación de asesinato, lo que hacía «innecesario plantearse la valoración de la compatibilidad»; de todos modos, se sustenta dicha compatibilidad sobre la base de la relación de «especialidad»: «por la razón que sea», se dice, el legislador, de entre todas las muertes cometidas para ocultar otro delito, atribuye un desvalor especial a aquellas que son subsiguientes a una determinada clase de delitos, los sexuales. Pero esa es precisamente la cuestión que ha de plantearse: qué razón es esa, si es que la hay.

tiempo, de entre todos los delitos previos susceptibles de ser ocultados, si se trata de uno contra la libertad sexual, habrá de aplicarse el tipo hiperagravado del art. 140, castigado con prisión permanente revisable.

Definido y distinguido el respectivo ámbito de aplicación, emprende la tarea de hallar una fundamentación distinta para una y otra circunstancia. El fundamento del art. 139.1.4ª lo sitúa en la «insoportable banalización de la vida humana, que [el autor] convierte en prescindible» cuando no titubea en eludir la propia responsabilidad penal aun al precio de la muerte de otra persona⁵¹. Por su parte, la circunstancia 2ª del art. 140.1 se basaría en la mayor reprochabilidad de la convergencia de un ataque prácticamente simultáneo a bienes jurídicos del máximo valor, como son la libertad sexual y la vida⁵². Así se explicaría la compatibilidad de ambas: de todos los asesinatos cualificados por haber sido instrumentos para ocultar un delito precedente, si el delito inicial es un delito contra la libertad sexual, la respuesta penal prevista es más severa⁵³.

Ciertamente, con esta postura se genera el problema, de no menor entidad, de que entonces se vaciaría el ámbito de aplicación el homicidio agravado por ser subsiguiente de delito sexual, infringiéndose el principio de vigencia. Al respecto, *infra*.

Sin embargo, este planteamiento no supone sino una mera paráfrasis del tenor de ambos preceptos, que no entra en el fondo de la posible superposición, e infracción del *ne bis in idem*⁵⁴. Sí las aborda en profundidad el voto particular de dos de los magistrados⁵⁵. Esta profundidad del análisis, y lo elaborado de sus argumentos, hacen necesario su examen detenido.

En el voto particular se ponen de manifiesto otras alternativas del hecho más graves que, sin embargo, darían lugar a penalidad inferior. Por ejemplo, si la motivación del autor para matar

⁵¹ Otra persona que, por cierto, no tiene por qué ser la víctima del otro delito, puesto que la finalidad de que no se descubra tal delito puede cubrir la muerte p. ej. de testigos. Y el delito que se trata de encubrir no tiene por qué ser propio del autor, sino también de un tercero. Así PANTALEÓN DÍAZ/SOBEJANO NIETO, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (29), 2014-I, p. 228.

Por otra parte, ¿por qué no agrava la ley también las lesiones encaminadas a eludir la responsabilidad penal? ¿No se produce acaso en ellas una «insoportable banalización» de la integridad física de otra persona solo con este reprochable objetivo?

⁵² «El acusado cosificó a la víctima, la convirtió en instrumento para su inmediata satisfacción sexual y, cuando constató que no podría culminar su propósito [de ahí la condena por tentativa], que podría ser descubierto, decidió matarla». Aun así, siguen sin cuadrar las cuentas de la tesis jurisprudencial: la «cosificación» queda subsumida en el delito contra la libertad sexual, y lo que sigue es una muerte motivada por la intención de evitar ser descubierto; entonces ¿de dónde surge esa pretendida mayor reprochabilidad de la conjunción de los ataques a vida y libertad sexual, que no coincida completamente con la instrumentalización de la muerte para conjurar el riesgo de ser descubierto? Por otra parte, se «pone en bandeja» a la defensa el evitar la condena por asesinato basado en la concurrencia de esta circunstancia 4ª: negar el propósito de ocultar el delito, invocando como motivo de la muerte el sentimiento de frustración consiguiente a no culminar su propósito lúbrico, lo que llevaría «solo» a homicidio cualificado (por subsiguiente).

⁵³ Lo que intenta atemperar defendiendo una interpretación restrictiva del término «subsiguiente», circunscribiéndolo a la muerte inmediatamente posterior al delito contra la libertad sexual. No se plantea, en cambio, interpretar restrictivamente el bien jurídico «libertad sexual», excluyendo la «indemnidad sexual».

⁵⁴ Con el candor de lo expresado *ob iter dicta*, en la SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019, en lugar de pretender indagar sobre cómo explicar, si es que ello es posible, la compatibilidad de ambas circunstancias, se indica que, «por la razón que sea», el legislador así lo ha querido y establecido.

⁵⁵ Del Moral García y Palomo del Arco. Entre otras razones, el voto particular se basa en que, a pesar de que en las distintas fases procesales se ha añadido una atenuante analógica y se han descartado las circunstancias de ensañamiento y alevosía, resulta ilógico que la pena aplicable siga siendo la prisión permanente, lo que considera una «disfuncional uniformidad».

fuera por puro placer, en lugar de para ocultar el delito, o si se dieran las cuatro circunstancias del asesinato, pero la muerte no fuera subsiguiente, sino que, por ejemplo, se llevara a efecto una hora después, casos ambos en que no se aplicaría la prisión permanente. Tal falta de lógica entiende que debe corregirse mediante interpretación, recurriendo a la sistemática, a la teoría concursal y al principio de proporcionalidad, ya que ha de presumirse que la ley quiere evitar resultados incomprensibles.

Si una de las críticas que se dirigen a la prisión permanente es que no admite graduación, que constituye una «igualación por lo alto», se comprendería este régimen en caso de concursos entre muchos delitos, pero no en delitos aislados. Lo cual, sin embargo, ocurre en los supuestos debatidos, en que la sola circunstancia de que la muerte se perpetre inmediatamente a un delito contra la libertad sexual permite, según concurren o no otras circunstancias, tres saltos penológicos: a homicidio agravado (si no existe la finalidad de ocultar; ¿pero acaso no es más repudiable matar por matar?), a asesinato (por la intención de ocultar otro delito, aunque no esté presente ninguna otra circunstancia caracterizadora del asesinato), y sobre todo incluso al «agujero negro» del asesinato hiperagravado (además, por ser subsiguiente). Y estos saltos de punibilidad en cascada prácticamente automáticos no pueden evitarse con la mera perspectiva lógico-formal que adopta el texto de la sentencia, puesto que compatibilidad lógica entre una y otra circunstancia sí que existe y con ella parece querer conjurarse el *ne bis in idem*: no todos los casos de 140.1.2^a obedecerán a esa finalidad de ocultar (en esta agravante resulta indiferente la finalidad del autor), ni tampoco a la inversa (cabe la finalidad de ocultar cualquier otro delito, o la muerte no ser subsiguiente). Resulta evidente, pues, la tosquedad e insuficiencia de este análisis puramente formal.

¿Cabría, entonces, apreciar concurso «aparente» entre ambos preceptos, que permita optar por uno u otro, a pesar de que parece existir compatibilidad entre ellos? Con razonamiento muy pertinente, se recuerda que en el plano teleológico, no basta para descartar el concurso aparente con que haya casos en que solo cabe aplicar uno de los dos preceptos, no el otro, y en que por tanto ambos parecen compatibles. Así, en el delito de tráfico de drogas se descarta la agravante de ánimo de lucro, porque lo ordinario es que se dé tal ánimo, y ello pese a que excepcionalmente acaezcan casos de altruismo. Análogamente, en la muerte que es constitutiva de asesinato porque el sujeto quiere eludir la responsabilidad penal, cuando esta se refiere a un delito sexual inmediatamente anterior, lo ordinario es que mate para evitar que este se descubra, «aunque no siempre sea así».

Pues bien, no resulta fácil hallar la finalidad de protección de una y otra circunstancia. No cabe apreciar mayor desvalor porque el delito previo sea precisamente contra la libertad sexual, ni mayor peligrosidad subjetiva del autor, sino que con la agravación únicamente se busca apaciguar la alarma social. En la del art. 140.1.2^a parece castigarse a un tipo criminológico de autor, puesto que —como se ha advertido repetidamente— no prevé prisión permanente para el partícipe en el delito sexual que luego mata, ni tampoco si la muerte es no subsiguiente, sino coetánea o muy posterior, ni para la muerte de un testigo de ese mismo delito sexual, ni en la subsiguiente a otros delitos de igual o mayor gravedad, como el secuestro.

En cuanto a la circunstancia caracterizadora del art. 139.1.4^a, en el voto particular se niega un fundamento entendible; por el contrario, se sostiene que la circunstancia agravante de autoencubrimiento debería quedar consumida en el delito sexual como acto copenado, al igual que ocurre con cualquier otro delito, sin que convenza como ratio de la agravación el que se

instrumentalice la vida ajena por un móvil egoísta, execrable, de eludir la acción de la justicia. Y ello porque hay otros móviles igualmente egoístas, o el matar sin motivo, que no dan lugar a agravación. Como tampoco convence que el matar por autoencubrimiento ataque un bien jurídico colectivo, la Administración de Justicia, lo que aportaría un bien jurídico específico y distinto del del art. 140.1.2ª, porque en la pena prevista ya se pondera siempre la lesión de ese bien jurídico, inherente a la comisión de cualquier delito, tras la cual se espera que se quiera eludir la acción de la Justicia, lo que explica la impunidad del autoencubrimiento y el carácter atenuante de la confesión, aplicable en los supuestos excepcionales en que el delito no va seguido de ataque a la Administración de Justicia⁵⁶.

Por consiguiente, el voto discrepante sostiene que ambas circunstancias en realidad se basan en la misma *ratio* de agravación: el propósito de ocultar el delito anterior.

Al arsenal del voto discrepante habría que añadir un argumento más: el que ambas circunstancias compartan el mismo fundamento podría explicar por qué la circunstancia del art. 140.1.2ª se circunscribe precisamente a la muerte «subsiguiente» al delito sexual, no incluyendo a la muerte «coetánea» a dicho delito. En efecto, si la muerte es coetánea difícilmente puede considerarse que sirva al propósito de ocultar el delito sexual. Es más, en la jurisprudencia va asentándose la práctica de que la finalidad de ocultar el delito sexual básicamente se presume en estos casos de muerte subsiguiente, presuponiendo que no cabe explicar la muerte de otro modo, a falta de otros móviles alternativos. Que excepcionalmente puede haberlos.

En ausencia, pues, de «distinto» fundamento racional para una y otra circunstancia, la tesis jurisprudencial discrepante concluye que no cabe su apreciación cumulativa. Porque la finalidad autoencubridora es «naturalmente inherente» a la muerte subsiguiente a delito sexual, y no cabe agravar doblemente por una sola circunstancia.

Ha de añadirse que no se entendería que la intención de encubrir una especie de delitos en particular, contra la libertad sexual, desplegara distinta eficacia que la de encubrir cualquier género de delito, incluso más grave. En efecto, parece más grave que alguien mate para encubrir otra muerte dolosa que el que mate para encubrir un delito sexual. Ello contradiría la lógica interna del (auto)encubrimiento, delito de referencia al tipo encubierto y cuya pena depende de la de este.

Dada la incompatibilidad, se plantearía entonces cuál de las dos circunstancias resulta de preferente aplicación. En el voto particular se descarta la propuesta doctrinal de optar, en el concurso aparente, por la calificación de simple homicidio con la agravante específica de muerte subsiguiente a delito sexual (en concurso auténtico con tal delito previo), sobre la base de una pretendida especialidad. En cambio, por el principio de «alternatividad»⁵⁷, que conduciría a la aplicación preferente de la solución con pena superior, se propone apreciar concurso entre el

⁵⁶ En el mismo sentido, PANTALEÓN DÍAZ/SOBEJANO NIETO, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (29), 2014-I, pp. 234. Ahora bien, su interpretación de que el hecho de que la pena por el delito anterior ya incluya *de serie* el ataque contra la Administración de Justicia derivado de que pretender ocultarlo, determina que el art. 139.1.4ª, segundo inciso, vulnera siempre el *ne bis in idem*, supone infringir el principio de vigencia de este precepto. En realidad, se está indicando que este carece de fundamento, lo que resulta evidente; pero entonces ¿qué ámbito de aplicación reservarle? Aquí se trata de aplicar la *lex lata*, y por tanto de proponer interpretaciones que aseguren su sentido y vigencia.

⁵⁷ A favor de la alternatividad, GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 55.

asesinato del art. 139.1.4ª y el delito sexual, con efecto de cierre de la pena mínima de la opción descartada (quince años y un día).

Recuérdese que precisamente en estos casos en que no media ninguna otra circunstancia caracterizadora del asesinato es donde se pone a prueba la estructura de todo el sistema de circunstancias caracterizadoras y agravantes, en particular desde la perspectiva de mantener el principio de vigencia para todos los preceptos implicados. Así, PEÑARANDA RAMOS auguraba que la aplicabilidad del homicidio agravado por ser subsiguiente a delito sexual resultaría muy limitada, porque en virtud del concurso de leyes que a su juicio se produce, también entendía preferente la circunstancia caracterizadora del asesinato⁵⁸ del art. 139.1.4ª. Y en efecto, para la tesis de la STS (prácticamente) nunca sería de aplicación el «homicidio» agravado en tanto que subsiguiente a delito sexual, dado que la finalidad autoencubridora determinaría la calificación de asesinato y además con el doble efecto de que habría de tenerse en cuenta como muerte subsiguiente a delito sexual y daría lugar a prisión permanente. Pero es que para la tesis del voto discrepante tampoco se aplicaría casi nunca, pues lo único que cambiaría con respecto al planteamiento anterior es que se calificaría de asesinato no hiperagravado, dada la incompatibilidad.

La postura del voto discrepante, como se ha señalado, se refiere al caso en que no concurre ninguna otra circunstancia caracterizadora del asesinato. Porque si se da por ejemplo alevosía y/o ensañamiento, el dilema se plantea entre apreciar una u otra de las dos circunstancias estimadas incompatibles, es decir, ha de optarse entre el art. 139.2 (asesinato con dos o tres circunstancias) y el art. 140.1.2ª (asesinato, da igual con una o varias circunstancias, y además subsiguiente a delito sexual).

La SAP Sevilla de 22 de abril de 2019 se ocupa someramente de la cuestión del *bis in idem*⁵⁹, y también se decanta, en virtud de la regla de «alternatividad», por la hiperagravación del art. 140.1.2ª, que prevé pena superior; si bien en un caso en que concurren otras dos circunstancias caracterizadoras del asesinato, alevosía y ensañamiento. Habría sido revelador que no hubiera apreciado las otras dos circunstancias caracterizadoras, para verificar si aun así se seguía apelando al *bis in idem*. Ello ocurre en el análisis en casación de estos hechos, donde decaen esas dos circunstancias, y sin embargo el TS acaba restableciendo la aplicación conjunta de los arts. 139.1.4ª y 140.1.2ª.

FERNÁNDEZ GARCÍA⁶⁰, aun discrepando de la adecuación político-criminal de la hiperagravación, aplica en cambio el principio de «especialidad» en el concurso de leyes, estimando que el art. 139.1.4ª se refiere genéricamente a la muerte para la ocultación de «otro delito», de cualquier delito, mientras que en el 140.1.2ª (o el art. 138.2.a, si no se da ninguna otra circunstancia del asesinato) se agrava específicamente la pena del ataque a la vida consecutivo a un delito contra la libertad sexual.

⁵⁸ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «Homicidio», en *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal*, 2019, p. 809, nº marg. 7015.

⁵⁹ ECLI:ES:APSE:2019:23, que en casación dio lugar a la STS de 21 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2481) comentada más ampliamente en el texto.

⁶⁰ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revista Penal*, (44), 2019, p. 57.

Sin embargo, el flexible principio de especialidad puede conducir al resultado contrario, el de que prevalece el art. 139.1.4ª, como precisamente propone CUENCA GARCÍA⁶¹: la muerte que se comete para ocultar otro delito es «subsiguiente» a este, y la circunstancia de matar para ocultar otro delito incluye la vinculación con otro delito anterior, algo que expresa la agravante del art. 140.1.2ª, y da cuenta también del fundamento de esta, que, como esta autora sostiene, reside en la vinculación con el delito sexual anterior. Razones parecidas aduce Sierra López en apoyo de la superior especificidad del art. 139.1.4ª, que a su juicio presenta la estructura de delito complejo y por ello comprende más elementos que el otro precepto⁶². Así, entiende que aquel incluye una relación de medio a fin, lo que no se requiere en este. Pero por otra parte reconoce que la circunstancia caracterizadora de autoencubrimiento es más amplia, puesto que se refiere a la ocultación de cualquier delito, lo que no encaja con el principio de especialidad; como no encaja que el precepto supuestamente más general solo se aplique al autor del delito anterior, y cuando la muerte es inmediata, no muy posterior, lo que no requiere la circunstancia caracterizadora.

En suma, una y otra circunstancia presentan elementos tanto comunes como privativos, sin que quepa establecer nítidamente la especialidad de una con respecto a otra. Constituyen conjuntos secantes con una amplísima zona de intersección, de la que se desprende la vulneración del *ne bis in idem* en caso de apreciación simultánea, dada la falta de fundamento netamente distinto de una y otra en esa zona. Por eso, si para eludir la doble valoración ha de recurrirse al concurso aparente, no resulta adecuada la regla de especialidad.

Más bien, en lógica de aplicación de las normas, antes de plantearse la apreciación de agravantes específicas de homicidio o asesinato, habría que empezar por determinar si estamos en presencia de simple homicidio o de asesinato; es decir, determinar si se da o no alguna de las circunstancias caracterizadoras de manera previa a si se dan circunstancias de agravación. Porque solo cabe agravar una vez que conste qué tipo hay que agravar: homicidio o asesinato.

En caso de ausencia de otras circunstancias caracterizadoras, si una circunstancia, como la que nos ocupa, puede presentar naturaleza caracterizadora o bien cualificante, debe prevalecer la naturaleza de caracterizar sobre la de agravar. Pero este modo de proceder no nos resolvería si debe prevalecer la calificación de muerte subsiguiente (homicidio cualificado) o de muerte con propósito autoencubridor (asesinato). Si prevalece la segunda, prácticamente nunca se aplicaría esta modalidad de homicidio agravado, en detrimento del principio de vigencia del precepto. Y, por inherencia, no se aplicaría la circunstancia de muerte subsiguiente a delito sexual.

En cambio, concurriendo otra circunstancia caracterizadora del asesinato, como por ejemplo alevosía o ensañamiento, si se aprecia la finalidad autoencubridora (y por tanto, con el marco penal del art. 139.2, previsto para al menos dos circunstancias del asesinato), se cerraría el paso a la circunstancia (inherente) de muerte subsiguiente a delito sexual, que por tanto prácticamente nunca sería de aplicación.

⁶¹ Cfr. CUENCA GARCÍA, *Cuadernos de Política Criminal*, (118), 2016, p. 149.

⁶² Cfr. SIERRA LÓPEZ, «Homicidio y asesinato. Las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas», *Derecho y Proceso Penal*, (35), 2014, pp. 156 s. En realidad, en el art. 139.1.2ª, segundo inciso, no cabe hablar de delito complejo, sino como máximo de estructura similar a la del delito complejo, puesto que la muerte para ocultar otro delito solo comprende un delito, mientras que el delito ocultado dará lugar a su responsabilidad separada, en concurso de delitos. A pesar de inclinarse por la relación de especialidad, esta autora parece aceptar la apreciación simultánea de ambas circunstancias, descartando el concurso aparente.

Pero sí hay una interpretación que, sobre la base de la incompatibilidad (del concurso aparente), permite mantener el principio de vigencia para una y otra circunstancia, y consiste en que se reserve la agravación por seguir a delito sexual para los casos en que la muerte no persigue ninguna finalidad, o persigue una finalidad distinta a la de ocultar el delito, como p. ej. la mera satisfacción sádica (incluida la muerte con dolo eventual en caso de torturas con finalidad lúbrica), o la frustración por no conseguir culminar el delito sexual, o se debe a la furia motivada por la resistencia de la víctima. Se trataría de aplicar el principio de subsidiariedad, «tácitamente deducible» (art. 8.2ª) en concreto. Efectivamente, en los casos de delitos sexuales previos, la agravación de la muerte (ley subsidiaria) está llamada a aplicarse solo si no es de aplicación la finalidad autoencubridora (ley principal); es decir, que el hecho de que la muerte sea subsiguiente a un delito sexual solo cobra relevancia jurídica allí donde el motivo de la muerte sea distinto al autoencubrimiento, y además siempre que se den sus requisitos específicos: que la muerte la perpetre el autor del delito sexual sobre la víctima de éste, y subsiguientemente. Porque si la finalidad residía en el autoencubrimiento (zona de coincidencia), la circunstancia de muerte subsiguiente a delito sexual no añade ningún contenido de desvalor adicional al hecho que explicase la ulterior agravación.

Estimo que esta tesis es la preferible desde una perspectiva sistemática, atendidas dos consideraciones. Por una parte, se respeta así el orden lógico, al comprobar previamente si la calificación debe ser homicidio o asesinato, previa a plantearse si ha de agravarse alguna de estas figuras delictivas. De entrada, podemos verificar cuál de las dos circunstancias es aplicable: si se da la principal (muerte por autoencubrimiento), asesinato; si solo la subsidiaria (delito sexual y muerte con motivo distinto al autoencubrimiento), homicidio cualificado. En caso de aplicación de la agravante subsidiaria, que estemos entonces ante homicidio agravado o asesinato conminado con prisión permanente dependerá de si se da o no alguna de las demás circunstancias caracterizadoras del asesinato. Y, por otra parte, se recurre a comprobar la aplicabilidad del principio de subsidiariedad siguiendo el orden establecido en el art. 8, tras descartar el primero, el de especialidad, en lugar de recurrir directamente al principio enunciado en cuarto y último lugar, el más tosco, el de alternatividad.

Ciertamente, surge una distorsión penológica derivada de que opere la preferencia del móvil encubridor sobre el sexual, consistente en que, dándose además otra circunstancia adicional del asesinato, resultará más favorable la apreciación de esta circunstancia caracterizadora 4ª que la de agravación por delito sexual previo, ya que lo primero implicará una «mera» exacerbación de la pena de prisión (dando lugar a la mitad superior del marco penal del asesinato, prisión de 20 a 25 años), mientras que lo segundo entrañará inexorablemente la prisión permanente revisable⁶⁵. Ahora bien, tal incongruencia no es privativa de este caso, sino consustancial a la poco meditada estructura de los asesinatos «multicircunstancia», en cuyo marco dos, tres, e incluso cuatro circunstancias caracterizadoras pesan menos que una caracterizadora más una agravante, siendo así que a veces resulta difícil distinguir unas de otras, como en el presente caso, o en la relación

⁶⁵ No comparto el criterio de GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 55, quien considera que, dada la sola circunstancia de matar tras p. ej. una violación, se califica mediante el art. 139.1.4ª; pero en cambio, concurriendo otra circunstancia más del asesinato, la previa comisión del delito de violación operará «como un supuesto agravado del art. 140.1.2 CP». Y ello porque la apreciación preferente del móvil de encubrir otro delito no puede depender de si adicionalmente concurre o no otra circunstancia más del asesinato: simplemente, el objetivo de encubrir seguirá constituyendo circunstancia caracterizadora, pero ya no única (por tanto, «superasesinato» del art. 139.2).

entre alevosía y especial vulnerabilidad, y prácticamente imposible fundamentar la superior gravedad genérica de las circunstancias del art. 140 con respecto a las caracterizadoras del 139.

5. Delimitación con la muerte de un menor de 16 años

El segundo gran problema de delimitación afecta al ámbito de los delitos sexuales previos a los que se vincula la agravación de la muerte. El art. 140.1.2^a se circunscribe al asesinato subsiguiente «a un delito contra la “libertad” sexual»; en concordancia, el art. 138.2.a, para el homicidio en tal contexto.

De acuerdo con el criterio de interpretación gramatical, puesto que el título VIII del CP, tocante a este género de delitos, lleva por rúbrica la de «delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», y comprende por tanto no sólo los delitos contra la libertad, sino también contra la indemnidad sexual, ha de concluirse que los delitos contra la indemnidad sexual, esto es, *grosso modo* los cometidos con víctima menor de 16 años, quedan fuera de su ámbito de aplicación.⁶⁴ Pero no sólo por razones gramaticales, sino también sustanciales: la doctrina ha distinguido nítidamente entre uno y otro bien jurídico, ambos relativos a la esfera sexual, pero en un caso como manifestación específica de la libertad y en otro atinente a la intangibilidad en este terreno de los sujetos que carecen connaturalmente de libertad o no han madurado lo suficiente para alcanzarla todavía, y en los que la actividad sexual prematura puede perturbar su normal desarrollo.⁶⁵ El principio de legalidad se opone a incluir, pues, como sujetos pasivos de la agravación a los de los delitos contra la indemnidad sexual: personas con discapacidad necesitadas de especial protección y menores de dieciséis años⁶⁶.

La doctrina había advertido al prelegislador de la incoherencia que suponía aludir solo a los delitos contra la libertad sexual, recomendando su subsanación, cuando aún se estaba a tiempo⁶⁷. Como en tantas ocasiones, infructuosamente. Ya en vigor la norma, la doctrina trata de solucionar el problema⁶⁸, y en ocasiones basa la solución en un criterio sistemático cuyos detalles no se especifican. Así, a favor de entender comprendidos los delitos contra la indemnidad sexual «por sistematicidad», sin ulterior explicación, FERNÁNDEZ GARCÍA⁶⁹, o MUÑOZ CONDE⁷⁰, quien para el homicidio agravado también considera que hay que entenderlos incluidos, a fin de evitar soluciones incoherentes, mientras que para el asesinato sí estima que cabe atenerse a la literalidad del precepto y no aplicarlo a los delitos contra la indemnidad sexual, porque aquí se

⁶⁴ Así, FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7^a ed., 2021, pp. 36 s.; GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 55; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 7^a ed., 2015, pp. 62 y 50 s., quien habla a este respecto de «frivolidad del legislador», y destaca que la agravación se circunscribe a los delitos contra la libertad sexual *stricto sensu*.

⁶⁵ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 7^a ed., Atelier, Barcelona, 2021, pp. 131 ss.

⁶⁶ La delimitación sin embargo no resulta tan clara en algunos supuestos fronterizos, como el de abuso sexual mediante engaño o prevalimiento con respecto a sujeto pasivo mayor de 16 y menor de 18 años, es decir, sujetos con posibilidad de ejercer la libertad sexual, pero todavía fácilmente manipulables por adultos.

⁶⁷ Cfr. SIERRA LÓPEZ, *Derecho y Proceso Penal*, (33), 2014, p. 157.

⁶⁸ Cfr. CUENCA GARCÍA, *Cuadernos de Política Criminal*, (118), 2016, p. 145, y explicando el olvido del legislador por la relativa proximidad del caso Marta del Castillo, de 17 años.

⁶⁹ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revista Penal*, (44), 2019, p. 55.

⁷⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 58.

evitarían los resultados absurdos, ya que de todos modos se aplicaría la circunstancia 1ª del mismo art. 140.1 y por tanto la prisión permanente revisable. Sin embargo, lo mismo cabría concluir con respecto al homicidio cualificado, en que también estaría comprendido el que recaerá sobre menor de 16 años. No alcanzo a ver la diferencia entre ambos supuestos.

Realmente, esta aplicación del criterio sistemático no aporta nada más que la presuposición de que el legislador, de haber sido consciente de la incoherencia (que lo fue), habría decidido en el sentido de incluir los delitos contra la indemnidad sexual. Se trata de adivinar lo que en realidad ha querido decir. Sin embargo, lo cierto es que en este lugar sistemático no lo ha hecho, aun habiéndosele advertido. Máxime cuando no incurre en esta misma incoherencia en la agravación análoga prevista para el delito de desaparición forzada de personas. ¿No cabe más bien suponer que la voluntad real coincide con la literal?

Con respecto a menores de 16 años, la jurisprudencia ni siquiera ha planteado esta cuestión, sino que, en varios casos de muerte subsiguiente a agresión sexual, presupone directamente la naturaleza de delito contra la libertad sexual, apreciando la agravación conjuntamente con la circunstancia de especial vulnerabilidad (art. 140.1.1ª), dada la edad de la víctima. Sorprende que, siendo el criterio de interpretación gramatical el seguido para afirmar la compatibilidad entre las dos circunstancias de autoencubrimiento y muerte posterior a delito sexual, en cambio al delimitar el ámbito de esta segunda circunstancia incurra en tamaño alejamiento del tenor literal del precepto, que explícitamente requiere que el delito sea contra la «libertad sexual». Así, las SsTS 21 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2481) (ponente: Marchena Gómez) y 20 de julio de 2021 (ECLI:TS:2021:3150) (ponente: Llarena Conde), relativa a una niña de 15 años⁷¹, y la SAP Barcelona de 8 de junio de 2021 (ECLI:ES:SAP:2021:4915), en el caso de una niña de 13 años. Sorprendentemente, ninguna de las partes procesales, ni siquiera la defensa, plantea la cuestión, y desde luego debería haber merecido al menos una fundamentación el hecho de que se extienda la aplicación del precepto a supuestos manifiestamente no abarcados por su tenor literal. Sobre todo, teniendo en cuenta la gravedad de las consecuencias jurídicas que comporta la circunstancia.

Entiendo que con este proceder se incurre en la analogía prohibida. Una posible explicación de la línea jurisprudencial puede encontrarse en que, en todos los casos enjuiciados viene en consideración la figura de agresión sexual, no de abuso, y de víctimas adolescentes, relativamente cercanas a la edad límite en que se reconoce la disponibilidad del bien jurídico. ¿Y si se hubiera tratado de niños de corta edad? O bien, ¿acaso se está presuponiendo que cuando media violencia o intimidación el bien jurídico protegido es siempre la libertad sexual, con independencia de la edad de la víctima? Ello sería coherente con que, en los delitos contra la libertad de obrar, se acepta como sujeto pasivo también a menores e incapaces en la medida en que estos posean al menos cierta capacidad de tomar decisiones. Y puesto que en la agresión sexual, como delito complejo, concurre un ataque contra la libertad de obrar, sirviéndose de violencia o intimidación, que se utiliza como medio para invadir la esfera sexual de la víctima,

⁷¹ Cfr. SsTS 2481/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2481) (ponente: Marchena Gómez) y 1738/2020, de 20 de julio de 2021 (ECLI:TS:2021:3150) (ponente: Llarena Conde). En la SAP Valencia de 30 de julio de 2020 (ECLI:ES:AP:2020:1738), a la que corresponde en casación la segunda STS mencionada, se aprecia el delito de asesinato por la concurrencia de alevosía y propósito de evitar que se descubriera el delito de agresión sexual sobre menor de 16 años, así como dos circunstancias del art. 140.1, tanto la 1ª (por ser la víctima menor de 16 años) como la 2ª (muerte subsiguiente a delito contra la libertad sexual, llevada a cabo con pocos minutos de diferencia y en el mismo lugar, para evitar ser denunciado).

podría entenderse que el primer aspecto afecta por igual a los mayores y a los menores de 16 años (o 18, en otros tipos), mientras que el segundo en los mayores menoscaba su libertad sexual y en los menores su indemnidad sexual. Es decir, que en cierto modo en la agresión sexual también se ve afectada la libertad de la víctima, que en definitiva repercute en su esfera sexual⁷².

Sin embargo, lo cierto es que el art. 183 quáter consagra indirectamente la regla general de invalidez del «consentimiento del menor de dieciséis años». Y si un menor así definido no tiene capacidad reconocida por el ordenamiento jurídico para decir sí válidamente a las relaciones sexuales, ¿acaso se le está reconociendo para decir no, en la medida en que se le atribuye acriticamente la titularidad del bien jurídico libertad sexual?

Cuando dispongamos de jurisprudencia al respecto estaremos en condiciones de juzgar si también se apreciaría la concurrencia de delito contra la libertad sexual, p. ej. en supuestos de abuso sexual a menores previo a darles muerte, en el cual, estando ausente la violencia o intimidación, no se ataca (no se «doblega») la libertad de obrar genérica, sino que se define por producirse «sin que medie consentimiento» (art. 181.1). No es lo mismo que falte fácticamente el consentimiento (delito contra la libertad) que el que falte jurídicamente (delito contra la indemnidad).

En un supuesto extremo, imagínese que toma la iniciativa el menor, que se mantienen relaciones, y que tras ellas el autor lo mata: ¿se apreciaría delito contra la libertad sexual previo? Aquí, si se entiende que su libertad sexual se ve atacada «en los mismos términos que si fuera adulto» (es decir, con el mismo régimen que la libertad de obrar, protegible frente a la mera coacción, aquí ausente), habría que negar que se haya visto comprometida su libertad sexual, puesto que hubo «consentimiento» en la relación, que se consideraría tan válido como si lo hubiera prestado un adulto. Por consiguiente, no habría delito contra la libertad sexual previo. Alternativamente, «si se le da tratamiento de menor», teniendo en cuenta su falta presunta de libertad, tampoco se considerará afectada su libertad sexual, sino en cambio su derecho a un desarrollo en el terreno sexual exento de experiencias traumáticas por prematuras, es decir, lo que se habría visto afectado es su «indemnidad» sexual. Y por tanto no le sería de aplicación a la muerte la agravante del art. 140.1.2^a.

Por otra parte, hay delitos contra la indemnidad sexual que carecen del correspondiente delito contra la libertad sexual, es decir, en que, ausente la inmadurez para decidir en el terreno sexual, la conducta que sería típica por atentar contra la indemnidad deja de serlo porque, al no constituir atentado contra la libertad sexual de personas ya suficientemente maduras para decidir en este ámbito, carece del tipo correlativo en que subsumirse. Piénsese en los delitos de

⁷² Acerca de los problemas en torno a la regla sobre la edad mínima del consentimiento, con una propuesta *de lege ferenda* de considerarla residual, no regla general, y complementable con una serie de factores para considerar válido el consentimiento, BOLDOVA PASAMAR, «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (23), 2021, pp. 1 ss. Llega a ella partiendo de la presuposición de que en los casos de agresión sexual se atenta, no solo contra la indemnidad del menor, sino también contra su libertad sexual, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones sexuales «consensuadas». Justo la idea que se indica en el texto. Cfr. asimismo DE LA MATA BARRANCO, «Tratamiento penal del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21), 2019, pp. 1 ss.; GONZÁLEZ AGUDELO, «La regla de las equivalencias del art. 183 quater y el consentimiento. La sexualidad de los menores ¿en suspenso?», *Revista General de Derecho Penal*, (34), 2020, pp. 1 ss.; MARTÍNEZ GUERRA, «Edad sexual y exclusión de la responsabilidad penal. Fundamentos de Derecho anglosajón», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (23), 2020, pp. 67 ss.

acoso telemático (art. 183 ter), o en alguna de las figuras del art. 183 bis (obligar a presenciar actos de carácter sexual, sin que el autor participe en ellos), o en los de exhibicionismo y provocación sexual (185 y s.). Es decir, puesto que hay delitos únicamente contra la indemnidad sexual, sin rastro alguno de atentado contra la libertad sexual: ¿también estos habrá que considerarlos susceptibles de ser delitos antecedentes que agravan la muerte dolosa? Indudablemente no, ya que de lo contrario se infringiría frontalmente el principio de legalidad. Por tanto, existiendo hechos delictivos que menoscaban la indemnidad sexual, pero que ni remotamente afectan a la libertad sexual, se pone de manifiesto la disparidad de uno y otro bien jurídico, o sea, que se trata de dos dimensiones no coextensas; de donde cabe deducir que, en aquellos otros delitos en que sí coinciden las conductas típicas contra uno y otro, ha de distinguirse también entre los delitos contra la libertad y contra la indemnidad sexual.

Con la reforma de 2015, la edad requerida para ser sujeto pasivo de la mayoría de los delitos contra la indemnidad sexual se fija en 16 años, lo que viene corroborado por la nueva regla sobre invalidez del consentimiento en el ámbito sexual del menor de esa edad. En esta misma reforma, se sitúa en esa edad el límite superior de la circunstancia de especial vulnerabilidad del art. 140.1.1ª, aplicable asimismo al homicidio en virtud del art. 138.2.a. Que no se incluyan los delitos contra la indemnidad sexual entre los previos a la muerte dolosa agravada no significa, por consiguiente, que los menores víctimas queden excluidos del nuevo sistema de agravantes. Más bien entonces resultará de aplicación otra de las circunstancias agravantes, la indicada de especial vulnerabilidad⁷³ del mismo art. 140.1.1ª: «que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su [...] discapacidad»⁷⁴. El hecho de que la edad a efectos de la vulnerabilidad en los delitos contra la vida se haya armonizado con la de la ausencia de capacidad para consentir en la esfera sexual permite sostener que se establece una vulnerabilidad genérica, o al menos una vulnerabilidad común a los delitos contra la vida y a los de orden sexual. Y que prevalece, por tanto, a efectos de la delimitación legal de las circunstancias de la muerte, la vulnerabilidad del sujeto pasivo en general —tanto frente a perder la vida como a que se lo utilice como objeto sexual— sobre el hecho de haber sido vulnerable específicamente ante un delito sexual⁷⁵.

Ciertamente se sigue planteando el problema del solapamiento con respecto a las otras personas especialmente vulnerables a efectos del atentado contra su vida (arts. 140.1.1ª y 138.2.a) que, en cambio, sí disponen de libertad sexual, y por tanto pueden ser sujetos pasivos de delitos contra la libertad sexual. Tal es el caso de personas de edad avanzada, o con discapacidad, sobre todo física, pero no «necesitadas de especial protección»⁷⁶. Estos supuestos ponen de manifiesto la incongruencia de que no se agrave también la muerte subsiguiente a delito contra la indemnidad sexual en que no se producirá el solapamiento de circunstancias. Donde sí resulta posible, se dará, pues, una concurrencia de circunstancias «agravatorias» del homicidio o del asesinato,

⁷³ Al respecto, LÓPEZ LÓPEZ, «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida», en *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 94 ss.

⁷⁴ Así también GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 52; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 39. En sentido contrario CADENA SERRANO, «Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código penal por LO 1/2015», *Conferencia publicada online*, 2015, p. 14, quien no deja de reconocer los inconvenientes que para su tesis plantea el principio de legalidad.

⁷⁵ En sentido similar, GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 54.

⁷⁶ Y se corre el riesgo de que, en presencia de un delito contra la libertad sexual de estos sujetos pasivos, esa especial vulnerabilidad física la equipare el juzgador al «desvalimiento constitutivo», aprecie alevosía y convierta al homicidio agravado con dos circunstancias en un asesinato agravado, castigado con prisión permanente.

cuyas consecuencias no están previstas legalmente, concurrencia que en el caso de las «caracterizadoras» del asesinato hubo de regularse en la ley con la muy poco satisfactoria solución del denominado «superasesinato» del art. 139.2, que prevé el marco penal del asesinato en su mitad superior. A tenor de la jurisprudencia a este respecto, las circunstancias adicionales despliegan los efectos de las agravantes genéricas. De todos modos, el solapamiento carece prácticamente de consecuencias, dada la naturaleza no graduable de la prisión permanente, incluso concurriendo más de una de las agravantes específicas.

Otro argumento a favor de excluir los delitos contra la indemnidad sexual como delitos previos, adicional al puramente gramatical, viene dado por el hecho de que la ley, en la agravación afín prevista para el delito de desaparición forzada, la aplica no sólo a los delitos contra la libertad, sino también específicamente a los delitos contra la indemnidad sexual (art. 166.2.b, fruto de ¡la misma reforma del CP de 2015!). Y ello a pesar del relativo paralelismo consistente en que también se prevé aquí, como con respecto a la muerte dolosa, la agravación, alternativa o cumulativa a la de la finalidad de atentar contra la indemnidad sexual, de que la víctima sea menor de 18 años o persona con discapacidad mental. Por tanto, cabe afirmar que la ley distingue a este respecto con toda claridad entre el tratamiento de la muerte y el de la desaparición forzada.

Cuestión distinta es que no resulte fácil encontrar un fundamento racional para tal disparidad, lo que justifica que se recurriera genéricamente al criterio de interpretación sistemático para ganar algo de congruencia. Puede que la explicación resida simplemente en la improvisación y falta de depuración técnica del proceso legislativo. Pero lo cierto es que aplicar la agravante a la muerte subsiguiente a delito contra la indemnidad sexual incurre en la aplicación analógica in *malam partem*. Incluso *contra legem*.

6. Relaciones concursales, especialmente entre la muerte dolosa y el delito contra la libertad sexual

En el ámbito del «homicidio» doloso, a efectos del tratamiento del concurso entre la muerte dolosa y el delito sexual previo, cabe hallar un término de comparación en el otro supuesto de homicidio agravado por la presencia de un segundo delito, teniendo en cuenta que en ambos casos se menoscaban dos bienes jurídicos protegidos distintos. Así, en el homicidio que sea «además constitutivo de un delito de atentado del artículo 550» (art. 138.2.b), la ley, al configurar un delito complejo como fusión de dos ataques contra bienes jurídicos distintos, en realidad describe un concurso de delitos específico, por cierto con una pena exacerbada con respecto a la que resultaría del concurso ideal hasta entonces aplicable⁷⁷; además de no prever la posibilidad, sí existente para el concurso ideal, de castigar los delitos por separado si ello resulta más beneficioso. En cambio, para la concurrencia del homicidio con el delito sexual previo, aun cuando se exagera la pena del delito más grave, el homicidio, todo apunta a que ese homicidio agravado no abarca la pena por el delito sexual, sino que a su vez entra en concurso (real) con el anterior delito sexual⁷⁸.

⁷⁷ Con la finalidad de reforzar la protección de la autoridad o sus agentes, se indica en la Exposición de Motivos de la norma, lo que constituye no una «fundamentación», sino una mera «descripción» de la reforma operada, puesto que agravar el marco penal equivale precisamente a reforzar la protección.

⁷⁸ Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, pp. 471 ss. Así también CADENA SERRANO, «Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código penal por LO 1/2015», *Conferencia publicada online*, 2015, p. 15; MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, pp. 42 s.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., 2015, p. 51, estima que, cuando proceda,

Dado, pues, que cabe apreciar un concurso real entre delito sexual y muerte, en la medida en que se describen como dos hechos consecutivos, sin que el segundo abarque el desvalor del primero; supuesto p. ej. un delito de violación consumada, de acuerdo con la regla del art. 73, antes de la reforma de 2015 el marco resultante estaba comprendido entre los 16 y los 24 años de prisión. Tras la reforma, entre 21 y 34 años y 6 meses. Se da lugar, pues, a un enorme incremento de pena, pero aun así esa parece la opción de la ley, dada su intención, expresada en la Exposición de Motivos, de reprimir con mayor dureza comportamientos «de extrema gavedad».

Resulta difícil encontrar alguna justificación al distinto tratamiento del delito sexual previo a la muerte con respecto al delito de atentado simultáneo a ésta, salvo quizá la de que allí se trata de concurso real y aquí ideal. Pero sobre todo, tanto en uno como en otro caso, carece de justificación que se agrave la pena por un delito en presencia de otro concreto (y no en cambio en presencia de delitos distintos), sin más exigencia de conexión que la contigüidad entre ambos. Si la muerte se agrava para incrementar la protección de la libertad sexual, entonces el concurso auténtico –que se suma a la agravación– con el delito contra la libertad sexual vulnera el *ne bis in idem*.

Con todo, tiene sentido el concurso auténtico con el delito sexual previo en tanto que no se entendería que se castigase con un único marco penal el concurso de una muerte dolosa con delitos de gravedad tan distinta⁷⁹ como la violación, el acoso sexual, el exhibicionismo o la explotación de la prostitución ajena. Pero entonces la agravación del homicidio subsiguiente sí incurre en la criticada igualación, puesto que en ella no se distingue en función de la gravedad del delito sexual previo.

Otra razón que abona la opción por el concurso de delitos reside en que si los delitos contra la indemnidad no están incluidos en este tipo agravado, pero se entiende que podrían derivarse a la otra figura agravada que tiene en cuenta la vulnerabilidad de la víctima, por su edad inferior a 16 años (justo el límite etario superior establecido en la misma reforma de 2015 para los delitos contra la «indemnidad» sexual), en el caso de víctima menor el delito sexual entraría indudablemente en concurso real con la muerte dolosa agravada, y carecería de sentido el tratamiento concursal divergente para los delitos contra la «libertad» sexual.

La opción alternativa al concurso de delitos apuntaría a que el homicidio agravado se aplicara preferentemente al (o sea, en lugar del) concurso real entre homicidio y violación. En este caso la pena se mantendría en un marco de entre 15 y 22 años y 6 meses de prisión, el cual, aunque muy ligeramente, sería inferior al resultante del concurso real de delitos entre homicidio simple y violación⁸⁰. Ello determinaría que para los casos más graves, los de violación, el nuevo precepto nacería prácticamente con vocación de no aplicarse, en virtud del principio de alternatividad; quedando circunscrito a otros delitos contra la libertad sexual menos graves: abusos o acoso. En realidad, lo que no parece tener sentido es la «tarifa plana» agravatoria para el homicidio

la calificación de concurso medial entre el delito sexual y el homicidio debe ser prevalente, como ley especial, sobre el homicidio agravado.

⁷⁹ Así, CUENCA GARCÍA, *Cuadernos de Política Criminal*, (118), 2016, p. 147.

⁸⁰ Si bien podría entenderse que se trata de concurso de leyes, pero en el que por el principio de alternatividad resultara de preferente aplicación el concurso real.

contiguo al delito sexual, sin distinguir la gravedad del delito sexual, ni el que no se limite a los delitos sexuales que entrañan empleo de violencia.

Lo expuesto hasta aquí es aplicable *mutatis mutandis* al asesinato agravado, si bien este caso de concurso real plantea en el ámbito de la determinación de la pena el problema de que una de las concurrentes es la más grave de nuestro ordenamiento: la prisión permanente revisable. No obstante, el supuesto de hecho está previsto en el art. 78 bis, a tenor del cual la concurrencia de un delito adicional con respecto a uno castigado con prisión permanente determina el endurecimiento de las condiciones de ésta, en cuanto al acceso al tercer grado y en cuanto a su «revisión», es decir, a la «suspensión de la ejecución del resto de la condena»; pero tal endurecimiento sólo procede si «el resto de las penas impuestas [suman] un total que exceda de cinco años». De manera que delitos como el acoso, los de forzar o inducir a la prostitución, algunos de abuso sexual e incluso la agresión sexual básica, carecerían de efecto agravatorio apreciable; no así la violación.

En cualquier caso, la estimación de los delitos de homicidio y asesinato, incluso en grado de tentativa, singularmente tras su agravación por ser posteriores a delitos contra la libertad sexual, desplaza la aplicación de las agravaciones previstas para los delitos de agresión sexual en el art. 180.5º: «cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones...», en virtud del criterio de que el delito de lesión debe consumir a la agravación fundada sólo en el peligro derivado de la agresión. Y ello a pesar de la ambigua cláusula concursal final «...sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas», que no obstante debe interpretarse en el sentido indicado. Esta agravación eleva el marco penal del tipo básico de agresiones a la horquilla de 5 a 10 años de prisión, y el de la violación a la de 12 a 15 años. En sentido similar (¿por qué no totalmente idéntico?), con respecto a los delitos contra la indemnidad sexual, el art. 183.4.e): «Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima», pero aquí sin previsión de cláusula concursal perturbadora. El marco penal de la agresión a menor de 16 años se elevaría a la mitad superior del inicialmente previsto (sin excederlo como en el supuesto de la agresión a adulto, probablemente debido a que el marco de partida ya es suficientemente elevado; al final prácticamente coinciden en uno y otro caso), es decir, para el tipo básico de agresión a la pena de entre 7 años y medio y 10; y para la violación de 13 años y medio a 15; y es aplicable asimismo al abuso sexual (agravación: de 4 a 6 años, tipo básico; y de 10 a 12, con acceso carnal)⁸¹.

Entiendo que, a igualdad de sujeto activo y pasivo, la pena agravada por razón del peligro de muerte pierde su razón de ser una vez que el peligro se materializa en lesión, de manera que la ambigua cláusula «sin perjuicio» ha de entenderse en el sentido de que esa pena agravada efectivamente no desplazaría la aplicación, si llega a producirse la temida muerte, de la pena del homicidio consumado, pero que desde luego en caso de materializarse el homicidio la agravación resultaría absurda, por vulnerar la prohibición del *bis in idem*⁸², al castigar puesta en peligro más

⁸¹ Si en este caso sin violencia en sentido estricto se prevé la agravación por el peligro pensando probablemente en los posibles efectos derivados de drogar a la víctima, no se explica por qué no se prevé la agravación asimismo para supuestos similares de abuso sexual sobre mayor de 16 años.

⁸² Cfr. al respecto extensamente SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código penal*, 2017, pp. 95 ss.; EL MISMO, «Las reglas concursales expresas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, pp. 697 ss.

lesión. No comparto el intento de justificar la agravación para la agresión sexual en la especial idoneidad para conseguir el atentado contra la libertad sexual derivado del empleo de armas o similares, ya que esa especial idoneidad tendría que desplegarse, lo que no ocurre, para otros supuestos coactivos diseminados por todo el Código penal, donde el peligro para la vida no agrava específicamente; así como teniendo en cuenta que el peligro para la vida en el caso de los delitos contra la indemnidad sexual⁸³ no se basa específicamente en el empleo de armas. Por lo mismo que es incoherente que no se prevea la puesta en peligro de la vida o la integridad para supuestos no violentos pero sí peligrosos, como el abuso sexual en que se emplean sustancias idóneas para anular la voluntad de la víctima (art. 181.2, segundo inciso).

Debe propugnarse, por tanto, la supresión de esta regla concursal expresa perturbadora, dejando que desplieguen su eficacia las reglas concursales generales para la relación entre el homicidio o asesinato, consumado o intentado, y el delito contra la libertad y la indemnidad sexual (no agravado por el peligro). Con mayor razón, desde que se ha previsto la agravación específica de la muerte dolosa «precedida» de delito sexual, resultaría absurdo agravar la pena para el concurrente delito sexual, al menos cuando el plan incluye que vaya «seguido» de muerte. Ahora la vulneración del *ne bis in idem* resultaría aún más ostensible.

La directriz indicada quizá debiera matizarse en aquellos casos en que no conste, dada la dificultad de demostrarlo, que inicialmente existía dolo directo de matar tras tener perpetrado el delito contra la libertad sexual, es decir, cuando el dolo directo de matar solo surge con posterioridad, dirigido a una segunda acción no incluida en el inicial programa delictivo. En estos casos, el ataque contra la libertad sexual, especialmente peligroso para la vida o integridad física, cobra cierta independencia en la ejecución y podría justificar la agravación de este delito⁸⁴.

La relación concursal recibe un tratamiento particularizado en la —varias veces mencionada— STS 478/2018, de 17 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3518) (ponente: Colmenero Menendez de Luarca). Recuérdese que en los hechos probados, el autor, que se encuentra a la víctima aturdida, primero le introduce dedos por la vagina, causándole desgarros y una pequeña hemorragia;

⁸³ Así, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (dirs.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 2008, p. 333. Tampoco comparto la postura, favorable al concurso auténtico entre la agresión sexual agravada y el delito de homicidio o lesiones, de MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 215, basada en que «la cualificación se debe a la agresión sexual en sí misma», puesto que en la medida en que dicha cualificación está vinculada al empleo de violencia, se refiere sobre todo a la lesión de la vida o la integridad, no incrementando en absoluto la magnitud del menoscabo de la libertad sexual.

⁸⁴ Al respecto ampliamente SAP Huelva de 19 de diciembre de 2021 (caso Laura Luelmo), que aprecia la agravante, considerando que el instrumento de que se sirvió el autor no se utilizó simplemente con una finalidad amenazante, pues en tal caso su utilización quedaría consumida en la descripción de la modalidad intimidatoria de violación, sino para infligir una lesión grave, con fractura de mandíbula (lesión que, por cierto no se valora en la condena). Además, vuelve a tener en cuenta el «salvajismo» de la agresión para conceptuarla como particularmente degradante o vejatoria (art. 180.1.1ª), e incluso aprecia la agravante de discriminación por razón de género, fundada en la asimetría entre varón-autor y mujer-víctima, manifestación de una desigualdad perpetuadora de la dominación del varón (es de suponer que por la superioridad física y, como se puntualiza además, porque la condición femenina no es connatural a ser sujeto pasivo, puesto que también se protege la libertad sexual del varón; con mejor criterio, reduce a sus justos términos esta agravante genérica la STS de 20 de julio de 2021 —(ECLI:ES:TS:2021:3150) (ponente: Marchena Gómez)—, requiriendo la evidencia de pretender ejercer la dominación, sin lo cual sería indistinguible de cualquier ataque a la libertad sexual de una mujer). En suma: se da por probada «una» sola brutalidad para reducir a la víctima, pero se deducen nada menos que «tres» agravantes basadas en ella. En la resolución se alude al *ne bis in idem*, si bien simplemente para descartar que se vea infringido; claro que no por solo mentarlo se le exorciza. Además, la brutalidad vuelve a tenerse en cuenta para estimar ensañamiento en la ejecución de la muerte.

después le introduce un objeto de gran tamaño por el ano causándole una gran hemorragia que acaba produciéndole la muerte. La AP Sevilla (y lo confirma el TSJ de Andalucía) apreció agresión sexual en concurso con asesinato (alevosía más autoencubrimiento, lo que conlleva aplicar el art. 139.2; no en cambio el art. 140.1.2^a, dada la simultaneidad); en concreto, concurso real, porque individualiza dos acciones distintas: primero la agresión sexual por vía vaginal y después la otra acción de agredir por vía anal, a la vez constitutiva de muerte dolosa. En cambio, el TS aprecia unidad de acción, y por tanto concurso ideal. Porque, de acuerdo con la doctrina del TS, cuando se llevan a cabo sucesivas penetraciones con relativa proximidad temporal quedan subsumidas en un solo delito de agresión sexual; por tanto la única agresión sexual, que se continúa, se superpone con la acción de matar, constitutiva de asesinato. De ahí el concurso ideal. Ahora bien, partiendo de la tesis del TS relativa a la clase de relación concursal, se da el contrasentido de que resulte preferible para el autor seguir agrediendo sexualmente de modo brutal, hasta matar, que primero agredir sexualmente y a continuación matar, pues en el primer caso se daría concurso ideal (asperación de la pena más grave), y en el segundo concurso real (acumulación de ambas penas), pese a que en este segundo caso el ataque sexual ha cesado antes. Pero esto es precisamente lo que permite el precepto, que requiere que la muerte dolosa sea «subsiguiente» al delito contra la libertad sexual, no abarcando los supuestos de simultaneidad.

Finalmente, en buena parte de los supuestos el atentado contra la libertad sexual y la muerte irán precedidos de detención ilegal, encaminada a asegurarse el autor tener a la víctima a su merced. Como también con gran frecuencia en la muerte se dará la alevosía. La detención entrará aquí en relación de concurso de delitos con los otros dos, casi siempre de tipo medial, si existía el propósito homicida en el momento de la detención⁸⁵.

En caso de desaparición del cuerpo de la víctima, se ha planteado en la jurisprudencia, a instancia de las acusaciones, la posible aplicación del tipo agravado de desaparición forzada de personas, en tanto que el reo «no dé razón del paradero de la víctima», además agravado por la finalidad de atentar contra la libertad sexual de la persona desaparecida (art. 166.2.b). Así SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019 (caso Diana Quer) y SAP Huelva de 19 de diciembre de 2021 (caso Laura Luelmo)⁸⁶. Esta última se ocupa en profundidad tanto de fundamentar la relación de concurso auténtico (no aparente) e ideal medial (no real) de la detención con los delitos ulteriores, como de las razones por las que ha descartarse en el caso de autos la aplicación de este tipo agravado de detención. Si bien la cuestión se desarrolla con gran amplitud y profundidad en la resolución judicial, en esencia cabe indicar que se descarta la calificación de desaparición forzada con el argumento puramente formal de que, al tiempo de aparecer el cadáver, el sospechoso no podía aún considerarse «reo», en lugar de plantear si en puridad habría cabido castigar por desaparición forzada allí donde antes de dictar sentencia sí se conoce el lamentable destino último («paradero») de la víctima. En la SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019, caso Diana Quer, a pesar de que las acusaciones calificaron la detención de la víctima como desaparición forzada

⁸⁵ Tanto las ya mencionadas SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019 como SAP Huelva de 19 de diciembre de 2021 aprecian el concurso ideal de la detención ilegal solo con la agresión sexual, pero no con el asesinato (que castigan con la prisión permanente revisable), se entiende que este en concurso real con los dos delitos anteriores; y ello probablemente debido a la ausencia de prueba sobre el dolo homicida en el momento de la detención, prueba que se requeriría para la relación medial entre la detención y la muerte.

⁸⁶ ECLI:ES:APH:2021:518, caso Laura Luelmo. Se analiza en esta sentencia la problemática del delito de desaparición forzada, en supuestos en que el autor no es que no dé razón del «paradero de la persona detenida», sino de su cadáver. Pero esta problemática aquí solo cabe mencionarla, ya que tratarla sustantivamente desbordaría los límites de esta investigación.

con propósito sexual, posteriormente retiraron dicha calificación —seguramente debido a que el autor sí dio razón del paradero del cadáver—, sustituyéndola por la del tipo básico de detención ilegal.

En cualquier caso, en las mencionadas sentencias no se repara en lo contradictorio de la suposición básica de la que parten: que resulte posible, por un lado, agravar el castigo de la muerte por haberse perseguido con ella la finalidad de ocultar un delito anterior, y por otro agravar la detención por el hecho de no colaborar con la Justicia para encontrar el «previsible» cadáver. Olvidando que ello implicaría para el sujeto activo reconocer que ha cometido delitos previos (detención ilegal y agresión sexual) e incluso que ha perpetrado la muerte, que se conceptúa como asesinato precisamente por haberla encaminado a ocultar tales delitos previos. No es lícito castigar más gravemente por matar precisamente para ocultar un delito y además por seguir ocultándolo. Aun cuando la finalidad de esta segunda agravación se sitúe, no ya en dificultar la acción de la Justicia, sino en el sufrimiento que se inflige a los allegados a la víctima (que, por cierto, pueden existir o no), de ello ya se dio cuenta con la agravación de la muerte en razón del propósito de ocultación. Por no mencionar la vulneración del derecho a no autoincriminarse que supone tomar factor de agravación el tratar de eludir la responsabilidad penal propia⁸⁷.

Sobre si tener en cuenta dos veces la violencia, la necesaria para el delito de agresión sexual y para el asesinato, vulnera el *ne bis in idem*, la STS 657/2018, de 1 de marzo, lo resuelve para el robo violento⁸⁸, casando la Sentencia de TSJ que apreció esa vulneración, precisamente aludiendo como ejemplo de contraste a que no tendría sentido apreciar asesinato más abuso sexual, ya que entonces se forzaría el sentido del delito de abuso sexual, que requiere precisamente ausencia de violencia.

7. Conclusiones

Habiendo analizado los delitos dolosos contra la vida «agravados» por su relación con delitos sexuales, cabe concluir como balance que el «sistema» establecido por la reforma de 2015 carece de coherencia, vulnera principios penales de orden constitucional y crea problemas concursales antes inexistentes. Para la práctica procesal, sin embargo, el enfoque no puede quedarse en las consideraciones críticas de fondo, ya que cuando se trata de aplicar la ley realmente existente, no cabe limitarse, como comprensiblemente se ha dicho en una sentencia, a tomar nota de «los visibles defectos de técnica legislativa que están dificultando el juicio de subsunción»⁸⁹. Ha de ayudarse, pues, a entender las ideas implícitas del legislador subyacentes a estas agravaciones, y de *lege lata* aportar un poco de sistematicidad y coherencia en la interpretación de los nuevos preceptos.

Así, no cabe encontrar justificación racional para las agravaciones de las muertes dolosas simplemente por su inmediatez a un delito sexual previo. Desde luego, la explicación no se

⁸⁷ Recuérdese la observación, *supra* mencionada, del voto particular a la ya referida STS 2481/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:STS:2020:2481) (ponente: Marchena Gómez): el ataque a la Administración de Justicia inherente a intentar eludir el esclarecimiento del delito ya se tiene en cuenta en la pena de tal delito, como lo demuestra la impunidad del autoencubrimiento y que a su contrario, la confesión del reo, se le atribuya carácter atenuante.

⁸⁸ STS 657/2018, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:657) (ponente: Del Moral García).

⁸⁹ STS 2481/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:STS:2020:2481) (ponente: Marchena Gómez).

facilita en la Exposición de Motivos, puesto que no lo es la alusión a genéricas demandas sociales de penas más duras para crímenes especialmente execrables. Razón explícita no hay, pues, pero sí una razón subyacente: en la muerte dolosa subsiguiente a delito sexual, no sólo se priva a la víctima de la vida, sino que en sus últimos momentos se la utiliza como objeto para la satisfacción sexual ajena, en un atentado a su libertad sexual y a su dignidad como ser humano. Por así decir, primero se utiliza su cuerpo y luego se desecha a la víctima como un objeto de usar y tirar, sin un mínimo respeto por la dignidad humana. Esta idea permite entender que sólo se agrave la muerte subsiguiente a delito sexual, y no también de otros delitos al menos tan graves, como el secuestro; así como la exigencia de que la muerte sea inmediata, y a igualdad de autor y víctima; pero no justifica que se incluyan «todos» los delitos contra la libertad sexual distintos a los violentos. Aun así, no se explica por qué, en la suma de delito sexual más muerte, la mera secuencia introduce tan considerable agravación en el segundo sumando.

Debería optarse, pues, por la supresión del precepto. Pero si cambio se entiende que le queda algún fundamento a la agravación por la secuencia de delitos, de *lege ferenda* debería si acaso configurarse un delito complejo, si se quiere con pena superior a la que se derivaría del concurso, pero incluyendo en el marco penal al primero de los delitos, al estilo del robo violento (coacción más apoderamiento); o el homicidio agravado por constituir a la vez un delito de atentado; pero en ningún caso se debería mantener en la regulación legal la acumulación de los delitos y además exacerbar la pena del segundo de ellos.

Se pone de manifiesto la falta de visión sistemática del legislador de la reforma, sobre todo, en los problemas de delimitación de los nuevos tipos agravados con la modalidad de asesinato consistente en la muerte para posibilitar otro delito y, sobre todo, con la destinada a encubrirlo. El tenor literal de ambos preceptos generó el peligro de infringir el *ne bis in idem*, y la jurisprudencia implacablemente lo ha materializado, sustentando mayoritariamente la compatibilidad entre ellos basada en razones de pura lógica de las normas, sin tener en cuenta el respectivo fundamento de agravación de uno y otro.

Considero, en cambio, con algunas voces discrepantes incluso en la praxis judicial, que en ausencia de un fundamento defendible para la mayoría de los supuestos de contigüidad de la muerte con un delito sexual distinto al autoencubrimiento, ha de optarse por la siguiente solución interpretativa: debe aplicarse el concurso aparente, para resolver en primer lugar si concurre homicidio o asesinato. A tal fin, aplicando el principio de subsidiariedad, debe entenderse de preferente aplicación la agravante de autoencubrimiento, reservando la otra circunstancia para los raros casos de contigüidad con motivación de la muerte distinta el autoencubrimiento.

El carácter asistemático se revela asimismo en cuanto al ámbito de los delitos sexuales previos, ya que ostensiblemente en el texto no se incluyen los delitos contra la indemnidad sexual, si bien cabe entender que éstos también dan lugar a la aplicación de la muerte dolosa agravada. Ha de interpretarse que en caso de delito sexual sobre personas sin libertad sexual «solo» resulta aplicable la circunstancia agravante 1ª del art. 140.1, en tanto que son víctimas especialmente vulnerables. No obstante, en el resto de personas especialmente vulnerables, a diferencia de lo que ocurre con las víctimas menores de dieciséis años sí puede producirse solapamiento entre las circunstancias de especial vulnerabilidad y de muerte subsiguiente a delito contra la libertad sexual; de manera que la incongruencia no queda salvada. Ha de rechazarse la jurisprudencia de

hasta la fecha, que incomprensiblemente ni siquiera se plantea excluir los delitos previos contra la indemnidad sexual, seguramente debido a que la casuística se limita a agresiones sexuales, en las que el elemento violento o intimidatorio indica atentado contra la libertad de voluntad general (en que puede ser sujeto pasivo un menor), si bien no sexual.

Finalmente, son de destacar en la valoración de la prueba por parte de la jurisprudencia de los supuestos estudiados ciertas pautas que previsiblemente mantendrá, pero que debería reconsiderar. Así, en casi todos los casos se presupone la intención de autoencubrimiento, en ausencia de cualquier otra explicación alternativa de la muerte. Incomprensiblemente, las defensas no aducen otro posible motivo, lo que, en casos donde falte otra circunstancia caracterizadora de asesinato, permitiría eludir la prisión permanente. También se tiende a apreciar la agravante de discriminación por género sin explicación pormenorizada de en qué medida se excede el ataque a la libertad sexual de una mujer, y por qué solo en relación a este, y no también a la muerte, suprema muestra de dominación sobre otro ser humano. Inversamente, acaso por la dificultad de destruir la presunción de inocencia en este aspecto, ni siquiera se entra a considerar que la finalidad de la muerte estuviera presente ya en el momento de la eventual detención ilegal inicial, junto con la finalidad de atentar contra la libertad sexual, y que por tanto habría que apreciar también concurso ideal de la detención con los dos delitos que se persiguen, a su vez en concurso real, p. ej. la agresión sexual y la muerte. Pautas todas que pueden ser entendibles a causa de la dificultad de la tarea, pero que requerirían cierta reflexión, antes de que acaben convirtiéndose en prejuicios inconscientes.

8. Bibliografía

ALONSO ÁLAMO, «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015», *Cuadernos de Política Criminal*, (117), 2015, pp. 5 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA/DEL MOLINO ROMERO, «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma», en BRAVO BOSCH (coord.), *Feminización y justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 223 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 323 ss.

ARROYO ZAPATERO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/PÉREZ MANZANO (eds.), *Contra la cadena perpetua*, 2016, accesible en la URL: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/9671>

BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Bosch, Barcelona, 1999.

BOLDOVA PASAMAR, «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (23), 2021, pp. 1 ss.

CADENA SERRANO, «Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código penal por L. O. 1/2015», *conferencia publicada online*, 2015, accesible en la URL:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740

CUENCA GARCÍA, «Problemas interpretativos y de non bis in idem suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato», *Cuadernos de Política Criminal*, (118), 2016, p. 115 ss.

DE LA MATA BARRANCO, «Tratamiento penal del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21), 2019.

FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., Atelier, Barcelona, 2021, pp. 29 ss.

FERNÁNDEZ GARCÍA, «Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable», *Revista Penal*, (44), 2019, pp. 42 ss.

GARCÍA RIVAS, «Agresión y abusos sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, t. I, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1117 ss.

GÓMEZ RIVERO, «Delitos contra la vida humana independiente», en GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., t. I, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 23 ss.

GONZÁLEZ AGUDELO, «La regla de las equivalencias del art. 183 quater y el consentimiento. La sexualidad de los menores ¿en suspenso?», *Revista General de Derecho Penal*, (34), 2020.

KÜPPER/BÖRNER, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, Springer, Berlín-Heidelberg, 2017.

LÓPEZ LÓPEZ, «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida», en *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 94 ss.

MARTÍNEZ GUERRA, «Edad sexual y exclusión de la responsabilidad penal. Fundamentos de Derecho anglosajón», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (23), 2020, pp. 67 ss.

MORALES PRATS, «Del homicidio y sus formas», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coords.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, pp. 35 ss.

MOYA GUILLEM, «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (24), 2020, pp. 13 ss.

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 209 ss.

PANTALEÓN DÍAZ/SOBEJANO NIETO, «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código penal español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (29), 2014-I, pp. 213 ss.

PEÑARANDA RAMOS, «Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código penal», en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 1258 ss.

————— *Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2016*, 2016, n° marg. 7015, p. 747 ss. y n° marg. 7110, pp. 831 ss.

QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Atelier, Barcelona, 2021, pp. 131 ss.

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, «Asesinato», en SERRANO GÓMEZ *et al.*, *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, pp. 23 ss.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La violación “por actuación conjunta” (art. 180.2ª CP)», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, pp. 61 ss.

————— «El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable», *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 205 ss., 207 ss.

————— «Los nuevos delitos de muerte dolosa agravada por ser subsiguiente a delitos contra la libertad sexual», en CANCIO MELIÁ *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM, Madrid, 2019, pp. 1241 ss.

————— «La desaparición forzada de personas agravada por el móvil delictivo sexual», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, vol. II, Aranzadi, 2018, pp. 623 ss.

————— *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

SIERRA LÓPEZ, «Homicidio y asesinato. Las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas», *Derecho y Proceso Penal* (33), 2014, pp. 127 ss.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 468 ss.