



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Centro de Estudios de Postgrado

ESTUDIO JURÍDICO DE ASESINATO Y AGRESIÓN SEXUAL CON VÍCTIMA MENOR DE DIECISÉIS AÑOS

Alumna: Mas Carazo, Belén

Tutor: Prof. D. Ángel Martínez Gutiérrez
Dpto: Derecho Público y Privado Especial

Enero, 2018

ÍNDICE

I. RESUMEN. ABSTRACT	3 -
II. OBJETO	4 -
III. ANTECEDENTES DE HECHO	4 -
IV. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	5 -
1.º.-En los hechos descritos ¿existe algún ilícito penal?; en caso afirmativo, ¿cual, o cuáles?	5 -
2.º.-¿Quién o quienes se podrían considerar autores, y en qué calidad o condición?- 6 -	
3.º.- ¿Por qué cauces se sigue el procedimiento, hasta el enjuiciamiento y fallo del mismo?, ¿ante cual o cuales órganos jurisdiccionales?.....	7 -
4.º.- ¿Es nuestra intervención en el procedimiento necesaria para que se tramite el mismo?; ¿en el estado procesal en que se encuentra el procedimiento, podemos personarnos?, en caso afirmativo redactar escrito de conclusiones provisionales de la acusación particular; ¿Cuántas y qué partes participarían en el procedimiento, incluida la nuestra, caso de que actuáramos?	7 -
5.º.- ¿Concurre alguna, o algunas, circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal?; en caso afirmativo, ¿cual, o cuáles?.....	8 -
6.º.- ¿Qué penalidad sería aplicable a los hechos enjuiciados?	9 -
7.º.- ¿Se deriva algún tipo de Responsabilidad Civil?, en caso afirmativo, ¿a favor de quien y en qué cuantía?, ¿quién podría reclamarla?.....	9 -
V. NORMATIVA, FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y DOCTRINAL APLICABLE.....	10 -
PRIMERA CUESTIÓN. - ILÍCITO PENAL CONCURRENTES	10 -
SEGUNDA CUESTIÓN. - AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	34 -
TERCERA CUESTIÓN. - PROCEDIMIENTO A SEGUIR Y ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE	40 -
CUARTA CUESTIÓN. – DELITOS PERSEGUIBLES DE OFICIO O A INSTANCIA DE PARTE. PARTES EN EL PROCESO PENAL	52 -

QUINTA CUESTIÓN. – CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD	- 57 -
SEXTA CUESTIÓN. - PENALIDAD APLICABLE	- 62 -
SÉPTIMA CUESTIÓN. - RESPONSABILIDAD CIVIL.....	- 73 -
VI. CONCLUSIONES.....	- 77 -
VII.MATERIAL FACILITADO POR EL CLIENTE	- 80 -
VIII. DERECHO POSITIVO, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CITADA-	80 -
1.- TEXTOS LEGALES	- 80 -
2.- BIBLIOGRAFÍA	- 81 -
3.- ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	- 88 -
3.1 Tribunal Constitucional.....	- 88 -
3.2Tribunal Supremo	- 88 -
3.3 Tribunal Superior de Justicia	- 91 -
3.4 Audiencia Nacional.....	- 91 -
3.5 Audiencia Provincial	- 91 -
IX. ANEXO.....	- 92 -

I. RESUMEN. ABSTRACT

Este dictamen pretende resolver unas cuestiones jurídicas planteadas por el padre de la víctima. Atendiendo a los antecedentes de hecho, sobre la base de la documentación proporcionada, así como del derecho positivo, doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, podemos afirmar que los hechos constituyen un delito de asesinato previsto en los artículos 139 y 140 del Código Penal castigado con prisión permanente revisable, en concurso real de delitos con otro de agresión sexual tipificado en el artículo 183 del Código Penal sobre menor de dieciséis años. Son coautores Juan Lobo y José Campos. Instruido ante el Juzgado de Instrucción y enjuiciado ante el Tribunal del Jurado en la Audiencia Provincial. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Será impuesta condena penal principal, accesorias, costas y pago de responsabilidad civil.

Palabras clave: Homicidio, asesinato, investigado, psicopatía, acusado, agresión sexual, prisión permanente revisable, responsabilidad civil, costas.

ABSTRACT

This opinion tries to solve a few juridical questions raised by the father of the victim. Attending to the precedents of fact, on the base of the proportionate documentation, as well as of the statute law, doctrine and applicable jurisprudence to the case, we can affirm that the facts constitute a crime of murder foreseen in the articles 139 and 140 of the Penal Code punished with permanent revisable prison, in royal contest of crimes with other one of sexual aggression typified in the article 183 of the Penal Code about sixteen-year-old minor. They are co-authors Juan Lobo and Jose Campos. Instructed before the Examining magistrate's court and judged before the Court of the Juror in the Provincial Hearing. There do not meet modificative circumstances of the criminal responsibility. There will be imposed principal criminal conviction, outbuildings, coasts and payment of civil responsibility.

Keywords: Homicide, murder, investigation, psychopathy, defendant, sexual assault, permanent reviewable prison, civil liability, costs.

II. OBJETO

Belén Mas Carazo, estudiante del Máster de Acceso a la Abogacía impartido por la Universidad de Jaén, actuando como supuesta Letrada en ejercicio, he recibido mandato por parte del padre de Manuel López, para elaborar un dictamen jurídico fundamentado en los hechos narrados por el mismo, así como en las pruebas aportadas, a fin de ser asesorado en la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – En la madrugada del día 10 de septiembre de 2016, sobre las 24 horas, Juan Lobo y José Campos aprovechándose de la amistad que les unía con el difunto Manuel López y valiéndose de la confianza que, con base a dicha amistad, y a pesar de la diferencia de edad, el menor tenía depositada en los mismos, se dirigieron en los ciclomotores de los dos mayores y en compañía de Manuel al olivar donde posteriormente el menor sería encontrado sin vida.

SEGUNDO. -Una vez llegaron a referido lugar, José Campos sujetó fuertemente a Manolo, mientras que Juan Lobo le practicaba una violación anal al menor, introduciendo su pene en el ano del fallecido, contra la voluntad de éste, y eyaculando en su interior.

TERCERO. – A continuación, José y Juan, de 18 y 19 años respectivamente, armados uno con un arma punzante y el otro con un arma blanca cortopunzante atacaron con las mismas repetidamente a Manolo (según los forenses, con brutalidad), causándole múltiples lesiones vitales, en cabeza, cuello, tórax, abdomen, y extremidades superiores. Una vez producido dicho ataque, que dejó al menor en total situación de indefensión por el número y gravedad de las lesiones infringidas, Juan y José lanzaron sobre la cabeza de manolo, una piedra de gran peso y dimensiones que le provocó aplastamiento craneal con desprendimiento de masa cerebral. El cadáver apareció desnudo de cintura para abajo, en posición de cubito prono y con un destornillador de grandes dimensiones introducido en el ano.

CUARTO. – Que horas después, en concreto a las 9 de la mañana del mismo día 10 de septiembre de 2016, se presentó en el domicilio familiar de Manuel López Pastrana una dotación de la policía nacional, pidiéndole que los acompañara al instituto anatómico forense de Jaén; una vez allí reconoció el cadáver de su hijo Manolo de 12 años, al que pudo reconocer por una mancha de nacimiento que tenía en el omóplato

derecho, puesto que tenía la cabeza totalmente machacada, además de otras múltiples heridas por todo el cuerpo. Según le comunicó la policial nacional, el cuerpo lo había encontrado esa misma mañana, un agricultor en su olivar cuando había ido muy temprano, para evitar el calor, a desvaretar olivos.

QUINTO. – Nos indica D. Manuel que toda su familia es conocida por la Policía, por haber tenido problemas con la justicia, incluso los niños, con el Juzgado de menores. Y que, tanto él, como su esposa y los tres hijos de éstos, tuvieron que prestar declaración ante la policía y el Juzgado, respondiendo preguntas sobre las amistades y compañías de su hijo Manolo, sobre si la noche de autos había dormido en casa, sobre sus orientaciones sexuales y sobre si conocía a José Campos y Juan Lobo.

SEXTO. - Según manifiesta nuestro cliente, el relato de lo posiblemente acontecido, se deriva de las pruebas que se han obtenido tanto por la policía, como por forenses y distintos institutos legales, según los requerimientos efectuados por la policía y el Juzgado.

Afirma D. Manuel que ha estado viendo la documentación que nos entrega, y advierte unas “cosas raras” distintas a los procedimientos penales que él está acostumbrado a ver, tanto de los seguidos contra él mismo y sus dos hijos mayores que Manuel, como de cuando estos eran pequeños. Y que le han dicho que todavía no ha tenido lugar el traslado de la imputación a los detenidos.

IV. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

Atendiendo a los antecedentes y relato de hechos efectuado por D. Manuel López Pastrana, así como a la documentación que nos entrega, nos pide nuestro cliente que elaboremos un dictamen en el que resolvamos las siguientes cuestiones:

1.º.-En los hechos descritos ¿existe algún ilícito penal?; en caso afirmativo, ¿cual, o cuáles?

La conducta descrita **si es constitutiva de ilícito penal**. De hecho, nos encontramos ante un caso en el que concurren dos ilícitos penales. Se produce la muerte de una persona por lo que se ataca el bien jurídico protegido del derecho a la vida. Concretamente, se comete un delito de asesinato calificado por el sujeto pasivo y por ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual; delito previsto en los artículos 139, 140.1. 1ª y 2ª del Código Penal. Precepto que se encuentra dentro del Título I, Libro II

del CP bajo el epígrafe “del homicidio y sus formas”. De otro lado, se atenta contra el bien jurídico protegido de la libertad e indemnidad sexual, en concreto, el ilícito penal cometido se tipifica en el artículo 183.3 en relación con las modalidades agravadas recogidas en las letras b) y c) del apartado cuarto de dicho artículo; correspondiente al Capítulo II Bis, Título VIII, Libro II bajo el epígrafe “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”.

2.º.- ¿Quién o quienes se podrían considerar autores, y en qué calidad o condición?

- De conformidad con el artículo 28.1 del Código Penal, **Juan Lobo y José Campos son criminalmente responsables como coautores** de los delitos de asesinato (140.1. 1ª y 2ª CP) y agresión sexual (183.3 en relación con el 183.4 b) y c) CP). En puridad, tres son las notas por las que se caracteriza la coautoría en nuestro derecho: la actuación en la fase ejecutiva del hecho, la esencialidad de la contribución y la comunidad de decisión sobre el hecho típico, llamado “pactum scaeleris”, esto es, el acuerdo de voluntades. Así las cosas, del relato fáctico y pruebas obrantes, se desprende que tanto Juan como José actuaron en la fase ejecutiva de los dos delitos jugando papeles protagonistas y típicos. Es decir, realizando con su conducta elementos típicos, como lo es matar con alevosía y ensañamiento. Así, en la agresión sexual mientras José sujetó fuertemente a la víctima, Juan le penetraba analmente. Lo cual implica una aportación esencial, en cuanto es imprescindible aquel comportamiento que, de no haberse producido, habría desbaratado el plan. Por último, respecto de la coincidencia de voluntades entre Juan Lobo y José Campos, resulta palmaria del relato de los hechos. Pues ambos, valiéndose de la amistad que les unía con la víctima, habían planeado recoger al menor y trasladarle en los ciclomotores de los investigados hacia un olivar apartado donde una vez allí, mientras uno lo sujetara otro lo violaría. Para después agredirle con dos armas blancas portadas por los mismos; las cuales utilizaron de forma repetida y brutal para apuñalar a Manolo hasta que una vez indefenso, tendido en el suelo, le lanzaron una piedra que acabaría finalmente con su vida. Así las cosas, resulta evidente como ambos tenían decisión en el hecho, repartiéndose las tareas a realizar, siendo incuestionable que tanto Juan Lobo como José Campos no son otra cosa que coautores.

3.º.-¿Por qué cauces se sigue el procedimiento, hasta el enjuiciamiento y fallo del mismo?, ¿ante cual o cuales órganos jurisdiccionales?

- La instrucción de la causa corresponde al Juzgado de Instrucción Número 3 de los de Jaén, por encontrarse de guardia, en el momento y demarcación judicial en que tuvieron lugar los hechos delictivos “lex forum commissi delicti”.

Corroborada la existencia de unos hechos delictivos, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal del Jurado y una vez practicadas las diligencias de la instrucción cuyos resultados incriminan indiciariamente a los investigados, el Juez Instructor dicta auto de incoación para la transformación del procedimiento de sumario a **procedimiento ante el Tribunal del Jurado** regulado en la L.O 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. El enjuiciamiento y fallo se sigue ante la Audiencia Provincial de Jaén, que es de la que depende el Juzgado instructor de la causa, por un Tribunal del Jurado presidido por un Magistrado de dicha Audiencia.

4.º.-¿Es nuestra intervención en el procedimiento necesaria para que se tramite el mismo?; ¿en el estado procesal en que se encuentra el procedimiento, podemos personarnos?, en caso afirmativo redactar escrito de conclusiones provisionales de la acusación particular; ¿Cuántas y qué partes participarían en el procedimiento, incluida la nuestra, caso de que actuáramos?

- Nuestra **intervención no sería necesaria**, pues se trata de delitos cometidos sobre víctima menor de edad amén de que uno de ellos si es perseguible de oficio (asesinato). El Ministerio Fiscal, como acusador público tiene la obligación de participar en el procedimiento ejerciendo la acción penal, así como la civil si los perjudicados por el delito no hubieran renunciado a su derecho.

A pesar de no ser necesario y en virtud de su estatus de perjudicados por los hechos delictivos, nuestro cliente y sus tres hijos representados legalmente por éste en ejercicio de la patria potestad, podrían personarse en la causa como acusación particular. Atendiendo al momento procesal en que se encuentra la causa, su personación sería posible hasta incluso antes de la calificación de los hechos, ejerciendo de forma conjunta la acción penal y la acción civil “ex delictum”. Además, es posible la personación de la compañía de seguros, el Ocaso, como actor civil propiamente dicho interesando se le indemnice por los gastos ocasionados como consecuencia del funeral y entierro de la víctima. Por último, la madre de la víctima no se ha personado como parte, pero tampoco ha renunciado a sus derechos ni se los ha reservado para su ejercicio ante

la jurisdicción civil. De tal forma que, el Ministerio Fiscal ejercería la acción civil en defensa del derecho de la progenitora a ser indemnizada por el perjuicio causado a consecuencia del fallecimiento de su hijo.

Los acusados tienen el derecho de ejercitar su derecho de defensa, consagrado en el art. 24 de la CE y en los arts. 118 y 775 de la LECrim.

5.º.-¿Concurre alguna, o algunas, circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal?; en caso afirmativo, ¿cual, o cuáles?

- Las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal pueden hacerlo bien atenuando, bien agravando la pena. En nuestro caso, el informe forense determina que Juan Lobo tiene una personalidad psicopática; la cual podría ser considerada como atenuante por anomalía o alteración psíquica (21. 1ª CP), como atenuante analógica (art. 21.7), o incluso como eximente completa (art. 20. 1ª) dado el caso. No obstante, para su concurrencia en la persona del investigado sería necesario que citada anomalía, puesta en relación con el delito por el que se encuentra investigado, significase una importante merma en sus capacidades cognitivas o volitivas. Y no es así. Por lo tanto, Juan Lobo tiene una **imputabilidad plena**. Al igual que José Campos, pues así lo concluyen los médicos forenses en sendos informes.

En cuanto a las circunstancias agravantes, la aplicación de la alevosía como circunstancia agravante específica para calificar los hechos de asesinato, impide por incompatible, la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad, pues ésta se configura como una alevosía menor o de segundo grado, subsumida ya en la alevosía apreciada. La cual, al ser de tipo proditoria lleva ínsito el abuso de confianza del que se valen los agresores para ejecutar los hechos. En cuanto al ensañamiento, ya fue también tenido en cuenta para la calificación del asesinato como agravado por la concurrencia de dos circunstancias (art. 139.2).

En referencia al delito contra la libertad sexual, concurren los subtipos agravatorios recogidos en las letras b y c del art. 183.4. En cuanto al primero, la actuación conjunta, su aplicación no vulnera el principio non bis in ídem, pues el grado de participación, coautoría, nada obsta e impide una agravación de la conducta por la forma comisiva, conjunta. En última instancia, la aplicación del subtipo agravatorio por violencia o intimidación particularmente degradante exige, dicho por la doctrina, un plus de lo mismo. Un uso de los elementos del tipo conducentes no a su consecución sino a dañar, y vejear, más si cabe, la dignidad de la víctima.

6.º.-¿Qué penalidad sería aplicable a los hechos enjuiciados?

- **La pena principal** que procede imponer por el delito de asesinato calificado como alevoso en su modalidad proditoria, al que se suma el ensañamiento con que se produjo la muerte (139.2 CP), calificado además por ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual y por el sujeto pasivo (art. 140.1. 1ª y 2ª) es la de **prisión permanente revisable**. Además, el atentado contra la libertad sexual es constitutiva de un delito de agresión sexual previsto en el art. 183.3 concurriendo los subtipos agravados de actuación conjunta (183.4.b) y violencia e intimidación particularmente degradante y vejatoria (183.4.c), por lo que cabe imponer la pena de **prisión de trece y medio a quince años**; extensión que habrá de valorarse según las regla sexta contenida en el art. 66.1, pues no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los coautores de ambas conductas delictivas. A la pena principal acompañarán las consecuentes **penas accesorias** recogidas en los arts. 54-59 CP y la **medida de seguridad** de libertad vigilada (arts. 140 bis en relación con los arts. 95-100 CP). A ello habrá de sumarse la condena en costas, incluidas las de esta acusación particular, a los criminalmente responsables, así como la responsabilidad civil que proceda por los daños y perjuicios causados a los familiares de la víctima como consecuencia de los hechos expuestos.

7.º.-¿Se deriva algún tipo de Responsabilidad Civil?, en caso afirmativo, ¿a favor de quien y en qué cuantía?, ¿quién podría reclamarla?

- **Si se deriva responsabilidad civil**, pues de conformidad con los arts. 109-126 CP y 100-117 LECrim, toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios; lo que en el argot jurídico también se denomina responsabilidad civil “ex delictum”.

Al haber fallecido la víctima como consecuencia de las conductas delictivas de Juan Lobo y Jose Campos, éstos deberán indemnizar a los familiares del menor. Debiendo abonar a mi mandante y a sus tres hijos menores los daños morales ocasionados como consecuencia de la pérdida irreparable de su hijo y hermano respectivamente, Manuel López.

Gozan de acción civil mi mandante y su esposa e hijos, así como la compañía de seguros, El Ocaso, que también podría personarse en esta causa al objeto de reclamar los gastos de funeral y entierro de la víctima, cuya cantidad desconocemos.

El quantum indemnizatorio reclamado por esta parte, calculado por aplicación del baremo vigente, establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, asciende a 130.000.- Euros; cantidad de la que deberán responder solidariamente entre sí por sus cuotas los responsables civiles directos, Juan Lobo y José Campos.

V. NORMATIVA, FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y DOCTRINAL APLICABLE

El Título Preliminar del Código Penal “De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal”, regula el principio de legalidad cuya esencia se basa en la máxima *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Según Gimeno Sendra¹, por dicho principio cabe entender el derecho de toda persona a no ser condenado a una pena privativa de derechos, que no se encuentre prevista en una norma con rango de Ley Orgánica, anterior a la comisión del hecho punible (*lex praevia*). Al hilo de la ley en el tiempo, el artículo 7 del Código Penal determina que “los delitos se considerarán cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar”. Es decir, será de aplicación el Código Penal vigente en el momento de comisión del hecho delictivo (“*tempus regit actum*”). En este caso, los hechos delictivos objeto de dictamen fueron cometidos en septiembre de 2016. Por lo tanto, la normativa que se ha de aplicar para el estudio del caso es la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Determinada la ley aplicable, pasamos a resolver cada una de las cuestiones planteadas por el padre del menor Manuel López tomando como base los antecedentes de hecho desarrollados por el mismo y utilizando como fundamento la norma, así como la doctrina y jurisprudencia aplicable al caso.

PRIMERA CUESTIÓN. - ILÍCITO PENAL CONCURRENTES

En virtud del referido principio de legalidad, la posible concurrencia de un ilícito penal supone su calificación previa como delito por el Código Penal. De acuerdo con citado texto legal “son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas

¹ GIMENO SENDRA, V. (2007), *Los principios de legalidad y non bis in ídem en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Catedrático de Derecho Procesal de la UNED, Diario La Ley, N.º 6735, Sección Doctrina, 14 de junio de 2007, Año XXVIII, Ref. D-139, La Ley 1979/2007

por la ley” (art. 10 CP). Para José Miguel Zugaldía Espinar², delito es un “hecho socialmente dañoso”, a lo cual añade que el criterio para seleccionar determinados comportamientos como delictivos es el de su dañosidad social; la cual, se encuentra vinculada al criterio del bien jurídico. Es decir, que según estos parámetros un hecho será dañoso socialmente hablando, y, por ende, susceptible de reproche penal, cuando lesione o ponga en peligro intereses fundamentales, individuales o colectivos, que afecten a las condiciones materiales de la vida del hombre y que constituyan los presupuestos indispensables para la vida en sociedad, estos son: los bienes jurídicos.

Sentados los anteriores precedentes, hemos de señalar que nos encontramos ante un supuesto de hecho en el que, como explicaremos seguidamente, concurren dos hechos, o, mejor dicho, dos acciones con sus respectivos resultados. De un lado, son constitutivos de un delito de asesinato del art. 140.1. 1ª y 2ª del CP, por el que se lesiona el derecho a la vida (Título I del CP), del que trataremos en primer lugar, y de otro lado, de un delito de agresión sexual a un menor de dieciséis años previsto y penado en el art. 183.4, b) y c), que transgrede el derecho a la indemnidad y libertad sexual de la víctima (Título VIII del CP).

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal, introdujo el actual y, como veremos, problemático, artículo 140, conocido como “asesinato hiperagravado”, cuya penalidad se corresponde con la novedosa prisión permanente revisable. Ahora bien, a modo introductorio, no podemos olvidar que meritada calificación de los hechos requiere, en primer lugar, partir de un asesinato, es decir, de la muerte dolosa de otra persona con alguna de las conocidas circunstancias recogidas en el art. 139 CP: alevosía, precio, recompensa o promesa; con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; o para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra. De modo que, al menos en relación con la alevosía puede plantearse el problema de como calificar la muerte de un niño, como tal es el caso, ya que el Tribunal Supremo, suele considerar de por sí, que la muerte de un niño es alevosa. Así las cosas, resulta que, en primer lugar, los hechos podrían encajar en el tipo del homicidio agravado del art. 138.2. a) por remisión al art. 140.1. En segundo lugar, también encaja en el delito de asesinato del art. 139.1.1ª. En tercer lugar, también lo hace en el art. 140.1.1ª. Es decir, se le puede calificar

² ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2016), “El Derecho Penal”, en AAVV (Dir. MORENO-TORRES HERRERA), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, p.31.

simultáneamente como homicidio agravado, como asesinato y como asesinato hiperagravado. Todo ello plantea problemas concursales entre normas penales, que deben ser resueltos para evitar la vulneración del principio non bis in ídem.

Recapitulando, tal y como afirmábamos al inicio, los hechos se encuentran tipificados en el artículo 140.1. 1ª y 2ª del Título I, Libro II de nuestro Código Penal, bajo el epígrafe “Del homicidio y sus formas”. Siguiendo a Juan Carlos Carbonell Mateu³, el término homicidio no solo se refiere a la figura básica contemplada en el artículo 138 del CP, sino que en el mismo se incluyen el resto de figuras consistentes en producir la muerte de una persona. De ello se desprende que, en virtud de la rúbrica del Título I, los restantes tipos penales que se recogen han de ser entendidos como formas específicas de homicidios y no como delitos autónomos e independientes⁴. Sin embargo, esto no quiere decir que todos los delitos tipificados en este Título sean únicamente derivaciones del tipo básico del homicidio, sino que éste es un punto de referencia a los demás, entre ellos, el delito de asesinato que ahora nos ocupa. Y que puede ser definido como la muerte de una persona a consecuencia de la acción de otra con la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias recogidas en el artículo 139.1 del CP.

En referencia al **bien jurídico protegido por el Título I del CP**, Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo⁵, señalan que “el bien jurídico protegido es la vida humana independiente”. Cuya fundamentación constitucional se encuentra en el artículo 15 de la Constitución Española. Citado precepto se constituye como el primero de los derechos fundamentales regulados en el Título I Capítulo II “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” de la Constitución Española de 1978. Derecho que, el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 11 de abril de

³ CARBONELL MATEU, J.C. (2015), “Lección II: Homicidio y sus formas (I): Homicidio”, en AAVV (Coord. GONZÁLEZ CUSSAC), *Derecho Penal Parte Especial*, 4.ª edición actualizada a la LO 1/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 41.

⁴ Según la STS núm. 1813/2002, de 31 de octubre (Roj: STS 7251/2002) es más adecuada la consideración del asesinato como forma agravada del homicidio. En contra: MUÑOZ CONDE, F. (2017), *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 43.: “*El asesinato es un delito diferente, independiente y autónomo del homicidio. Incluso desde el punto de vista lingüístico*”. O sea, es un delito con un *nomen iuris proprio*. Tras la LO 1/2015, de reforma del Código Penal se sigue manteniendo la polémica sobre la naturaleza jurídica del asesinato como delito autónomo o simple cualificación del homicidio.

⁵ SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A. (2017), *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, 4.ª Edición, Madrid, Dikynson, p. 6.

1985 caracterizó como “*derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible*”⁶.

En consecuencia, el objeto formal del delito previsto en el art. 140 CP es la vida⁷. A su vez, el **objeto material** se refiere a la persona sobre la que recae la acción. El **sujeto pasivo**, en este caso coincide con el objeto del delito. José Antonio Martín-Caro Sánchez⁸, manifiesta que sujeto pasivo del delito de homicidio “puede serlo cualquiera, puesto que la protección penal se refiere a todo hombre vivo”. Según el mismo autor anteriormente citado, los elementos del tipo son: extinción de la vida humana, acción, relación entre la acción u omisión y la extinción de la vida humana y, por último, la voluntad homicida o animus necandi del autor.

A modo explicativo, hemos de señalar en este punto que, para la concurrencia del artículo 140.1.1 y 2, partimos del artículo 138, tipo básico de homicidio. Cuya **acción típica**, como sabemos, consiste en matar a otro⁹. Por ende, se trata de un delito de resultado. El núcleo de la tipicidad lo integra el verbo “matar” que alude a un resultado (la muerte), pero no a un medio para alcanzarlo. La diferencia entre homicidio y asesinato estriba en que la calificación de este último ha sido reservada por el legislador para aquellos casos en los que la muerte se ejecuta mediante alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 139.1 CP¹⁰. En palabras de Carmen Lamarca Pérez¹¹: “Cabe considerar que el asesinato se justifica en un mayor grado de culpabilidad”. Es decir, el legislador ha apreciado que realizar la conducta típica de

⁶ Pleno STC núm. 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985)

⁷ Vid. entre otras STS núm. 717/2014 de 29 de enero (ROJ: STS 818/2015); 836/2014 de 11 de diciembre (ROJ: STS 5664/2014) y 34/2014 de 6 de febrero (ROJ: STS 240/2014).

⁸ MARTÍN-CARO SÁNCHEZ, J. A. (2016), “Del homicidio y sus formas”, en AAVV (Dir. SÁNCHEZ MELGAR), *Código Penal: Comentarios y jurisprudencia*, 4ª Ed., Madrid, Sepin, p. 966.

⁹ Art. 138.1 CP: “*El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio*”.

¹⁰ Así lo expone el art. 139.1 del Código Penal: “*Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía. 2.ª Por precio, recompensa o promesa. 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*”.

¹¹ LAMARCA PÉREZ, C. (2008), *Sobre los delitos de homicidio y asesinato*, Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid. La Ley Penal, núm. 50, Sección Estudios, La Ley 16889/2008.

matar de un determinado modo es un hecho susceptible de mayor reproche jurídico y, por tanto, merecedor de una mayor severidad en la sanción penal.

De otro lado, la acción u omisión típica debe darse de forma voluntaria. En cuanto a la acción puede tener las más variadas formas. Asimismo, al tratarse de un delito de resultado, cabe la existencia de comisión por omisión cuando se cumplan los requisitos del art. 11 CP, no siendo este el caso.

No menos importante en cuanto a los elementos típicos es la exigencia de una relación de causalidad, esto es, un nexo causal, entre la acción u omisión y la extinción de la vida humana. De acuerdo con la jurisprudencia actual¹², hemos de acudir al concepto de imputación objetiva para dilucidar si se da o no esta relación causal. De tal forma que, la misma existirá siempre que la conducta activa u omisiva del autor se pueda considerar condición sin la cual el resultado no se habría producido. En otras palabras, Carlos Pérez del Valle¹³ señala que la comprobación de la causalidad implica preguntarse si el comportamiento es causa del resultado. Pues bien, trasladando el anterior argumento al caso que nos ocupa, resulta que, según las conclusiones médico-legales del informe forense, la muerte de Manolo fue violenta siendo la causa fundamental de la muerte la afectación de centros vitales; resultado que tuvo lugar como consecuencia de las lesiones que, como también señala la autopsia, la víctima padeció abarcando su extensión a todas las regiones corporales.

En cuanto a la **voluntad homicida o animus necandi**, esto es, la intención del autor de matar. Diego Manuel Luzón Peña¹⁴, manifiesta que “el tipo de injusto requiere siempre una parte subjetiva (o parte interna de la conducta, por contraposición a la parte objetiva o externa de la misma)”, lo que desde la perspectiva de la antijuricidad se denomina el “desvalor subjetivo de la acción”, integrada por el dolo o por la imprudencia. Por lo tanto, todos los tipos penales requieren una parte subjetiva. La cual

¹² Así nos lo recuerda la STS núm. 966/2003, de 4 de julio (ROJ: STS 4710/2003): “En los delitos de resultado, hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la “*conditio sine qua non*”. En la misma línea, STS núm. 1611/2000 de 19 octubre (ROJ: STS 7544/2000); 30/2001, de 17 de enero (ROJ: STS 167/2001).

¹³ PÉREZ DEL VALLE, C. (2015), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Dykinson, p. 121.

¹⁴ LUZÓN PEÑA, D. M. (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 220.

en los delitos dolosos estará constituida por el dolo. Y en los delitos imprudentes la parte subjetiva se caracteriza por la ausencia de dolo, lo que ya implica un inferior desvalor (subjetivo y objetivo) de la acción. Reproduciendo la opinión de José Luis Manzanares Samaniego¹⁵ en su análisis del dolo en el delito de asesinato, manifiesta que es preciso el dolo en cualquiera de sus clases: directo o eventual. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en el homicidio, no cabe la posibilidad de cometer un asesinato por imprudencia puesto que la propia naturaleza de las circunstancias reguladas en el artículo 139.1 CP no admiten dicha posibilidad.

Enrique Orts Berenguer y José L. González Cussac¹⁶, revelan que: “El dolo supone conocimiento y voluntad (intención) de realizar el hecho injusto”. Por consiguiente, una persona actúa dolosamente cuando vulgarmente: sabe lo que se hace y hace lo quiere. El dolo consta de dos elementos: intelectual, referido al conocimiento del hecho en sí; y volitivo, el sujeto no solo debe saber lo que hace, sino que, además, debe querer hacerlo. Esto es, ha de actuar intencionalmente, aceptando las consecuencias que se deriven de su conducta.

La doctrina, basándonos en la clasificación de Miguel Polaino Navarrete¹⁷, suele distinguir entre tres clases de dolo: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual o indirecto. En esta primera clase de dolo directo (dolus directus) el autor persigue la realización del delito, esto es, demuestra su resolución inequívoca tendente al fin delito. En el dolo directo de segundo grado: el autor quiere en principio el delito, pero lo representa como una consecuencia inevitable y necesaria, llegando a querer a la postre la realización de los elementos objetivos del tipo legal. En otro orden de cosas, el dolo eventual (dolus eventualis), también llamado dolo condicionado podemos definirlo como aquel en el que el resultado no es seguro sino únicamente posible o eventual, y aun así el autor lo acepta en el caso de que se produzca. El Tribunal Supremo, al igual que la doctrina mayoritaria, ha advertido la concurrencia

¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (2016), Del homicidio y sus formas, en *Comentarios al Código Penal*, edición n.º 1, Madrid, La Ley 3275/2016.

¹⁶ ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (2016), *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 336

¹⁷ POLAINO NAVARRETE, M. (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Madrid, Tecnos, pp. 118 y 119.

del delito de asesinato con dolo directo respecto de los medios y dolo eventual respecto del resultado ¹⁸.

En el supuesto que nos ocupa resulta evidente como nos encontramos ante un dolo directo de primer grado puesto que Juan Lobo y José Campos, valiéndose de sendas armas blancas, una punzante y la otra cortopunzante, apuñalaron casi en treinta ocasiones, repetida y brutalmente, a Manolo. El uso de estas armas, consideradas medios peligrosos por sus características, implica la voluntad de realizar el hecho delictivo. Así como la intención de matar, también denominada *animus necandi*¹⁹, que queda constatada no ya por el número de puñaladas sino más bien por las zonas vitales hacia donde las mismas fueron dirigidas. En consecuencia, los sujetos perseguían la ejecución del resultado dañoso, esto es, la muerte de Manuel.

En efecto, los señores Lobo y Campos acabaron con la vida del menor por lo que, hablamos de hechos consumados. Ahora bien, el modo de ejecución de su plan es lo que hará que un tipo básico de homicidio pueda transformarse en el delito de asesinato del que inicialmente hablábamos. Es decir, que el salto del art. 138 al 139 y después al 140 (todos del CP) requiere “*conditio sine qua non*” la concurrencia (de uno para pasar al siguiente) de los elementos típicos del primero de ellos. De tal forma que, la suma determinadas circunstancias al hecho, lo convierte en delito de asesinato. A este respecto, Muñoz Conde²⁰ manifiesta que del tenor literal del art. 139.1 se desprende lo siguiente: “basta la concurrencia de una de ellas para elevar la muerte de una persona a la categoría de asesinato”.

¹⁸ STS núm. 11/2017 de 19 de enero (ROJ: STS 189/2017): “*Cabe seleccionar el medio y la forma de la agresión de modo alevoso, sabiendo que se impide toda defensa a la víctima, sin buscar el objetivo específico de la muerte, conociendo y aceptando que se la está poniendo en serio peligro mortal, y asumiendo dicho resultado como una consecuencia probable de la acción.*”. Reiteran esta doctrina: STS núm. 12/2014, de 24 de enero; SAN núm. 64/2007, 29 de octubre (ROJ: SAN 6250/2007); 57/2011, de 16 de noviembre (ROJ: SAN 6031/2011).

¹⁹ Cita obligada por su naturaleza exhaustiva es la STS núm. 1040/1996, de 21 de diciembre (ROJ: STS 7465/1996), que expone los criterios para apreciar la concurrencia del *animus necandi*. Son los siguientes: -Arma utilizada, dirección número y violencia de los golpes. -Condiciones de tiempo y espacio. -Circunstancias conexas. -Manifestaciones del agresor, palabras acompañantes y precedentes a la acción, actividad anterior y posterior. -Relaciones previas entre víctima y agresor. -El origen de la agresión. Tales criterios siguen teniendo plena vigencia, véase: STS núm. 140/2008 de 31 de enero 31 de enero de 2008 (ROJ: STS 1025/2008).

²⁰ MUÑOZ CONDE, F., ob. cit., nota 4, p. 43.

En el caso que nos ocupa, las circunstancias que concurren son las de alevosía (139.1. 1ª) y ensañamiento (139.1. 3ª). Afirmación que tiene su base en el “modus operandi” de Juan y José que fue el uso doloso y consciente de dos armas blancas, instrumentos que de por sí podrían asegurar la muerte dolosa anulando las posibilidades de defensa de la víctima. Pero además de ello, valiéndose de sendas armas, agredieron a Manuel brutal y repetidamente en zonas vitales, aumentando innecesariamente el dolor de la víctima; probándose con ello el ensañamiento de su conducta. Y una vez estaba completamente indefenso, aseguraron, sin peligro para sí mismos, la muerte de Manolo lanzándole sobre la cabeza una piedra de grandes dimensiones, que finalmente acabó con su vida.

Previo al análisis de ambas circunstancias junto con la argumentación de su concurrencia, hemos de advertir que, tal y como apunta la STS de 25 de junio de 2009²¹, dos son los lugares en los que el Código Penal aborda la agravación de la responsabilidad por razón de la alevosía y sufrimiento de la víctima. De manera genérica en el artículo 22. 1ª y 5ª, respectivamente, -lo que implica la aplicación del artículo 66 en orden a determinar la pena- y de manera específica, en el artículo 139 cuya pena será la correspondiente al mismo o bien la del 140, caso de que concurran sus elementos, como tal es nuestro caso.

En relación con el concepto de alevosía, Francisco Soto Nieto²² señala que no es necesario conceptualizarla doctrinalmente, pues ya existe un concepto legal de la misma en el artículo 22 del CP²³. Según el ex magistrado del Tribunal Supremo desde nuestro Derecho histórico esta agravante se aprecia en quien “obra a traición y sobre seguro”. Pero ello, como acertadamente apunta Santiago Mir Puig y Víctor Gómez Martín²⁴ no

²¹ STS núm. 690/2009, de 25 de junio de 2009 (Roj: STS 4838/2009): *“la agravante de ensañamiento en el delito de homicidio es diversa de la que reporta la concurrencia de la agravante genérica. Conforme al artículo 66 del Código Penal, solamente da lugar a la imposición de la pena en la mitad superior. Por el contrario, en el homicidio, ya da lugar a la diversidad de tipo con superior pena (asesinato)”*.

²² SOTO NIETO, F. (2005), *La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Doctor en Derecho y Ex Magistrado del Tribunal Supremo. Diario La Ley núm. 6187, Sección Columna, La Ley 613/2005.

²³ El art. 22. 1ª del CP: *“Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”*.

²⁴ MIR PUIG, S; GÓMEZ MARTÍN, V. (2015), “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, en AAVV (Dir. CORCOY BIDASOLO), *Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 143.

puede ser valorado ex post. Sino que el incremento de la peligrosidad²⁵ de la conducta para la lesión del bien jurídico, fundamento de la alevosía, ha de ser valorada desde una perspectiva ex ante.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la alevosía, hemos de decir que ni doctrina que ni jurisprudencia son unánimes al respecto, estableciéndose dos posturas fundamentalmente. La primera de ellas entiende que la alevosía es una circunstancia de agravación objetiva -lo que implica un plus de antijuricidad- y otra se decanta por su naturaleza subjetiva, suponiendo una mayor culpabilidad. Aquellos que defienden su objetividad, preponderan los medios o modos de ejecución del delito, es decir, a la forma de obrar del sujeto. Defensores de esta postura son Alfonso Arroyo de las Heras, Jaime Goyena Huerta y Javier Muñoz Cuesta²⁶ que se inclinan por su objetividad. Por el contrario, los que entienden que la alevosía es de naturaleza subjetiva aprecian como sustancial la intención del sujeto dirigida a crear la indefensión de la víctima. No faltando aquellas opiniones más acertadas que consideran la alevosía como una circunstancia agravante de naturaleza mixta, esto es, compuesta de elementos objetivos y subjetivos. En referencia a esta última postura es ilustrativa la Sentencia del Alto Tribunal de 12 de marzo de 2015 (ROJ: STS 824/2015), según la cual: *“Puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad lo que conduce a su consideración como mixta”*.

En otro orden de cosas, de acuerdo con la definición legal de la alevosía, se establecen tanto doctrinal como jurisprudencialmente²⁷, tres elementos o requisitos necesarios para apreciar la concurrencia de esta agravante cualificadora del tipo y que según manifiesta Gonzalo Quintero Olivares²⁸, son los siguientes: a) normativo, que

²⁵ Véase: STS núm. 1346/2005, de 21 de octubre (ROJ: STS 6394/2005); 147/2007, de 19 de febrero (ROJ: STS 1466/2007); 640/2008, de 8 de octubre (ROJ: STS 5559/2008); 53/2009, de 22 de octubre (ROJ: STS 244/2009); 104/2014, de 14 de febrero (ROJ: STS 648/2014).

²⁶ ARROYO DE LAS HERAS, A.; GOYENA HUERTA, J.; MUÑOZ CUESTA, J. (1997), *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona, Aranzadi, p. 26.

²⁷ Sobre los requisitos de la alevosía: STS núm. 1265/2004, de 2 de noviembre (ROJ: STS 7001/2004).

²⁸ QUINTERO OLIVARES, G. (2016), *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, Thomson Reuters, p. 58.

exige que el delito de apreciación sea delito contra las personas. B) objetivo, relativo al modo de actuar también llamado “*modus operandi*” que se presenta como el elemento esencial de la agravante. Esto es, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar la muerte mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. C) subjetivo, que el sujeto actúe con dolo que abarque, al mismo tiempo la utilización de los citados medios, modos o formas, y su funcionalidad para asegurar la ejecución e impedir la defensa del ofendido eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

En conclusión, del análisis de los elementos se desprende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa. Y eso es precisamente lo que hicieron los señores Lobo y Campos.

Partiendo de los elementos podemos distinguir entre las siguientes modalidades de alevosía, que además pueden darse de forma cumulativa:

1.-Alevosía proditoria o traicionera: tiene lugar en situaciones de acecho o emboscada de las que la víctima no tiene escapatoria. Es equivalente a la traición e incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2005 (ROJ: STS 399/2005), en su segundo fundamento jurídico establece: “*En la alevosía proditoria o a traición destaca como elemento esencial lo inesperado del ataque, también el abuso de confianza con el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no espera, o porque no teme, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada*”²⁹. En nuestro caso caso la alevosía proditoria resulta de la confianza existente entre los agresores, Juan y José, y la víctima, Manuel. Fue precisamente esa relación de amistad la que permitió que el perjudicado accediera a montarse en sendos ciclomotores con aquellos y se alejaran del lugar de donde había

²⁹ Así en la STS núm. 210/1996, de 11 de marzo (ROJ: STS 1506/1996), se recuerda que “*la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor*”. En el mismo sentido la STS núm. 343/2000, de 7 de marzo (ROJ: STS 1835/2000), que afirma que la modalidad de alevosía proditoria “*requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor*”.

sido recogido. Es decir, se argumenta tomando como base la confianza de la situación de amistad que hace no estar prevenido ni a la defensiva y en la posterior traición o trampa que le tienden Jose y Juan³⁰.

2.-La alevosía súbita o sorpresiva: consiste en un ataque completamente inesperado para la víctima. Se trata de la forma más característica que presenta la alevosía. La alevosía súbita o sorpresiva queda excluida, por principio, cuando la víctima o conoce que el autor tiene previsto atacarla, o advierte que ello es posible. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible. En síntesis, es aquella mediante la cual el agresor actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina.

Adicionalmente, dentro de la alevosía sorpresiva, encontramos lo que podríamos definir como un “subtipo” dentro de la misma, se trata de la alevosía sobrevenida. Según manifiesta Eduardo de Urbano Castrillo³¹, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada³².

Por último, al respecto de este tipo de alevosía y a pesar de que no nos detengamos en ello, hemos de mencionar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ha apreciado casos específicos de alevosía sorpresiva. Ejemplos de ello son la de uso de armas o agresiones realizadas en grupo³³. Así como también la llamada “alevosía convivencial o doméstica”, definida como supuesto particular de la alevosía por sorpresa en virtud del aprovechamiento de una relación de confianza generada por la vida en común³⁴.

³⁰ Véase, por su gran similitud con los hechos, la STS núm. 647/2013, de 16 de julio (ROJ: STS 4299/2013)

³¹ DE URBANO CASTRILLO, E. (2006), *Las agravantes: pasado y presente*, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, La Ley Penal, N.º 32, Sección Estudios, La Ley 2754/2006.

³² Vid entre otras STS núm. 282/2009, de 10 de febrero (ROJ: STS 1818/2009); 527/2012, de 20 de junio (ROJ: STS 4691/2012); 838/2014, de 12 de diciembre (ROJ: STS 5083/2014); 110/2015, de 14 de abril (ROJ: STS 1596/2015); 86/2016, de 12 febrero (ROJ: STS 371/2016).

³³ STS núm. 708/2010 de 14 de julio (ROJ: STS 4124/2010) y 1145/2010, de 22 de diciembre (ROJ: STS 7369/2010).

³⁴ STS núm.16/2012, de 20 de enero (ROJ: STS 409/2012).

3.- Alevosía de aprovechamiento del desvalimiento. Configurada como aquella en la que el autor se asegura la ejecución con aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima³⁵, la cual puede ser circunstancial o por las propias características de la víctima. En referencia a la primera, se trata de aquellos supuestos en los que la víctima es atacada cuando está durmiendo, descansando, de espaldas al agresor, postergada en el suelo, etc. En estos casos, si la situación de desprevenimiento o postergamiento ha sido provocada de forma activa por el autor se ha de apreciar la alevosía. Por el contrario, si el autor únicamente se aprovecha de una situación no provocada por el mismo, no debe apreciarse la alevosía sino el abuso de superioridad con la consiguiente aplicación de las reglas del art. 66 del CP. En otro orden de cosas, particularmente discutidos son los casos en que el autor acaba con la vida de una persona que, por sus propias características carece de capacidad para defenderse de manera eficaz. Con base en ese argumento, la jurisprudencia aplica casi automáticamente esta circunstancia a los casos de muerte de personas de muy corta o muy avanzada edad, así como de impedidos, y no parece que este criterio vaya a cambiar próximamente pese a las críticas de los autores³⁶. Siendo así, en casi todas las situaciones se castigarían como delitos de asesinato las muertes de recién nacidos, sean quienes sean los autores y los móviles que les impulsen³⁷.

Por lo que respecta a la parte subjetiva de la alevosía, la principal cuestión objeto de debate reside en si cabe, o no, cometer alevosamente un delito de asesinato con dolo eventual. Esta es una cuestión polémica que tampoco ha recibido tratamiento unánime. En principio, tomando como base el propio carácter tendencial de la agravante de alevosía parece que solo cabría que el sujeto actuase con dolo directo respecto de dicha circunstancia. Proclive a esta postura es Juan José González Rus³⁸, el cual asevera: “El porqué de la exigencia del dolo directo para las circunstancias parece claro porque si analizamos sus estructuras, resulta casi imposible compatibilizarlas con la concurrencia de sólo una voluntad propia del dolo eventual”. Sin embargo, no deberían existir

³⁵ Véase STS núm. 90/2015, de 12 de febrero; núm. 837/2014, de 10 de diciembre.

³⁶ Contrario a este automatismo del Tribunal Supremo, se encuentra, por ejemplo, RUEDA GARCÍA, L. (2001), *Examen del Título I del Libro II*. Fiscal. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-136, tomo 2, LA LEY 22069/2001

³⁷ En contra, MIR PUIG, S; GÓMEZ MARTÍN, V. Op. cit., nota 24, p. 144, “desde una perspectiva de *“lege lata”*, en tales supuestos no cabe apreciar la alevosía sino más bien el abuso de superioridad”.

³⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J. (2002), *El código penal de 1995*, Universidad de Córdoba, UCOpres

obstáculos para admitir la posibilidad de que concurra dolo directo respecto a la circunstancia y dolo eventual respecto al resultado del delito de que se trate. De esta opinión es Víctor Gómez Martín³⁹: “no cabe descartar categóricamente la posibilidad de que el asesinato se cometa con dolo directo referido a la alevosía, y dolo eventual en relación con el resultado de muerte de la víctima”.

Como corolario de todo cuanto nos antecede, podemos afirmar como del relato de los hechos se infiere de modo claro y manifiesto, un asesinato, cuando menos, y por ahora, cualificado por la alevosía de tipo proditoria; prueba de ello son los siguientes argumentos que se esgrimen. En primer lugar, el elemento normativo, que se cumple al ejecutarse un delito contra las personas. En segundo lugar, el elemento instrumental u objetivo, que puede afirmarse porque la conducta de los agentes, Juan Lobo y José Campos, aseguró totalmente el resultado, sin riesgo alguno para sus personas, integrándose en la modalidad de alevosía proditoria, al tratarse de una traición tendiéndole una emboscada en el olivar al que le dirigieron aprovechándose de la confianza basada en la relación amistosa mantenida por víctima y agresores. Los cuales, valiéndose de sendas armas blancas apuñalaron a Manuel que se encontraba totalmente desarmado. Y, en tercer lugar, el elemento culpabilístico o subjetivo, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa, lo que se pone de manifiesto en la conducta de Juan y José de escoger armas que por sí mismas podían producir el resultado, máxime si uno de ellos tenía agarrado al menor impidiéndole más si cabe su defensa. Además, según el relato fáctico, una vez la víctima estaba completamente indefensa (desvalida), tirado en el suelo por la gran pérdida de sangre, consecuencia ésta de la acción de los investigados, lanzaron sobre su cabeza una piedra de grandes dimensiones, lo que finalmente le causó la muerte sin peligro alguno para Juan y José.

Analizado lo alevoso de la conducta de los agresores, es momento de analizar si del relato de los hechos y de las pruebas obtenidas hasta el momento, puede inferirse la concurrencia de otra circunstancia agravante cualificadora del asesinato y que nos situaría ya en la aplicación del art. 139.2 del CP⁴⁰. Nos referimos en este punto al ensañamiento. Ésta es una circunstancia agravante que consiste en el aumento

³⁹ GÓMEZ MARTÍN, V. (2008), *Apuntes sobre el asesinato*, Profesor TEU de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. La Ley Penal, núm. 50, Sección Estudios, La Ley 16891/2008.

⁴⁰ Art. 139.2 del Código Penal: “*Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior*”.

deliberado e inhumano del dolor de la víctima, al extender el autor la ejecución más allá de lo imprescindible para la producción del resultado típico. En otras palabras, haciendo sufrir de forma innecesaria a la víctima. Al igual que la alevosía, se trata de una circunstancia prevista como agravante genérica en el artículo 22. 5ª del CP, pero también como elemento de tipos cualificados, tales como el delito de asesinato regulado en el artículo 139.1. 3ª⁴¹. Y pese a que la definición del ensañamiento en sendos preceptos no es exactamente igual, la jurisprudencia es unánime al atribuirles a ambas menciones idéntico contenido⁴². En cualquier caso, tal y como apunta Jaime Goyena Huerta⁴³, Fiscal de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, el ensañamiento consiste en ocasionar un sufrimiento mayor que el necesario para cometer el delito y cuya gravedad no ha tenido en cuenta la Ley para señalar la pena ordinaria. Por consiguiente, el fundamento de la agravación es objetivo⁴⁴. Esta postura resulta preferible a aquella según la cual su fundamento sería exclusivamente subjetivo, y residiría en la crueldad deliberada o caracterológica del autor.

De otro lado se encuentra la postura mayoritaria que la considera una circunstancia de naturaleza mixta, por la cual nos inclinamos. A este respecto es muy ilustrativa la STS de 29 octubre de 2002 (ROJ: STS 7143/2002) que señala la necesidad de que se den tanto el elemento objetivo como el subjetivo. Así lo expone: *“La doble concurrencia de un elemento objetivo –la totalidad de la agresión objetivada por la contundencia o efectos de los golpes–, y el subjetivo –complacencia en el sufrimiento*

⁴¹ El art. 22. 5.ª del Código Penal refiere como circunstancia agravante: *“Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”*. Y el art. 139.3ª establece como circunstancia concurrente para la calificación de los hechos como delito de asesinato: *“Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido”*.

⁴² STS núm. 1077/2000, de 24 de octubre (ROJ: STS 7671/2000).

⁴³ GOYENA HUERTA, J. (et al) ob. cit., nota 26, p. 126.

⁴⁴ Vid. por todas SSTSJ Madrid núm. 5/2014, de 31 de enero (ROJ: STSJ M 10339/2014); SSTSJ Andalucía núm. 39/2013, de 2 de diciembre (ROJ: STSJ AND 14178/2013); 32/2013, de 21 de octubre (ROJ: STSJ AND 13966/2013); 28/2013, de 20 de septiembre (ROJ: STSJ AND 9827/2013); 26/2013, de 16 de septiembre (ROJ: STSJ AND 9534/2013); SSTSJ Asturias, 3/2013, de 1 de julio (ROJ: STSJ AS 4206/2013); SSTSJ Cataluña 3/2013, de 24 de enero (ROJ: STSJ CAT 686/2013); SAP Murcia, 97/2015, de 31 de marzo (ROJ: SAP MU 627/2015); Barcelona, 30/2014, de 29 de septiembre (ROJ: SAP B 8822/2014); Las Palmas 5/2014, de 3 de marzo (ROJ: SAP IB 1139/2014); Almería 174/2013, 12 de junio (ROJ: SAP AL 448/2013; Sevilla 232/2013, de 15 de mayo (ROJ: SAP SE 1640/2013); Asturias 41/2013, de 1 de febrero (ROJ: SAP O 236/2013).

ocasionado a la víctima—, esto es, un interno propósito de satisfacer instintos de perversidad, provocando, con una conciencia y voluntad decidida, males innecesarios y más dolor al sujeto pasivo de la acción homicida”.

Siguiendo a Jacobo Dopico Gómez-Aller⁴⁵, respecto de la parte subjetiva de esta agravante, señala que ha de concurrir un dolo que abarque el hecho de producir más dolor al inherente al delito. En palabras de dicho autor: “El que mata tiene la intención consciente y deliberada no solo de causar la muerte sino también de originar un sufrimiento añadido”. Por ello, si no se infiere un dolo específico de aumentar el dolor o los padecimientos de la víctima, sino únicamente el dirigido a realizar los actos necesarios para la producción de la muerte, no procede la agravación. Sobre la prueba de este elemento subjetivo ha de inferirse racionalmente de los elementos objetivos del caso, ya que el sujeto activo no suele exteriorizar de otro modo su ánimo de incrementar deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima.

Trasladando estos argumentos al caso que nos ocupa y basándonos en los antecedentes de hecho, así como en el informe forense, se infiere que la víctima fue agredida con dos armas blancas, una corto- punzante y otra punzante, y que el número de puñaladas fue de casi una treintena repartidas por todas las zonas del cuerpo (cabeza, cuello, tórax, abdomen y extremidades superiores).

No obstante, cabe cuestionarse si el número de puñaladas es suficiente para probar la concurrencia de la circunstancia agravante de ensañamiento. La respuesta a ello, según Matías Recio Juárez⁴⁶, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ortigueira (A Coruña), sería negativa debido a que la pluralidad de heridas podría responder a la intención de aumentar el dolor, pero también puede ser la manifestación de la intención de asegurar el resultado de muerte o incluso de vencer la defensa de la víctima. Parafraseando a este Magistrado: “en aplicación del principio de culpabilidad no podemos presumir o inferir automáticamente de la concurrencia de los mismos la existencia de ensañamiento”. Si acudimos a la jurisprudencia, ésta también es clara siguiendo el mismo argumento ya esgrimido. Puesto que, se ha afirmado que no cabe

⁴⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2015), “Circunstancias agravantes: ensañamiento”, en AAVV (Coord. MOLINA FERNÁNDEZ), *Memento Práctico. Penal 2016*, Madrid, Ediciones Francis y Taylor, nm. 4464.

⁴⁶ RECIO JUÁREZ, M. (2002), *La agravante de ensañamiento*, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ortigueira (A Coruña). Diario La Ley, N.º 5490, Sección Doctrina, Año XXIII, Ref. D-62, pág. 1865, tomo 2, La Ley 1337/2002.

establecer una correspondencia entre el alto número de puñaladas y la existencia de ensañamiento⁴⁷. Ello es debido, en parte, a que en ocasiones no cabe probar si todas esas puñaladas fueron dadas estando el sujeto vivo y consciente o si cuando las recibió el sujeto ya había fallecido. Es decir, que la aplicación de esta agravante presupone que la víctima se encuentre todavía viva y con conciencia⁴⁸.

En este punto juega un papel fundamental el informe de la autopsia. El cual en el apartado correspondiente a las consideraciones médico-legales y, en concreto, en cuanto a la posición víctima agresor, señala lo que literalmente se recoge: “un hecho que corrobora la existencia de movimientos desesperados de la víctima es la no superposición entre desgarros en la ropa y orificios de entrada en la piel, ya que el vestido no sigue a la piel en el movimiento forzado”. Como vemos, Manuel trató de defenderse sin que evidentemente por la fuerza ejercida y tipo de armas, unido a que eran dos personas contra una pudiera conseguir zafarse. A continuación, sobre el orden de las heridas: “le lesión contusiva craneal, fue la lesión traumática última ocasionada a la víctima, estando éste aún con vida, dado las características vitales de la lesión”. Una vez acreditado esto, poco más hay que añadir. Queda constancia de cómo antes del golpe en la cabeza Manuel estaba con vida, por lo que se cumple el fundamento de la agravación: aumentar innecesariamente el dolor del ofendido, causando males innecesarios para la consecución del delito. De hecho, se expone en el informe pericial forense como Manuel hubiera muerto igualmente aun sin el golpe de la cabeza (recordemos, le lanzan una piedra de grandes dimensiones), por lo que evidentemente, Juan y José solo tenían la intención de aumentar su dolor y sufrimiento.

Una vez argumentada la concurrencia de un asesinato doblemente cualificado, este es, aquel en el que se dan dos o más circunstancias de las establecidas en el apartado primero del artículo 139; las que en nuestro supuesto son alevosía y ensañamiento, se habría de aplicar la pena en su mitad superior. Pues así se establece en el art. 139.2.

No obstante, la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, ha incorporado un nuevo precepto. Éste es el artículo 140 en el que se encuentra la clave de toda la reforma en cuanto a regulación de homicidio doloso y asesinato se refiere. Y en cuyo origen se encuentra la introducción de la nueva y criticada pena de prisión

⁴⁷ STS núm. 715/2005 de 8 de junio (ROJ: STS 3705/2005)

⁴⁸ STS núm. 688/2007 de 18 de julio (ROJ: STS 5283/2007)

permanente revisable; creada por el legislador para ser aplicada a aquellos crímenes más odiosos, como tal es nuestro caso en el que se produce la muerte y agresión sexual a un niño de once años.

Denominado comúnmente por la doctrina como asesinato “hiperagravado”, requiere para su aplicación que, en primer término, como es obvio, nos encontramos ante un asesinato. Esto es, un homicidio en el que concurra o algunas de las circunstancias del art. 139.1. En nuestro caso, alevosía y ensañamiento lo cual nos ha llevado a la aplicación del artículo 139.2: asesinato doblemente cualificado, o asesinato agravado, como se prefiera. El salto al art. 140 exige que se dé alguna de las circunstancias previstas en el Apartado primero y segundo del artículo 140⁴⁹ que hacen referencia al sujeto pasivo y a que sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, respectivamente.

La primera de estas circunstancias consiste en que la víctima sea un menor de dieciséis años o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. El profesor Vizueta Fernández⁵⁰, afirma que el fundamento de la agravación descansa en una mayor gravedad de lo injusto. Concretamente, en un mayor desvalor de la acción puesto que, en principio, frente a un menor de dieciséis años o persona especialmente vulnerable, el sujeto activo se encuentra en una situación de superioridad física o mental; la cual favorecerá la ejecución del delito. No obstante, esta supuesta superioridad no siempre será así. Pues como sabemos, hemos de valorar las características concretas del supuesto de hecho. En nuestro caso, es una evidencia que la víctima es efectivamente menor de dieciséis años.

Resulta que el asesinato hiperagravado o hipercualificado, como se prefiera denominar, por razón de las características de la víctima, plantea un problema de delimitación respecto al asesinato alevoso (art. 139.1, 1ª CP). El porqué de esta afirmación lo encontramos en la posibilidad de vulneración del principio “non bis in

⁴⁹ Artículo 140.1 del CP: “El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. 2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”.

⁵⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2014), *Novedades del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza Diario La Ley, N.º 8311, Sección Doctrina, La Ley 2690/2014.

ídem”. En términos generales, siguiendo a José Garberí Llobregat⁵¹ citado principio consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento. Y es que parece que el artículo 140.1. 1ª se trate aparentemente de una modalidad específica de alevosía, por aprovechamiento de situación de especial indefensión de la víctima motivado por sus características de minoría de edad o especial vulnerabilidad, de acuerdo con la propia jurisprudencia en materia de alevosía con menores e incapaces.

Por lo tanto, como acertadamente apunta Goyena Huerta⁵², para evitar la vulneración del principio non bis in ídem es necesario que esa enfermedad, discapacidad, o minoría de edad, no sea tal que genere una situación de indefensión. Porque no sería admisible que estas circunstancias diesen lugar, simultáneamente, a la conversión de un homicidio en un asesinato alevoso (por indefensión de la víctima, esto es, por la tipología de alevosía por desvalimiento) del art. 139.1.1ª, y a la misma vez a la agravación del asesinato prevista en el artículo 140.1.1ª CP.

En nuestro caso, para apreciar la alevosía no hemos tenido en cuenta la edad del menor, once años, ni tampoco la de los agresores que superan por poco la mayoría de edad. Sino que justificamos la concurrencia de alevosía por los medios utilizados para acabar con la vida de Manuel y por el “modus operandi”. Este es, en la emboscada, trampa, que le tienden los señores Lobo y Campos. Los cuales, engañando al menor se lo llevaron a un olivar donde horas más tarde encontraría la muerte. Es decir, que **no hemos apreciado la alevosía por la especial vulnerabilidad de la víctima en cuanto a su edad**, sino que el tipo de alevosía que hemos argumentado es la proditoria, en la que no vamos a extendernos por haber sido explicada ya anteriormente.

En conclusión, hemos solventado la tan polémica problemática referente al automatismo existente con el cual el legislador parece conectar la vulnerabilidad de la

⁵¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2007), *La vertiente formal de la prohibición de non bis in ídem y sus (discutibles) límites*, Catedrático de Derecho Procesal (UCLM). Ex Letrado del Tribunal Constitucional, Diario La Ley, N.º 6766, Sección Doctrina, 30 de Julio de 2007, Año XXVIII, Ref. D-181, La Ley 2786/2007.

⁵² GOYENA HUERTA, J. (2015), “*Artículo 140 CP*”, en AAVV (Dir. GÓMEZ TOMILLO), *Comentarios al Código Penal, Tomo II, Delitos contra las personas, arts. 138-233*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, p. 62.

víctima por el simple hecho de ser menor de dieciséis años⁵³. Y es que no se puede afirmar que un menor de dieciséis años es siempre vulnerable ya que esto no se ajusta a la realidad. Sobre este extremo de la posible problemática concursal también se manifiesta Carlos Suárez-Mira Rodríguez⁵⁴, el cual revela que en casos de púberes y adolescentes ese automatismo del Alto Tribunal en orden a apreciar la alevosía por desvalimiento no se da. Por lo que en estos casos el problema concursal no se daría y, por tanto, si podría estimarse que su asesinato fuese hiperagravado concurriendo alevosía apreciada por motivo distinto de la muy corta edad. Por consiguiente, es apreciable la circunstancia prevista en el art. 140.1. 1ª del CP.

Otra de las circunstancias que llevan aparejada la pena de prisión permanente revisable es la regulada en el artículo 140.1. 2ª: *“Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”*. Aparentemente pudiera parecer que el legislador olvidó o, por el contrario, obvió la correspondiente alusión a la indemnidad sexual. Lo cual podría acarrear innecesarios problemas interpretativos, otro más. Sin embargo, por coherencia y compartiendo nuevamente la opinión del profesor de Derecho Penal, Jorge Vizueta Fernández⁵⁵, no creemos que la finalidad perseguida fuera la de excluir los homicidios o asesinatos a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección subsiguientes a un delito contra su indemnidad sexual, por mucho que la mayor parte de estos casos puedan encontrar cobijo en el tipo agravado analizado con anterioridad (140.1. 1ª CP). De hecho, Josefa Muñoz Ruiz⁵⁶, manifiesta que son perfectamente compatibles la aplicación práctica de la circunstancia regulada en el art. 140.1. 1ª y 2ª, por lo que es posible su concurrencia cumulativa. Puede resultar muy obvio, pero hemos de apuntar que esto podrá ser así siempre y cuando los sujetos pasivo y activo sean los mismos. Es decir, para ser apreciada esta circunstancia, el sujeto pasivo del asesinato ha

⁵³ En este sentido, DEL CARPIO DELGADO, J. (2013), *La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal*, Profesora Titular de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide, Diario La Ley, N.º 8004, Sección Doctrina, Ref. D-21, La Ley 19439/2012.

⁵⁴ SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. (2015), “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss)”, en AAVV (Dir. GONZALEZ CUSSAC), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 482.

⁵⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., ob. cit, nota 50.

⁵⁶ MUÑOZ RUIZ, J. (2015), Delitos contra la vida y la integridad física, en AAVV (Dir. MORILLAS CUEVA), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, p. 342.

de ser el mismo que el del atentado contra la libertad sexual. Y, por ende, el sujeto activo también ha de ser el autor de ambos delitos. Decimos autor porque en caso alguno cabe que el sujeto activo sea un mero partícipe. Por lo que, tanto Juan como José deberán ser autores de ambos delitos para que a ambos se les pueda imponer esta pena. No obstante, sobre este extremo trataremos en la segunda cuestión donde estudiaremos la autoría y participación.

Pero este nuevo artículo, en concreto la circunstancia segunda del primer apartado (140.1. 2ª CP), no solo ofrece la dificultad interpretativa antes analizada y solventada. Sino que a ello se añade que no se distingue entre los ataques que pueden ser constitutivos de agresiones de aquellos que lo sean de abusos sexuales, o de cualquier otro contemplado en el Título VIII del Código Penal. De forma que, el que mate a su víctima después de violarla será castigado con la misma pena que aquel que la mate después de realizarle unos tocamientos constitutivos, por ejemplo, de abusos sexuales.

En cualquier caso, lo que realmente debemos preguntarnos es si ya el 140.1. 2ª recogería todo el desvalor de la acción. O si por el contrario el atentado contra la libertad sexual ha de ser también valorado y tenido en cuenta para la penalidad aplicable al caso. Con ello, aparece nuevamente la problemática concursal en escena. Aunque será resuelta en el epígrafe correspondiente a la penalidad aplicable, desde ya hemos de decir que, como apunta Carlos Suárez-Mira Rodríguez⁵⁷, tras la reforma es evidente que sigue tratándose de dos hechos distintos. Por lo que, considerando que el desvalor total exige el castigo completo de ambas conductas, hemos de analizar de qué tipo contra la libertad e indemnidad sexual, en concreto, serían constitutivos los hechos.

El Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código Penal, figura bajo la rúbrica **“De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”**. configurado como otra de las modificaciones llevadas a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, lo que regula este Capítulo son básicamente las conductas tipificadas en los artículos 178, 179 y 180. Solo que en este caso se trata de supuestos agravados por el sujeto pasivo que habrá de ser un menor de dieciséis años. Citada reforma vino a elevar el límite máximo de edad, de trece a dieciséis años, produciéndose un aumento punitivo,

⁵⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., ob. cita, nota 54, p. 471.

pues la conducta ya se encontraba tipificada. Siguiendo a Celia Díaz Morgado⁵⁸ el legislador parte de un hecho jurídicamente indiscutible como es “la irrelevancia iuris et de iure, del consentimiento otorgado por menores de 16 años en relación con cualquier comportamiento de trascendencia sexual”. Esto es, se da por sentado que el consentimiento otorgado por un menor de esta edad no es válido para el legislador.

En referencia al **bien jurídico protegido** por este Capítulo, éste sería la indemnidad sexual del menor de dieciséis años, que según José Manuel Ortega Lorente ha de ser entendida como “su derecho a un desarrollo y a una formación adecuada, libre de injerencias extrañas a sus intereses”⁵⁹.

Nuevamente nos encontramos con unos hechos encuadrables dentro de un precepto introducido por la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En este caso hablamos de lo que podríamos definir como una “agresión sexual hiperagravada” a menores de dieciséis años prevista en el artículo 183.4 circunstancias b) y c) del CP. Ahora bien, hemos de advertir que este precepto requiere en primer lugar, la concurrencia del art. 183.2 CP (tipo básico de agresión sexual). Y posteriormente, que el ataque consista en acceso carnal o introducción de objetos por alguna de las vías reguladas en el art. 183.3 CP (tipo agravado). Preceptos todos ellos que vienen a coincidir con los establecidos en los artículos 179 y 180 CP, con la diferencia de que estos son aplicables a sujetos pasivos mayores de dieciocho años.

La acción típica consiste en atentar contra la indemnidad sexual de otro mediando violencia o intimidación. Por lo que, se trata de un delito de mera actividad que no exige resultado. De tal forma que, se consumará cuando concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Los primeros consisten en la conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento.

Respecto del elemento subjetivo del injusto viene caracterizado por la finalidad lúbrica que persigue el sujeto activo, el animus libidinoso. Este animus, en principio se

⁵⁸ DÍAZ MORGADO, C. (2015), “Capítulo II bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en AAVV (Dir. CORCOY BIDASOLO), *Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 684-686.

⁵⁹ ORTEGA LORENTE, J.M., (2016) “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Bien jurídico protegido”, en AAVV (Dir. QUINTERO OLIVARES), *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, Thomson Reuters, p. 130.

presume en todo caso, de lo que se desprende que es suficiente con que el sujeto conozca que realiza un acto sexual sin consentimiento del sujeto pasivo⁶⁰.

Como puede observarse, la violencia o intimidación constituye el criterio básico para deslindar las conductas de agresión de las de abuso. Por ello se hace necesario definir lo que se ha de entender por citada violencia; la cual David Lorenzo Morillas Fernández⁶¹ conceptúa como sigue: “la violencia física sería toda energía física exterior a la víctima que, proyectada inmediatamente sobre ésta, la determina, por haber vencido su resistencia, a padecer o realizar un determinado acto sexual”. De tal forma que, el acto sexual es logrado a través del ejercicio de la violencia no siendo necesario que aplique la fuerza quien también ejecute el acto sexual. Sino que puede ser auxiliado en su acción por una tercera persona.

En cuanto al grado de violencia, esta no tiene porqué ser inusitada, ni desmedida. Sino que basta con que sea suficiente para doblegar la voluntad reacia de la víctima al mantenimiento de esa relación sexual⁶². Así pues, si esa violencia reúne virtualidad para situar a la víctima en una posición de inferioridad que le impida la resistencia que ella quisiera oponer, habrá de concluirse que la conducta cumple los requerimientos típicos. Con ello no queremos decir que la resistencia sea un elemento típico, ni tan siquiera que se exija, sino que lo es la violencia o intimidación del autor⁶³. De este modo se rompe con posiciones anteriores de la jurisprudencia que exigía una resistencia considerable, mientras que actualmente se contenta con constatar la voluntad contraria de la víctima⁶⁴.

⁶⁰ SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A. ob. cit., nota 5, p. 156.

⁶¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L. (2015), Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en AAVV (Dir. MORILLAS CUEVA), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, p. 448.

⁶² STS núm. 1030/2010, de 2 de diciembre (ROJ: STS 6816/2010) señala: “la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”.

⁶³ CANCIO MELIÁ, M. (2015), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en AAVV (Coord. MOLINA FERNÁNDEZ), *Memento práctico. Penal 2016*, Madrid, Ediciones Francis y Taylor, nm. 9273.

⁶⁴ Sobre la resistencia de la víctima, ésta tampoco ha de ser heroica ni desmedida según la STS núm. 981/2005, de 18 de julio (ROJ: STS 4872/2005): “Lo que califica la agresión sexual no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, que se obtiene mediante la violencia o el miedo”.

Por lo que respecta a la prueba de si efectivamente se ejerció la violencia que aludimos, la prueba más clara la encontramos en el informe forense nuevamente. El cual señala que la víctima presenta “hematomas descritos a nivel glúteo izquierdo y cadera derecha, obedecen a un mecanismo de producción médico legal por presión digital dadas las características redondeadas y la disposición de los mismos”. Asimismo, también se apunta como el cadáver presenta lesiones externas de etiología, todas ellas traumáticas abarcando su extensión a todas las regiones corporales. Por lo tanto, en primer término, la violencia ejercida nos lleva a la aplicación del art. 183.2 CP (agresión sexual)⁶⁵.

Atendiendo a los antecedentes de hecho, José Campos agarraba a Manuel (provocándole estos hematomas por la fuerza ejercida), mientras que Juan Lobo le practicaba una violación anal al menor, introduciendo su pene en el ano del mismo, contra la voluntad de este, y eyaculando en su interior. Lo dicho se desprende del informe forense que apunta la posibilidad de que el líquido del que se encontraba impregnado el esfínter anal fuera semen. Y que, tras ser enviado al Instituto de Toxicología, se dedujo que efectivamente lo era. Pero tanto de ello, como de a quien pertenecía esta muestra biológica se tratará en el epígrafe siguiente sobre la autoría y participación. Finalmente, la autopsia revela fisuras excoriaciones en la región anal por penetración de un objeto contuso, alargado. Este es, el destornillador que dejaron introducido en el ano de la víctima. Con todo ello, se puede afirmar claramente la aplicación del art. 183.3 CP⁶⁶ por la vía, el cual se considera como un subtipo cualificado de agresión sexual. Tal como decíamos, anteriormente, se trata del mismo comportamiento previsto en art. 179, con la única diferencia de que el sujeto pasivo del delito, en este caso, será un menor de 16 años de edad.

Por último, hemos de valorar la concurrencia de circunstancias agravatorias de la conducta⁶⁷. Así, en primer término, al respecto de la actuación conjunta (art. 183.4.b)

⁶⁵ Artículo 183.2: “Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión”.

⁶⁶ Artículo 183. 3 CP: “Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (...) y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2”.

⁶⁷ Artículo 183.4. “Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

CP), la STS de 6 de mayo de 2010⁶⁸, señala que se trata de un subtipo que solo opera cuando se está enjuiciando al autor de la agresión sexual. Es decir, que si una vez estudiada la autoría y participación, llegamos a determinar que José, por no tener acceso carnal, no fue autor, sino cooperador necesario, o cómplice, no podríamos aplicarle esta agravación de la pena. En cualquier caso, esta agravación de la conducta no vulnera el principio non bis in ídem en caso de coautoría, pues así lo recoge la actual STS de 30 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 4380/2017) en su fundamento jurídico tercero: *“el supuesto agravado no supone infracción del principio non bis in ídem, pues una cosa es la participación en el delito y otra la forma comisiva del mismo”*.

En segundo lugar, al respecto de la circunstancia regulada en el art. 184.4.c) CP. La misma hace referencia a un plus de vejación, pero no cualquiera. Sino que solo será apreciable cuando la violencia o intimidación superen los niveles propios del delito⁶⁹. Es decir, cuando revistan, tal y como expresa el artículo, un carácter especialmente vejatorio. En nuestro caso, resulta evidente como la introducción de un destornillador no era necesaria para la consecución del delito. Esto es, para doblegar a Manuel no tendrían por qué haberle introducido dicho objeto. Cuando menos necesario era dejárselo introducido que fue como posteriormente, fue encontrado. Siendo esta circunstancia degradante y por supuesto, vejatoria atentando contra su dignidad. Por lo que, consideramos concurrente esta agravación de la conducta.

En conclusión, del estudio de esta primera cuestión se deriva que las conductas son típicas, pues se encuadran en un delito de asesinato previsto y penado en el artículo 140.1. 1ª y 2ª y otro de agresión sexual recogido en el artículo 183.4.b y c, todos del Código Penal. Normalmente, una conducta típica es contraria a Derecho, esto es, antijurídica, salvo que concurra alguna causa de justificación. En nuestro caso no

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”.

⁶⁸ STS núm. 421/2010, de 6 de mayo (ROJ: STS 2303/2010); 975/2005 de 13 de Julio (LA LEY 1812/2005); 217/2007 de 16 de Marzo (LA LEY 11204/2007); 439/2007 (LA LEY 42152/2007) de 31 de Marzo; 61/2008 de 24 de Enero (LA LEY 17707/2008) y 1142/2009 de 24 de Noviembre (LA LEY 226680/2009), todas las cuales vienen a declarar que cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicarle a éste la agravación en su conducta, pues no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de, al menos, un autor a cuya ejecución coopere”.

⁶⁹ STS núm. 11/2006, de 19 de enero (ROJ: STS 312/2006); 948/2006, de 27 de septiembre (ROJ: STS 6081/2006).

concorre causa alguna que justifique la conducta de Juan y José, por lo tanto, ésta no solo sería típica sino también antijurídica y culpable, pues ambos sujetos tienen capacidad de responsabilidad individual en la comisión del hecho.

SEGUNDA CUESTIÓN. - AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El Título II, del Libro I del Código Penal “De las personas criminalmente responsables de los delitos” distingue entre autores y partícipes, estableciendo así, un sistema diferenciador, esto es, no unitario.

En un sentido estricto, Martín-Caro Sánchez⁷⁰, sobre la base de un concepto doctrinal o real de autor, señala que es autor de un delito quien realiza alguna conducta típica penal, bien sea consumada o en grado de tentativa, de forma individual, conjunta o mediata. De otro lado, partícipes serían aquellos sujetos que participan en el hecho, pero no realizan el tipo, sino que coadyuvan a que lo realice el autor; contribución que puede consistir en inducción, cooperación necesaria o complicidad. A pesar de ello, el art. 27 emplea el término “autores” en un sentido amplio, que comprende tanto al autor en sentido estricto como al inductor y al cooperador necesario. Lo que da a entender que los inductores y los cooperadores necesarios son autores también. No obstante, la doctrina mayoritaria viene estimando que el modelo diferenciador, y, dentro del mismo, el concepto restrictivo de autor es el más acorde con nuestro Estado de Derecho.

Introducido el tema y su problemática, el objetivo fundamental de esta cuestión será dirimir, si efectivamente Juan Lobo y José Campos podrían considerarse sujetos activos de las conductas estudiadas en el primer epígrafe. Y en caso positivo, en qué calidad habrían actuado. Para ello, nos valdremos de la prueba pericial de ADN, pues como expone Alicia Armengot Vilaplana⁷¹ “el uso forense del ADN se ha revelado como uno de los instrumentos más útiles en la determinación de la autoría de unos hechos delictivos”.

Así las cosas, del estudio exhaustivo de las manchas de sangre halladas sobre la ropa de la víctima, así como de las de Juan y Jose, se infiere que, efectivamente, una vez comparados los perfiles genéticos, estos coinciden. Es decir, que la sangre encontrada

⁷⁰ MARTÍN-CARO SÁNCHEZ, J.A., ob. cit, nota 8, p. 964-966.

⁷¹ ARMENGOT VILAPLANA A. (2017), *La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas*, Profesora Titular de Derecho Procesal, Universitat de València. La Ley Penal, N.º 128, Sección Derecho Procesal Penal, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 15686/2017.

en la ropa de los presuntos agresores era de Manuel. En la misma línea, los restos biológicos localizados en las dos armas blancas se corresponden con la sangre de Manolo, por lo que fueron las utilizadas para agredirle. Y sobre si efectivamente serían Juan y José quienes se valieron de las mismas, una vez estudiadas las huellas de las empuñaduras, se concluye que pertenecían a los investigados. Por último, la piedra que fue encontrada en el lugar de los hechos, la cual fue lanzada sobre la cabeza del menor acabando finalmente con su vida, y que también contenía restos de sangre. Dichos vestigios se corresponden con el ADN de la víctima. Por lo que, en efecto, queda probada su utilización en el crimen. De otro lado, al respecto del líquido encontrado en el esfínter anal del perjudicado y en su ropa interior, del cual hablábamos en la anterior cuestión, al señalar como el informe de la autopsia lo recogía. Se determina que es semen y que, comparado con el ADN de Juan, el resultado es positivo. En último lugar, sobre el destornillador que, recordemos, apareció introducido en el ano del menor cuando este fue encontrado muerto. Analizadas las huellas localizadas en el mango del mismo y comparadas con las de Juan y José, nuevamente se confirma la pertenencia entre unas y otras.

A modo introductorio, de conformidad con lo anteriormente expuesto y siguiendo los estrictos términos del artículo 28⁷² del Código Penal, no hay dudas de que tanto Juan Lobo como José Campos son autores del delito de asesinato por su actuación conjunta en los hechos. Sin embargo, al respecto del delito de agresión sexual, la participación de José en el mismo podría albergar dudas sobre si fue cómplice, necesario o no, o autor. Pues en virtud de las pruebas, no tuvo acceso carnal con la víctima, aunque sí queda probado que le introdujo el destornillador en el ano.

Grosso modo, autor de un delito es quien desarrolla el papel central en la verificación del delito. Asique, a efectos del art. 28 CP, de las pruebas obtenidas y de los antecedentes de hecho, no parece que haya dudas de que tanto Juan Lobo como José Campos son autores del delito de asesinato por el papel principal que jugaron de forma conjunta en los hechos. Sin embargo, al respecto del delito de agresión sexual, la participación de José en el mismo podría albergar dudas sobre si fue cómplice, necesario o no, o autor. Pues en virtud de las pruebas, no tuvo acceso carnal con la

⁷² Artículo 28 CP: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

víctima, aunque sí queda probado que le introdujo el destornillador en el ano. El caso es que podría parecer que jugó un papel secundario en este delito, y de ser así, deberíamos considerarle como partícipe y no como autor.

Hay dos teorías para distinguir al autor del partícipe. La primera de ellas sería la teoría objetivo-formal clásica, según la cual se considera autor al que realiza cualquier acto ejecutivo, aunque sea parcial, del hecho tipificado en la Ley. Parafraseando a Fidel Ángel Cadena Serrano⁷³, Fiscal de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, “Es evidente que, para esta teoría, quien violenta o intimida a la víctima, mientras otro la accede por vía típica, es autor, pues ejecuta parte del tipo descrito en el tipo del art. 179 y por extensión en el subtipo agravado del art. 180.1.2” (agravación de la agresión sexual por actuación conjunta). Debemos advertir en este punto, que en nuestro caso se aplica el art. 183.4.b) y c), pero recordemos que como decíamos, el fundamento de éste es idéntico a los artículos 178, 179 y 180, con la salvedad de que el 183 es aplicable cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años.

De otro lado, la segunda teoría es la del dominio del hecho. Continuando con la argumentación que, sobre este extremo, hace el Fiscal Cadena Serrano: “Es éste un concepto abierto, que no precisa de la realización ejecutiva del hecho típico, ni siquiera parcial, y que se caracteriza por el doloso tener las riendas del acontecimiento típico”. En virtud de ello, es perfectamente posible que meritado dominio de la acción pueda ser ostentado por los coautores, como es nuestro caso; los cuales tenían el poder de dirigir, detener o impulsar el curso causal de los acontecimientos. De hecho, volvemos a apuntar a Cadena Serrano, que señala: “También es indudable que, para esta teoría, actualmente predominante incluso en la doctrina del TS, el llamado partícipe que violenta o intimida a la víctima mientras el autor la accede también es coautor, pues puede en cualquier momento retirar su aportación deteniendo el curso causal del acontecimiento típico”.

⁷³ CADENA SERRANO, F.A. (2012), *El subtipo agravado del art. 180.1.2 del Código Penal y su aplicación a los partícipes. Entre la accesoriedad de la participación y la comunicabilidad de las circunstancias*. Fiscal de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La Ley Penal, N.º 90, Sección Informe de Jurisprudencia, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 788/2012.

El caso es que, como acertada y resumidamente apunta M.^a Carmen Gómez Rivero⁷⁴, un cómplice no tiene el dominio del hecho; término que, como vemos, es clave en esta cuestión. Y que a grandes rasgos implica que es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma. Por lo tanto, en concordancia con todos los argumentos que nos anteceden, hemos de eliminar la posibilidad de que, en el delito de agresión sexual, José fuera un posible cómplice a efectos del art. 29 CP⁷⁵.

Una vez distinguido y argumentado por qué se les ha de considerar autores a efectos del art. 28 del CP, la cuestión se centra en dirimir si serían coautores o cooperadores necesarios, pues recordemos que tanto una como otra figura es considerada como autoría para el Código Penal.

La jurisprudencia es inequívoca al interpretar el sentido estricto del art. 28.1 CP. Así, en palabras de la STS de 13 de octubre de 2014 (ROJ: STS 4887/2014) es autor “*quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción*”, así quien golpeó reiteradamente a la víctima con una piedra en la cabeza⁷⁶, quien clavó a la víctima un cuchillo en el tórax⁷⁷. Al hilo de ello, parece que no hay dudas de que tanto Juan como José son autores del delito de asesinato; pues ambos apuñalaron al menor y lanzaron la piedra sobre su cabeza. Por lo que, hablamos de dos autores que actuaban conjuntamente, esto es: coautores. Forma de participación que, en palabras de Zugaldía Espinar⁷⁸, “consiste en la concurrencia de una pluralidad de autores en un mismo hecho (realizan el hecho conjuntamente). Por lo tanto, son coautores los que realizan el hecho en común teniendo todos ellos el dominio (el co-dominio) del hecho. Ello significa que, la apreciación de coautoría exige el cumplimiento de dos elementos: uno subjetivo que se integra por el plan común y otro objetivo en orden a que todos los partícipes aportaran al mismo una acción en la fase ejecutiva del delito, sin la cual no se habría dado el resultado.

⁷⁴ GÓMEZ RIVERO M.C. (2015), “Artículo 28”, en AAVV (Dir. GÓMEZ TOMILLO), *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo I, Parte General (Arts. 1-137)*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 443.

⁷⁵ Artículo 29 CP: “*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”.

⁷⁶ STS núm. 280/2003, de 28 de febrero (ROJ: STS 1380/2003).

⁷⁷ STS núm. 119/2003, de 30 de enero (ROJ: STS 551/2003).

⁷⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., ob., cit, nota 2 pp. 202-203

-Elemento subjetivo: existencia de un acuerdo, concierto o unidad de voluntades entre los sujetos, también llamado “pactum scaeleris”⁷⁹. Reproduciendo las palabras de Victoria García del Blanco⁸⁰, el mutuo acuerdo para la práctica unanimitad de la doctrina es “la conexión subjetiva entre los diferentes intervinientes en una conducta y que persigue como fin último, como objetivo común, la realización del hecho”. Es preciso que en todos los coautores concorra un dolo común que actúe como abrazadera de las contribuciones de cada uno de los partícipes.

Ahora bien, este elemento no es suficiente para apreciar la coautoría. Pues como señala la STS de 2 de octubre de 2000 (ROJ: STS 6964/2000) esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cooperadores. Por ello, la doctrina del Supremo ya no considera la teoría del acuerdo previo como suficiente para la construcción de la coautoría. Ciertamente constituye el elemento subjetivo, pero de nada vale este sin el objetivo (teoría del dominio del hecho). En palabras de la citada sentencia (cuarto fundamento de derecho): *“La coautoría surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar”*.

En nuestro caso, la decisión de Juan y José de valerse de la confianza que Manuel tenía en ellos para trasladarle al olivar apartado, donde posteriormente le violaron y asesinaron, fue tomada por ambos investigados. Pues así se difiere del relato fáctico. Pero podría pensarse que José estaba subordinado a las órdenes de Juan, por lo que se hace necesario comprobar la concurrencia del dominio funcional del hecho.

-Elemento de carácter objetivo: el dominio funcional del hecho. Se define como la facultad por parte de todos los coautores de decidir si el hecho se ejecuta o no, en base al plan común. La “realización conjunta del hecho” se deriva del tenor literal del

⁷⁹ La jurisprudencia es unánime al exigir la actuación conjunta, esto es, un plan común, para la apreciación de la coautoría: STS núm. 969/2001, de 28 de mayo (ROJ: STS 4387/2001); 1478/2001, de 20 de julio (ROJ: STS 6440/2001); 402/2002, de 8 de marzo (ROJ: STS 1626/2002); 779/2003, de 30 de mayo (ROJ: STS 3707/2003); 1372/2003, de 30 de octubre (ROJ: STS 6725/2003); 1460/2004, de 9 de diciembre (ROJ: STS 7937/2004); 338/2005, de 16 de marzo (ROJ: STS 1651/2005); 529/2005, de 27 de abril (ROJ: STS 2610/2005); 1139/2005, de 11 octubre (ROJ: STS 6040/2005); 1151/2005, de 11 de octubre (ROJ: STS 6095/2005).

⁸⁰ GARCÍA DEL BLANCO, V. (2006), *La coautoría en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 381.

art. 28 CP e implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siendo irrelevante el papel concreto de cada uno de ellos. En palabras de Santiago Mir Puig⁸¹ “lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva y, además, son conscientes de lo esencial de su aportación al plan⁸².”

Precisamente, será el cumplimiento de este elemento de carácter objetivo y el momento en que se produzca esa aportación esencial al plan, lo que determine si nos encontramos ante un supuesto de cooperación necesaria o, por el contrario, de coautoría. Sobre este extremo es muy ilustrativa la STS 641/2012, de 17 de julio (ROJ: STS 5376/2012), la cual en su cuarto fundamento jurídico señala que la cooperación necesaria se refiere *“a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte en la ejecución del mismo, sino que realizado su aporte, dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo”*. Lo dicho significa que un cooperador necesario hace una aportación al hecho, pero no toma parte en la ejecución del mismo.

En resumen y, sobre todo, en relación con nuestro caso, Cuello Contreras y Mapelli Caffarena⁸³, señalan que el aporte al plan común debe ser una “conditio sine que non” el resultado no se habría producido. De tal forma que, como apuntan estos

⁸¹ MIR PUIG, S. (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, Reppertor. p. 406.

⁸² En esta línea, destaca la actual jurisprudencia al considerar necesaria la concurrencia de dos elementos para la apreciación de la coautoría: a) existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo y b) una aportación al hecho que puede valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, que integre el elemento objetivo apreciable, aunque el coautor no realice la acción nuclear del tipo delictivo. Buen ejemplo de ello es la STS núm. 382/2001, de 13 de marzo, (ROJ: STS 1995/2001): *“Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será co-dominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría”*. Siguen este planteamiento en delitos de asesinato: STS núm. 1621/2002, de 7 de octubre (ROJ: STS 6516/2002); 1031/2003, de 8 de septiembre (ROJ: STS 5423/2003).

⁸³ CUELLO CONTRERAS, J.; MAPELLI CAFFARENA, B., (2016), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed., Madrid, Tecnos, p.167.

autores: “el que sujeta a la víctima mientras otro tiene acceso carnal con ella, viola (es autor de violación) si su intervención resultaba necesaria para realizar el hecho”⁸⁴. Por lo tanto, José, aun sin tener acceso carnal con Manolo y aun cuando no le hubiera introducido el mismo el destornillador, ha de ser considerado autor de violación junto con Juan, es decir, son coautores. Pues si uno no ejerce la violencia y agarre al menor, el otro no habría conseguido el resultado que perseguían y que finalmente, consumaron concurriendo en ambos el subtipo agravado recogido en el art. 183.4.b) cuyo homónimo es el 180.1.2 pues como decíamos en la primera cuestión (nos remitimos a la página 34) esta agravación no vulnera el principio non bis in ídem en casos de coautoría, puesto que una cosa es la participación en el delito y otra la forma comisiva del mismo.

En virtud de cuanto queda dicho, Juan y José son coautores de un delito de asesinato previsto y penado en el art. 140.1. 1ª y 2ª CP y otro de agresión sexual tipificado en el art. 183.4 apartados b) y c) CP. Afirmación que tiene su base en el cumplimiento de la teoría del dominio funcional del hecho. Según la cual, son coautores porque teniendo un plan común, cada uno realizó en fase ejecutiva su parte del mismo; requisito esencial. Pues en cuanto al delito de agresión sexual si José no agarra y ejerce la violencia sobre Manuel, Juan no podría haberle violado. Y en cuanto al delito de asesinato, fueron ambos quienes le agarraban y apuñalaban, para posteriormente, siguiendo su plan de acabar con la vida de Manuel, lanzar sobre su cráneo una piedra de enormes dimensiones, que finalmente produjo el fallecimiento de la víctima.

TERCERA CUESTIÓN. - PROCEDIMIENTO A SEGUIR Y ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

En el caso que nos ocupa, una llamada a la sala de operaciones del 091 alertó sobre el hallazgo de un cadáver en un olivar. El cuerpo lo había encontrado esa misma mañana, un agricultor en su olivar cuando había ido muy temprano, para evitar el calor, a desvaretar olivos. Una vez llegó la policía nacional al lugar indicado, comprobaron la existencia del cadáver de un niño, tumbado en el suelo con un destornillador introducido en el ano, presentando heridas visibles por arma blanca. Igualmente, junto al cadáver se localizaron restos de sangre, dos machetes, y una piedra de grandes dimensiones. Se redactó la pertinente acta de inspección ocular técnico policial y se procedió al levantamiento del cadáver en presencia del Magistrado Juez, en funciones de guardia, y del médico forense (arts. 292 y 293 LECrim). Cumpliendo con la

⁸⁴ De la misma opinión CADENA SERRANO, F.A., ob, cit, nota 73.

obligación recogida en el art. 284.1 LECrim., la *notitia criminis* fue trasladada al Juzgado de Instrucción ⁸⁵ que se encontraba de guardia en la demarcación judicial correspondiente a esta localidad, el día de comisión de los hechos. Como manifiesta el profesor Asencio Mellado⁸⁶ salvo en casos excepcionales, en el proceso penal podemos hablar de un único criterio para la determinación de la competencia territorial; la cual se constituye por el lugar donde se ha cometido el delito “*lex fórum commissi delicti*”.

Recordemos que, el atestado policial es una de las formas de inicio del procedimiento penal, pero de conformidad con el art. 297 LECrim, el alcance procesal del mismo es el de mera denuncia, por lo que deberá ser ratificado en juicio oral por los funcionarios que lo redactaron para que adquiera la condición de prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

❖ INSTRUCCIÓN O DILIGENCIAS PREVIAS

La estructura básica del proceso penal se divide dos fases principales garantizando así la imparcialidad del Tribunal sentenciador, cuya función se limita al enjuiciamiento del caso, sin realizar previamente actividad instructora alguna. En el procedimiento ordinario la instrucción es denominada sumario y su finalidad es constatar si se dan los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral (segunda fase) y cumplidos que sean, se presentan con la intensidad necesaria como para imponer al inculcado tal carga. En palabras de Víctor Moreno Catena⁸⁷ “la instrucción sirve para propiciar un adecuado “juicio de acusación”.

En el caso que nos ocupa, el inicio del proceso penal tiene lugar como consecuencia del traslado de la *notitia criminis*, a través del atestado que la policía pone en conocimiento del Juez Instructor encargado del Juzgado de Instrucción nº3 de Jaén, por ser éste el que se encontraba de guardia en el momento y demarcación judicial donde se dan los hechos delictivos. Este es el comienzo de la fase de instrucción cuya regulación se da en el Título IV, Libro II, bajo el epígrafe, “De la instrucción”, arts. 299 y ss. de la LECrim.

⁸⁵ Art. 303.1 LECrim: “*La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva, y en su defecto a los demás de la misma ciudad o población con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales*”.

⁸⁶ ASCENCIO MELLADO, J.M. (2015), *Derecho procesal penal*, 7ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 45.

⁸⁷ MORENO CATENA, V; CORTÉS DOMÍNGUEZ V., (2015), *Derecho Procesal Penal*, 7 Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 203.

La finalidad de la instrucción, como decíamos es el esclarecimiento de los hechos, con ello la averiguación del autor de los mismos, las circunstancias que podrían influir en la tipificación y la culpabilidad del presunto/s delincuente/s, caso de que finalmente sea averiguado.

Para ello las diligencias que se practicarán comprenden las “De la comprobación del delito y averiguación del delincuente”, el Título V, Libro II de la LECrim dedica sus siete capítulos a ello. El primer Capítulo, “De la inspección ocular”, (arts. 326-333), es la primera de las diligencias que tienen lugar en nuestro caso. Tras la llamada al centro de operaciones de la policía nacional, se personaron en el lugar de los hechos la Policía Judicial⁸⁸ adjunta a la demarcación de Jaén, auxiliada por el Juez Instructor, al objeto de, sobre el lugar de los hechos, tomar conocimiento de lo allí ocurrido y recoger cuantos efectos del delito fueren encontrados. A tal efecto se dio conocimiento a su señoría sobre las piezas de convicción recogidas en el lugar de los hechos (armas homicidas, art. 334 LECrim) y las diligencias e informes sobre las muestras tomadas en citado lugar⁸⁹.

En cuanto al cuerpo del delito, hallado en el momento de la inspección ocular, el propio atestado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 335 LECrim⁹⁰, recoge que se trata del cadáver de un niño, en posición de cubito supino, con un destornillador introducido en el ano, y diversas heridas presumiblemente provocadas por arma blanca, repartidas por todas las regiones corporales, así como restos de sangre junto al cadáver que además presentaba una lesión contusiva craneal. Presuntamente como consecuencia del golpe recibido por una piedra de grandes dimensiones encontrada a unos metros del cuerpo. De todo ello se deriva la muerte violenta, por lo que de acuerdo con lo previsto en el art. 340 LECrim, se solicitó la identificación a los padres de Manuel. Posteriormente, tras el levantamiento del cadáver, el cuerpo fue enviado al Instituto de Medicina Legal para su autopsia. Pues en virtud del art. 343 LECrim, aun cuando

⁸⁸ Vid Art. Art. 282.1 LECrim sobre la obligación de la Policía Judicial de averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; así como practicar cuantas diligencias sean necesarias para la comprobación de los hechos recogiendo todo efecto, instrumento o pruebas de desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

⁸⁹ Véase art. 326 LECrim.

⁹⁰ Art. 335 LECrim: “*Siendo habida la persona o cosa objeto del delito, el Juez instructor describirá detalladamente su estado y circunstancias, y especialmente todas las que tuviesen relación con el hecho punible*”

podiera presumirse la causa de la muerte por la inspección exterior, resulta necesario que estos facultativos determinen exactamente la causa y circunstancias.

Una vez determinada la existencia de unos hechos que revisten caracteres de delito, el siguiente paso se basa en averiguar la identidad del delincuente y sus circunstancias personales, Capítulo III. Así las cosas, se practicaron, por el Instituto de Toxicología, los análisis sobre la correspondencia entre los ADN⁹¹ encontrados en las armas homicidas, en las ropas de víctima e investigados, en el destornillador que se encontró introducido en el ano del menor y, por último, en el semen hallado en el recto de Manuel. Dando resultado positivo todas ellas en cuanto se establecía la correspondencia de que el semen en efecto encontrado era de Juan Lobo. Y los restos biológicos de las armas homicidas y el destornillador se correspondían con sendos investigados también. Una vez probada de forma indiciaria la implicación en los hechos de Juan Lobo y José Campos como autores materiales de un delito de homicidio y otro de agresión sexual, se procedió a su detención.

Dentro del material facilitado por D. Manuel López Pastrana, constan las declaraciones de Juan Lobo y José Campos, así como de los testigos. A ello se dedica el Capítulo IV “De las declaraciones de los procesados” cuya regulación se encuentra recogida en los arts. 386-409 bis LECrim. La toma de declaración al imputado resulta imprescindible en orden a que, en este caso, tanto uno como otro, pudieran conocer los hechos que se le atribuían. De tal forma que, puedan defenderse de manera efectiva, bien exculpándose como ambos hicieron o bien explicando los hechos (art. 396.1 LECrim). Por esta razón, como apunta Jesús Zarzalejos Nieto⁹², se trata de una de las primeras diligencias que se practican, debiendo ser inmediata en cuanto el imputado es puesto a disposición judicial en caso de haber sido detenido” (arts. 386, 520.1, y 775 LECrim, sobre los derechos de los mismos). A continuación, el Capítulo V “De las declaraciones de los testigos”, en su art. 410 estipula la obligación de toda persona de declarar sobre cuanto pudiera conocer de los hechos investigados. De este modo, se citó legalmente a las personas con las que los imputados habían declarado estar en el día y hora aproximada en los hechos delictivos se dieron. Comprobándose como en efecto, ni

⁹¹ Art. 363 LECrim: “Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN”.

⁹² ZARZALEJOS NIETO, J. (2010), “La instrucción: inicio y diligencias de investigación”, en *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, edición n.º 1, Editorial LA LEY, Madrid, La Ley 8426/2010

uno ni otro tenían coartada para las horas en que, tras el informe forense tuvo lugar la muerte de Manuel López.

Es de hacer constar en este punto que al ser puesto a disposición judicial el detenido, el Juez Instructor abre una pieza de situación personal, en la que conforme a lo dispuesto en el art. 497 siguientes y concordantes de la LECrim decidirá, ateniendo a las declaraciones y diligencias practicadas hasta el momento si lo deja en libertad o por el contrario, eleva su detención a prisión.

En efecto, del relato e información que nos facilita nuestro cliente se desprende que Juan Lobo y José Campos se hayan en prisión preventiva. El Título VI Capítulo III, dedica sus arts. 502- 519 a la regulación de esta medida restrictiva de derechos fundamentales. La LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (en adelante LOTJ), incorpora una audiencia previa necesaria para la adopción de esta medida (art. 505 LECrim). Su adopción, como toda medida cautelar, requiere el cumplimiento de una serie de presupuestos. Éstos son los recogidos en el art. 503 LECrim y podríamos resumirlos en la alarma social creada a consecuencia de la comisión del delito por la gravedad del mismo y en la evitación de que el investigado eluda la acción de la justicia, oculte pruebas o reitere la comisión de los delitos. En suma, asegurar el buen fin del proceso penal.

Como decíamos, con carácter previo a la adopción de esta medida, se deberá celebrar preceptivamente en nuestro caso, una audiencia. El momento para ello es el mismo que el plazo máximo que puede durar la detención, este es, 72 horas. En el caso que nos ocupa, como no estábamos aun personados, el Juez citaría a los imputados Juan Lobo y José Campos, que deberían acudir inexorablemente asistidos de abogado, el que hubieran nombrado por libre designación, o el designado de oficio; así como el Ministerio Fiscal. La resolución de esta audiencia se dará mediante auto, el cual habrá de ser bastantemente motivado y posteriormente notificado. Por último, hemos de poner el acento en que se rige por el procedimiento dispositivo, en tanto alguna de las partes personadas deberán solicitar esta medida. Entendemos que, en nuestro caso, sería pedida por el MF.

Para terminar, hemos de recordar la finalidad de esta fase de diligencias previas: esclarecimiento de los hechos y posible atribución de los delitos a persona concreta. En nuestro caso, desde el momento de la aparición del cadáver del menor se evidencia la existencia de un posible delito cuyo enjuiciamiento viene atribuido al Tribunal del Jurado, y conforme se van practicando diligencias de investigación y van apuntando a

los investigados como posibles autores de los mismos, es cuando conforme al art. 309 bis y 24.1 LOTJ procede la transformación de las diligencias e incoación en procedimiento de la Ley del Tribunal del Jurado.

Tras ello, es decir, transformadas las Diligencias Previas en procedimiento ante el Tribunal del Jurado, por imperativo del art. 25 LOTJ, el Juez Instructor debe notificar a todas las partes personadas el auto de incoación citando a las mismas a una comparecencia⁹³. Ponemos aquí el acento para recordar que éste sería el momento preclusivo para nuestra personación como acusación particular (art. 110 LECrim), amén de que el mismo comporta pasar de la calificación de Juan Lobo y José Campos como investigados, a encausados.

❖ PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

La esencia constitucional de esta institución se encuentra en el art. 25CE, que establece el derecho de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado. De conformidad con ello, Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, modificada por Ley Orgánica 8/1995 de 16 de noviembre, no ha hecho sino ser fiel reflejo de esta demanda cumpliendo de este modo el mandato constitucional.

Según lo establecido por el art. 1.1.a de la LOTJ, el Tribunal del Jurado conocerá de las causas por delito consumado contra las personas. Por tanto, en nuestro caso, citado tribunal ostenta la competencia objetiva. Cabría señalar que obviamente, los atentados contra la libertad sexual son delitos semipúblicos, y no se encuentran dentro del catálogo que el art. 1.2 LOTJ recoge. No obstante, se trata de delitos conexos cometidos en el mismo momento y por las mismas personas. Por lo que, la competencia del Tribunal del Jurado se extiende al enjuiciamiento de ambos (art 5.2 LOTJ). Otra cuestión para tener en cuenta sobre la competencia del Tribunal del Jurado es que atiende a enjuiciar delitos que, como el nuestro, llevan aparejada una pena superior a nueve años de prisión, cuya tramitación, de no existir esta institución, se llevaría por los cauces del sumario. Pero que, al ser atribuida la competencia por estos trámites de ley, se desvincula desde el momento en que las previas se transforman en procedimiento ante el jurado. Por otro lado, no hemos de olvidar de que por imperativo del art. 24.2

⁹³ ARMENTA DEU, T. (2016), *Lecciones de Derecho procesal penal*, 9º Ed., Madrid, Marcial Pons, p. 250

LOTJ, todo lo que en esta norma no esté regulado será regido por la LECrim, la cual jugará un papel supletorio.

- Instrucción y fase intermedia

La Sección I Capítulo III, titulada “Incoación e instrucción complementaria”, parece darnos ya pistas de que a pesar de las diligencias ya practicas antes del auto de incoación y transformación en este procedimiento, durante esta fase podrán acometerse otras. El primero de sus artículos regula la incoación (transformación) de este procedimiento (art. 24 LOTJ). Por su parte, el art. 25 LOTJ, hace referencia al traslado de la imputación, que como decíamos es nuestro momento preclusivo de personación. Con objeto de concretar la imputación, el Juez convocará a una audiencia al MF, a las partes personadas y a los imputados, que necesariamente habrá de acudir asistidos de letrado asegurando así el derecho a la defensa. Durante el transcurso de la misma, la defensa de los imputados podrá solicitar del juez el archivo de las actuaciones mediante el sobreseimiento, así como instar a práctica de nuevas diligencias que ayuden al esclarecimiento de la autoría del delito (art. 25.3 de la LOTJ). Sin embargo, lo que prima en esta fase es concretar la imputación y ello porque una vez terminada, el juez deberá decidir si se continua el proceso hasta su enjuiciamiento o si bien decide sobreseer los autos. Ello siempre y cuando concurriese alguno de los presupuestos de los artículos 637 y 641 LECrim.

Una vez el Instructor decida la continuación del proceso por sus peculiares trámites de ley, ordenará y resolverá mediante auto sobre las diligencias que, recordemos, podían ser solicitadas a instancia de las partes personadas e incluso del MF (art. 27.1 de la LOTJ) o requerirá a las partes, que podrán solicitar nuevas diligencias en el plazo de cinco días siguientes a la comparecencia (art. 27.2 de la LOTJ).

Señala el art. 28 LOTJ *“Si de las diligencias practicadas resultan indicios racionales de delito distinto del que es objeto de procedimiento o la participación de personas distintas de las inicialmente imputadas, se actuará en la forma establecida en el art. 25 de la Ley del Jurado o, en su caso, se incoará el procedimiento que corresponda si el delito no fuese de los atribuidos al Tribunal del Jurado”*. Según la Abogada Julia Royo Arán⁹⁴, el problema que presenta este precepto es el de su ubicación procedimental. Se deriva del mencionado que las diligencias practicadas hasta

⁹⁴ ROYO ARÁN, J. (2001), *La institución del Jurado. Tramitación ante el Juez de Instrucción*, Abogada, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-337, tomo 6, La Ley 21819/2001

este momento procesal serían “urgentes”, en nuestro caso por el Juzgado de Instrucción Nº3 de los de Jaén. Y que precisamente este carácter es el que deriva en que la audiencia preliminar recogida en el aludido art. 25 LOTJ, se conforme como la investigación propiamente dicha y esencial.

En caso de que todas las diligencias, a juicio del instructor, se hubieren efectivamente llevado a término de modo satisfactorio, la fase de instrucción tornará concluida.

A continuación, se requiere a las partes personadas para que en plazo de cinco días presenten escrito interesando apertura de juicio oral o sobreseimiento de la causa, y, en segundo lugar, escrito de calificación provisional, donde en caso de interesar apertura de juicio, esta manifestación formará parte del escrito. (art. 27.4 de la LOTJ).

Sobre el contenido de nuestro escrito de conclusiones, en calidad de acusador particular, deberá integrar los extremos referidos por el art. 650 de la LECrim⁹⁵. Recuérdese que, como señala el Fiscal del TSJ de la Comunidad Valenciana Antonio Gisbert Gisbert⁹⁶ aun cuando el art. 29 LOTJ solo haga remisión expresa al 650 y 653 LECrim, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los arts. 656 y concordantes como normas supletorias, es decir, que nuestro escrito y el de las demás partes personadas contendrá también la relación de las pruebas de las que intenten valerse en el juicio oral.

Como última actuación de esta fase, del escrito de conclusiones provisionales de las partes acusadoras, se dará traslado por el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante LAJ) a los acusados, Juan Lobo y José Campos. Para que de acuerdo con el art. 652 LECrim formule escrito de conclusiones provisionales acorde a lo que su

⁹⁵ Artículo 650 LECrim: “El escrito de calificación se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas: 1.ª Los hechos punibles que resulten del sumario. 2.ª La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituya. 3.ª La participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueren varios. 4.ª Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal. 5.ª Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito”.

⁹⁶ GIBERT GIBERT, A. (1997), *Incoación del procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado e instrucción complementaria. Comentarios a los artículos 24 a 29 de la Ley Orgánica 5/1995*, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-104, tomo 2, La Ley 23025/2001

interés convenga. Además, podrá solicitar la práctica de nuevas diligencias que se llevarán a cabo en la audiencia preliminar⁹⁷.

Al hilo de ello, tras la fase de instrucción se encuentra la fase intermedia, también llamada juicio de acusación. Se trata de una fase donde rige el principio contradictorio, siendo igual para acusación y defensa. Citada fase da comienzo con la «audiencia preliminar de procedencia de la apertura del juicio oral»⁹⁸. Regulada en los arts. 30 y 31, en la misma el juez resolverá sobre la admisión de pruebas solicitadas en los escritos de conclusiones provisionales de las partes pudiéndose proponer al tiempo la práctica de otras en el acto si fuese admitido por el Juez. Negándose aquellas que no aporten nada nuevo a la hora de resolver sobre la apertura del juicio oral (art. 31.2 de la LOTJ).

Concluida la audiencia preliminar, en el mismo acto o dentro de los tres días siguientes, el Juez dictará auto por el que decidirá la apertura del juicio oral (decisión no recurrible). Si decide la no apertura del juicio oral acordará el sobreseimiento, decisión esta sí que se podrá recurrir ante la Audiencia Provincial de Jaén en nuestro caso. Y también podrá acordar la transformación del procedimiento y acomodación del que corresponda.

En referencia al contenido del auto de apertura del juicio oral (artículo 33 LOTJ). El auto que decreta la apertura del juicio oral determinará: el hecho o hechos justiciables; los acusados y responsables civiles; la fundamentación de la procedencia de la apertura del juicio oral con indicación de las disposiciones legales aplicables y órgano competente para el enjuiciamiento. Asimismo, por aplicación del art. 34 LOTJ, el Instructor en el propio auto, acordará que se deduzca testimonio de los escritos de calificación de las partes, la documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral (un ejemplo en nuestro caso sería el atestado policial que recordemos, tiene valor de mera denuncia debiendo ser ratificado por sus firmantes en el juicio oral) y por último se testimoniará también el propio auto de apertura del juicio oral. La finalidad de estas copias testimoniadas estriba en la

⁹⁷ Art. 652 LECrim: *Seguidamente el Secretario judicial comunicará la causa a los procesados y a las terceras personas civilmente responsables, para que en igual término y por su orden manifiesten también, por conclusiones numeradas y correlativas a las de la calificación que a ellos se refiera, si están o no conformes con cada una, o en otro caso consignen los puntos de divergencia. Por el Secretario judicial se interesará la designación al efecto de Abogado y Procurador, si no los tuviesen”.*

⁹⁸ ROYO ARÁN, J., ob. cit., nota 94.

posibilidad de ser exhibidas a los jurados durante el juicio oral (art. 46.4 LOTJ). Esto es así por cuanto las mismas constituyen pruebas no reproducibles en el acto del juicio oral. Igualmente constituyen diligencias irreproducibles los supuestos de pruebas preconstituídas, que son aquellas que se integran por los documentos públicos y privados y piezas de convicción que acreditan el hecho punible y la participación del autor. Los efectos e instrumentos del delito y demás piezas de convicción, que deberán ser remitidas de forma inmediata por el juzgado instructor al Tribunal del Jurado.

Como última actuación del Juez Instructor en este procedimiento se encuentra la del Emplazamiento de las partes y designación del Magistrado-Presidente (art. 35 LOTJ). El Juez mandará emplazar a las partes para que se personen dentro del término de quince días ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento (tal emplazamiento lo efectuará a través de la parte dispositiva del auto de apertura del juicio oral). Y una vez recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial de Jaén, se designará el Magistrado que por turno corresponda siendo ésta la última función como decíamos del Instructor del Juzgado de Instrucción N°3 de Jaén en nuestro caso.

Personadas las partes procesales, incluida la nuestra, ante el Tribunal competente para su enjuiciamiento, en nuestro caso la Audiencia Provincial de Jaén, tendrán la posibilidad de plantear al Magistrado- Presidente artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas (36 de la LOTJ). Tras esta comparecencia, el Magistrado dictará un nuevo auto, art. 37 LOTJ, denominado “auto de hechos justiciables”, que deberá contener una explicación clara de los hechos sometidos a enjuiciamiento, el grado de ejecución del delito y el de participación del acusado así como sus circunstancias personales (agravantes, atenuantes); determinación del delito o delitos que constituyan los hechos y resolverá sobre la procedencia de los medios de prueba propuestos por las partes y sobre la anticipación de su práctica. En último lugar, señalará día para la vista del juicio oral⁹⁹.

La constitución del Tribunal del Jurado se regula en los arts. 39 a 41 de la LOTJ. El modo de elección de sus miembros supone otro de los rasgos diferenciadores de este procedimiento. Los jurados son designados conforme al procedimiento establecido por el art 41 LOTJ. La constitución como jurado tiene lugar mediante el acto del juramento o promesa de todos y cada uno de los jurados, dándose en ese momento el surgimiento de las obligaciones que les son propias por su cargo. Así, presenciar pasivamente (sin

⁹⁹ ARMENTA DEU, T. ob. cit., nota 93, p. 392.

perjuicio de intervenir en la prueba formulando preguntas a través del Presidente: art. 46.1 de la LOTJ) el juicio oral, la prueba y emitir el voto (sin que pueda abstenerse: art. 58.2 de la LOTJ) con absoluta imparcialidad, así como guardar el secreto de las deliberaciones.

- El juicio oral.

El inicio del juicio se da con la lectura de los escritos de calificaciones provisionales por parte del LAJ. A continuación, cada parte procesal dispondrá de un turno de palabra para hacer cuantas consideraciones estime por conveniente para exponer al jurado sus alegaciones y sobre la finalidad de la prueba que proponen. Incluso apunta Vicente Gimeno Sendra la posibilidad de proponer nuevas ¹⁰⁰ y que se practicarán en el mismo acto del juicio, resolviendo sobre su admisión el Magistrado-Presidente¹⁰¹ (art. 45 de la LOTJ).

Posteriormente, se daría paso a la práctica de todos y cada uno de los medios de prueba propuestos y admitidos por el propio Magistrado-Presidente. Comenzando con la declaración del acusado (art. 42.1 de la LOTJ). En cuanto a la prueba documental, existe una limitación y es que, por virtud del art. 46.2 LOTJ, se reconoce al Jurado el poder de examinar todas las piezas de convicción ciñéndose a la prueba documental y a las piezas que sean remitidas por el Juez de Instrucción. Sin embargo, las declaraciones de acusados, testigos e informes periciales prestados en la instrucción se prohíbe su lectura en juicio (excepción hecha de las resultantes de prueba anticipada art. 46.5 LOTJ) A pesar de ello, la jurisprudencia del TS en reiteradas ocasiones tergiversa dicha prohibición¹⁰².

Concluida la fase de prueba, tienen lugar los informes y posteriormente las conclusiones de cada una de las partes procesales. Las cuales podrán ser elevadas a definitivas o modificadas. Y en igual sentido sobre la penalidad aplicable.

Otra de las especialidades caracterológicas de este procedimiento es que antes de emitir el veredicto el jurado puede disolverse por las causas que se especifican en los arts. 49 a 51 de la LOTJ. Así: al no existir prueba de cargo suficiente, si se solicitase por

¹⁰⁰ GIMENO SENDRA, V. (2015), *Derecho procesal penal*, 2º Ed., Civitas, Madrid, Thomson Reuters, p. 821.

¹⁰¹ Vid SAP Ciudad Real núm. 2/2002, de 24 de septiembre ROJ: SAP CR 1143/2002

¹⁰² Véase, sobre las especialidades probatorias previstas en la LOTJ, SSTs núm. 7122/2002, de 26 de abril; núm. 1980/2003, de 17 de enero.

las partes la conformidad siempre que la pena sea inferior a seis años, o si las partes acusadoras retiraran la acusación antes de someter el objeto del veredicto al jurado.

Terminado el juicio oral, el Magistrado-Presidente someterá los hechos a la última palabra del Jurado popular. El objeto del veredicto a que se refiere la LOTJ no es una mera declaración de la culpabilidad del encausado, sino que se debe definir como la respuesta que los jurados dan a las cuestiones planteadas como materia de deliberación el Magistrado-Presidente. Ello lo harán de acuerdo con las funciones que les son propias: emitir un veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél¹⁰³.

Conforme a lo establecido en el art. 52 LOTJ, el objeto del veredicto debe delimitar los hechos probados, diferenciando los favorables de los desfavorables. Una vez elaborado, el Magistrado-Presidente lo someterá a las partes para que aleguen, si lo estiman, lo que consideren oportuno sobre inclusión o exclusión de hechos. Posteriormente, el Magistrado instruye a los jurados sin influirles, pero informándoles de su función para una vez ello trasladarle citado objeto del veredicto (art. 53 y 54 de la LOTJ).

Tras ello, se produce la deliberación de los jurados. La cual se caracteriza por ser secreta, a puerta cerrada, para garantizar que durante este tiempo se hayan comunicado (art. 56 de la LOTJ). Con la única salvedad de comunicarse con el Magistrado-Presidente en orden a que éste interviniera dando instrucciones complementarias sobre hechos dudosos (art. 57 de la LOTJ). Por último, se produce la votación sobre los hechos objeto del veredicto. Para que un hecho se declare probado y perjudicial al acusado se requieren siete votos, mientras que serán suficientes cinco cuando fuese favorable al mismo (art. 59.1 de la LOTJ). Seguidamente se da lugar a la votación sobre la culpabilidad, donde se precisan los mismos votos, en la misma mayoría.

Concluida la votación, el portavoz del jurado redactará un acta en la que se consignaran las firmas de todos los jurados, así como una relación de hechos probados y motivación de los mismos. Comprobados el cumplimiento de los requisitos del

¹⁰³ PERANDONES ALARCÓN, M. (2016), *Una visión crítica de la actual institución del jurado*, Abogada, La Ley Penal, N.º 119, Sección Derecho Procesal Penal, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 2110/2016

procedimiento por el Magistrado-Presidente, convocará a las partes a una audiencia pública donde el portavoz procederá a la lectura del veredicto (art. 62 de la LOTJ). Una vez leído, el jurado cesa en sus funciones.

El Magistrado-Presidente queda vinculado por el veredicto del jurado a la hora de dictar sentencia que contendrá los requisitos comunes del art. 70.2 de la LOTJ¹⁰⁴. En consonancia con ello, si de la votación se desprende la falta de culpabilidad, la sentencia deberá ser absolutoria ordenándose, en su caso, la puesta en libertad de los acusados en nuestro caso. Por el contrario, si el veredicto fuera de culpable, se concederá la palabra a las partes para que manifiesten lo oportuno sobre responsabilidad penal, civil en su caso y medidas a imponer. Oídas las partes, dictará sentencia en la que, sobre la base del veredicto, impondrá la pena procedente y resolverá sobre la responsabilidad civil *ex delictum*¹⁰⁵.

Finalmente, según señala Gimeno Sendra¹⁰⁶ la sentencia que recaiga podrá ser recurrida ante la sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma correspondiente (art. 846 bis de la LECrim). Contra la sentencia dictada por este Tribunal en segunda instancia, puede interponerse recurso de casación ante el Tribunal Supremo (art. 847 de la LECrim).

CUARTA CUESTIÓN. – DELITOS PERSEGUIBLES DE OFICIO O A INSTANCIA DE PARTE. PARTES EN EL PROCESO PENAL

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reformó el CP, la clasificación de los delitos en función de su perseguibilidad queda del siguiente modo:

Los delitos privados son aquellos perseguibles a instancia de parte. Como tales, únicamente se consideran los de injuria y calumnia (dentro de los delitos contra el honor regulados en el Título XI, Libro II, del CP), que deben seguirse presentando querella por parte del ofendido o de su representante legal, no siendo parte del procedimiento penal el Ministerio Fiscal.

Al respecto de los delitos semipúblicos o semiprivados, éstos solo son perseguibles a instancia de la persona agraviada. No obstante, el Ministerio Fiscal tendrá la obligación de ejercer la acción penal si la víctima se tratase de menor de edad

¹⁰⁴ Téngase en cuenta también el art. 248.3 LOPJ sobre la forma que adoptarán las sentencias.

¹⁰⁵ MORENO CATENA, V; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. ob. cit., nota 92, p. 531.

¹⁰⁶ GIMENO SENDRA, V. ob. cit., nota 105, p. 829

o persona discapacitada necesitada de especial atención o desvalida (105.2 LECRim). Se trata de los siguientes grupos delictivos: delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, como es nuestro caso (Título X, Libro II), delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (Título XIII, Libro II), delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (Título X, Libro II).

Por último, los delitos públicos, que han de ser puestos en conocimiento de la justicia por cualquier persona que tenga noticia de su perpetración, tanto por denuncia o querrela como de oficio, es decir, por las propias autoridades; estos comprenden todos los demás y, en nuestro caso, el delito de asesinato pertenecería a este grupo.

En suma, los delitos perseguibles de oficio son aquellos donde interesa un bien social y público que ha podido ser dañado, por lo que la ley no exige expresamente que sean a petición de la parte ofendida, pueden ser iniciados por el perjudicado, pero también de oficio (Juez o Ministerio Fiscal) o por cualquier ciudadano español. Los delitos perseguibles a instancia de parte afectan a un bien jurídico propio, por lo que son de acción privada y ha de ser la víctima quien presente querrela que permita el inicio del procedimiento.

En otro orden de cosas, **sobre la definición de parte procesal**, Teresa Armenta Deu¹⁰⁷ manifiesta “Parte es quien actúa en el proceso penal pidiendo al órgano judicial una resolución jurisdiccional, quien aporta alegaciones, pruebas y el material, así como participa de la contradicción, y ello con independencia de la relación que dicho sujeto tenga con el fondo del proceso, lo que nos conduciría a un concepto material de parte”.

Atendiendo a este concepto formal, las partes que intervendrían en el proceso penal que nos ocupa, serían como acusadoras: Ministerio Fiscal, acusador particular y actor civil. Y como partes acusadas: los investigados.

- **Ministerio Fiscal**

En el caso que nos ocupa la actuación del Ministerio Público no se configura como un derecho sino como una obligación. Pues uno de los delitos es perseguible de oficio, pero aun cuando no lo fuera, la víctima es menor de edad (art.105.1 y 2)¹⁰⁸. Por

¹⁰⁷ ARMENTA DEU, T. ob. cit., nota 93

¹⁰⁸ Art. 105.1 LECrim: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada”. 2. “En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá

tanto, en virtud del principio acusatorio, su actuación es preceptiva. Tanto la Constitución, art. 124, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 435, mencionan el Ministerio Público señalando una serie de funciones y principios que le son inherentes. Dentro de sus competencias cabe destacar el papel esencial que juega en el ejercicio de la acción penal y civil cuando proceden tal y como acabamos de explicar. Pero también tienen otras como por ejemplo: intervenir en el proceso penal solicitando al órgano jurisdiccional la práctica de las diligencias que considere oportunas para el esclarecimiento de los hechos (art. 3.4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), la adopción de medidas cautelares y la protección procesal de las víctimas; y velar por el correcto desempeño de la función jurisdiccional, por el respeto de las instituciones constitucionales y de las libertades públicas, y por el cumplimiento de las resoluciones cuando afecten al interés público y social. Todo ello es llevado a cabo teniendo en cuenta los principios de legalidad e imparcialidad que le definen.

En lo que atañe a la acción civil, de conformidad con el art. 108 LECrim., *“La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”*. O sea que, independientemente de la decisión que tome nuestro cliente sobre personarse o no en la causa, el MF ejercitará esta acción pidiendo la indemnización que corresponda, siempre y cuando ninguno de los perjudicados haya renunciado a este derecho; lo cual, no nos consta. Lo que si está claro es que no podríamos reclamar indemnización para la progenitora de Manuel porque no tenemos poder otorgado. Por lo tanto, en todo caso el MF ejercerá la acción civil en defensa de los derechos de ésta como perjudicada por el delito instando indemnización que proceda.

- El acusador particular

Se define como la persona física o jurídica que ha sido ofendida por el delito y se constituye en parte activa en el proceso penal instando el castigo del responsable¹⁰⁹. En torno a esta afirmación cabe precisar que la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto

denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida”.

¹⁰⁹ ARMENTA DEU, T. ob., cit., nota 93, p. 101.

de la víctima del delito, en su art. 2, ha ampliado el concepto de víctima. De conformidad con ello, los padres y hermanos de Manuel serían las víctimas indirectas¹¹⁰ del delito, esto es, los perjudicados por la comisión del mismo. En relación con el citado precepto, el art. 109 bis también lo regula así.

Al respecto de la posibilidad de constituirnos como parte en el proceso, podremos personarnos pues esto es posible en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito¹¹¹. La única condición es que no se nos permitiría retrotraer ni tampoco reiterar actuaciones ya practicadas con anterioridad a nuestra personación. No obstante, la STS de 25 de julio de 2005, ha interpretado este plazo preclusivo en el sentido de permitir la personación del perjudicado aun después del trámite de calificación, con el único límite que marca el derecho de defensa, esto es, negándose la personación cuando el juicio ya ha comenzado y se ha iniciado la práctica de la prueba.

El caso es que si nuestro cliente finalmente decidiese personarse como parte, esta acusación particular, podría: tomar conocimiento de lo actuado, participar en las diligencias pendientes, si las hubiese, solicitar nuevas diligencias, pedir la adopción de medidas cautelares, solicitar apertura de juicio oral y formular acusación presentando, en nuestro caso, escrito de conclusiones provisionales (art. 29.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, en adelante LOTJ)¹¹², así como intervenir en las actuaciones propias del juicio oral.

Asimismo, conforme autoriza el art. 100 LECrim, de la acción penal puede nacer también la acción civil para, en nuestro caso, indemnizar los perjuicios causados por el hecho delictivo. En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico, permite el ejercicio acumulado de acciones destinadas a exigir tanto responsabilidad civil como penal en un único proceso, el penal. Pero aun cuando no nos personásemos, nuestro representado no perdería este derecho, pues esto solo obsta en aquellos casos en los que, de forma

¹¹⁰ MAGRO SERVET, V. (2015), *Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género*. Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante. Doctor en Derecho, Diario La Ley, N.º 8638, Sección Doctrina, Ref. D-408, La Ley 6220/2015

¹¹¹ Art. 110.1 LECrim: “Los perjudicados por un delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones”.

¹¹² Art. 29. 1 LOTJ: “El escrito solicitando la apertura del juicio oral tendrá el contenido a que se refiere el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” (el mismo se puede encontrar en el anexo de este dictamen).

expresa, clara y terminante, la parte perjudicada renuncia a su derecho (art. 110 LECrim). En cualquier caso, solo sería aplicable al renunciante en sí, es decir, esa renuncia no se extendería al resto de posibles perjudicados por el delito.

- **Actor civil**

Recibe el nombre de actor civil quien ejercita la acción civil en el proceso penal. El ejercicio de esta acción puede realizarse por diversos sujetos. Así pueden ejercitarla las partes procesales definidas hasta el momento y que lo harían conjuntamente con la acción penal. Pero también puede llevar a cabo esta acción quien solo ha sufrido perjuicios civiles, de tal forma que sería el actor civil, propiamente dicho.

En los hechos que nos ocupan en este dictamen, según la información que nos aporta nuestro cliente, los gastos de funeral y de entierro de su hijo los abonó el seguro que tenía contratado para tal fin. Por consiguiente, la compañía aseguradora de decesos, el Ocaso, podría reclamar los gastos solicitando indemnización. Para ello debería personarse en la causa y formular escrito de calificación y acusación solicitando la apertura del juicio oral. Pero su actuación en esta causa siempre estaría limitada a lo atinente a la responsabilidad civil.

- **La defensa**

El investigado es la parte pasiva necesaria frente a quien se ejercita la acción penal y se dirige en definitiva el proceso penal¹¹³. Su denominación en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido y es muy variada dependiendo de las diferentes situaciones jurídicas por las que el sujeto pasa a través del proceso. La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, sustituyó el término imputado por el de investigado o encausado según la fase procesal en que se encuentre el sujeto sometido al proceso. Así las cosas, se pasa de investigado a encausado con el dictado de la resolución que formaliza la imputación. Y el auto de apertura de juicio oral da lugar al acusado. Aun así, no hemos de quedarnos con el cambio de nomen iuris, pues no es este el objetivo de la reforma. Sino que el mismo, es decir, lo relevante de verdad es que se respeten de un modo más material y eficiente las garantías del investigado a lo largo de todo el proceso penal de instrucción. En otras palabras, la reforma pone el acento en que el investigado

¹¹³ ARMENTA DEU, T. ob., cit., nota 93, p. 115.

conozca desde su primera declaración ante el juez, la imputación que contra él se formula al objeto de asegurar la eficacia real y no tan formal del derecho de defensa¹¹⁴.

Al hilo de lo expuesto, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado exige la efectividad del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 CE y en los arts. 118 y 775 LECrim. Su esencia se encuentra en el principio de contradicción “Nadie puede ser condenado sin ser efectivamente oído en juicio”, así como en la irrenunciabilidad de dicho derecho. El investigado tiene derecho a ser defendido por Letrado, desde el mismo momento de su detención, a tomar conocimiento de las actuaciones que se practiquen y a intervenir en todas las diligencias de investigación (art. 302.1 de la LECrim). En la fase de juicio oral, en nuestro caso en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, de conformidad con el art. 44, párrafo 1º de la LOTJ, la presencia del investigado es necesaria para la celebración de dicho acto, así como la del abogado defensor. La no asistencia daría lugar a la requisitoria, que supone el llamamiento, búsqueda y captura del acusado y declaración como rebelde con las consecuencias previstas en el art. 784.4 LECrim.

QUINTA CUESTIÓN. – CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Nuestro Código Penal dedica tres capítulos, en el Título I de su Libro I, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. El primero de ellos es el Capítulo III, que engloba el art. 21, titulado “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”; el segundo, Capítulo IV, “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, que se describen en el art. 22; y el tercero, el Capítulo V, “De la circunstancia mixta de parentesco”, que se prevé en el art. 23 y del cual, por no concurrir en nuestro supuesto de hecho, no trataremos en este dictamen.

Desde el Derecho clásico, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han sido definidas como elementos accidentales del delito, de cuya existencia no depende la realidad del mismo, sino su gravedad; es decir, sólo afectan a la pena concreta que debe imponerse por la comisión del delito, influyendo sobre la infracción,

¹¹⁴ VELA MOURIZ, A.; ESTEBAN LÓPEZ, P. (2016), *2016 en clave penal*, Redacción Wolters Kluwer, Diario La Ley, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 10130/2016. ASECIO MELLADO, J.M. (2015), *La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación*. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Alicante. Diario La Ley, N.º 8671, Sección Doctrina, Ref. D-484, La Ley 7854/2015.

haciéndola más o menos grave a efectos punitivos. De tal forma que, las atenuantes dan lugar a una disminución de la pena que corresponde al delito; y, por su parte, las agravantes motivan un aumento de ésta, porque revelan una mayor peligrosidad de la conducta, bien por los modos de ejecutar el delito, los motivos por los que se ha cometido, o por la concurrencia de otras circunstancias que dan lugar a una mayor antijuridicidad de su conducta.

En el supuesto que nos ocupa, respecto de las circunstancias que atenúan, o en su caso, eximen de responsabilidad criminal, se estudia la posible concurrencia de una **anomalía o alteración psíquica** (en relación con los arts. 20. 1ª y 21.1, o al art. 21.7 del CP), a tenor de las facultades intelectivas y volitivas del investigado Juan Lobo.

Así las cosas, los forenses del IML, Don Julio Arias Mendoza y Doña Luisa Camino Torres, en el apartado correspondiente a la exploración psicopatológica de su informe sobre Juan Lobo, describen y concluyen que dicho sujeto tiene una personalidad psicopática.

La problemática de esta cuestión gira en torno a dirimir qué se entiende por este trastorno de la personalidad, como los denomina la psiquiatría actual¹¹⁵. En efecto hay estudios sobre la psicopatía, pero los mismos han de ser contemplados con escepticismo. Pues como apunta Antonio García-Pablos de Molina¹¹⁶, no hay un concepto específico ni delimitado y ello deriva en que no todos los delincuentes son psicópatas ni tampoco todos los psicópatas delincuentes¹¹⁷. Como consecuencia de esto, la discusión científica sobre la psicopatía está servida.

A pesar de ello, tras un estudio de la dogmática penal, podemos decir que las psicopatías posiblemente supongan el mayor problema de las anomalías psíquicas, pues conllevan una enorme peligrosidad y dañosidad social, pero no provocan en el sujeto

¹¹⁵ STS núm. 776/2000, de 4 de mayo (ROJ: STS 3667/2000)

¹¹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2013), *Criminología una introducción a sus fundamentos teóricos*, 7ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 466

¹¹⁷ Véase por su importancia significativa en esta línea la STS Núm. 2.105, de 19 de septiembre de 1988, en la que fue ponente Francisco Soto Nieto (ROJ: STS 6262/1988): *“Ha de reconocerse que, bajo la común designación de «personalidad psicopática» la realidad empírica ofrece múltiples variedades de semejantes trastornos de la personalidad, que no siempre comportan potenciales conductas delictivas, y aun conllevándolas en algunos supuestos, generalmente en determinada dirección dentro del campo de lo ilícito, siempre habrá que atender a las concretas y comprobadas circunstancias individuales que acompañen y secunden al agente delictivo, no debiendo elaborarse fórmulas generales en base a una etiqueta genérica de psicopatía”*.

una anulación ni tampoco afectación de las capacidades volitivas ni intelectivas¹¹⁸. Según el abogado y criminólogo Marc Pertíñez Romagosa¹¹⁹: “Los psicópatas son personas racionales, lógicas, que conocen perfectamente la diferencia entre el bien y el mal”. De hecho, esto mismo es reconocido en el informe forense al apuntar lo que es del tenor siguiente: “No hay alteraciones de conciencia, ni cognitivas, ni amnésicas. La afectividad es fría, distante, sin empatía afectiva y sin ninguna calidez afectiva (Muy propia de los psicópatas fríos)”.

El caso es que, según el Tribunal Supremo, las psicopatías afectan a la imputabilidad cuando tienen carácter grave equivalente, en sus efectos, a una psicosis. Es decir, que su apreciación como eximente completa (art. 20. 1ª CP) “requiere excluir la capacidad del sujeto de comprender la antijuricidad o de comportarse de acuerdo con ella”¹²⁰.

La posibilidad de su apreciación como eximente incompleta, o al menos como atenuante analógica (según su intensidad), requiere, en palabras de Julián Sánchez Melgar¹²¹, que el sujeto que la padece sufra “una disminución importante de la capacidad de autodeterminación, y siempre que exista una causalidad psíquica entre el trastorno de la personalidad que implica la psicopatía y el delito cometido”. Por añadidura, José María Luzón Cuesta¹²², señala que genéricamente, los trastornos de la personalidad se valoran penalmente como atenuantes analógicas. Y solo en supuestos especialmente graves, las psicopatías son valoradas como eximentes incompletas. Teniendo además en cuenta que cuando así son tenidas en cuenta, suelen ir acompañadas de otras patologías. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 (ROJ: STS 5322/2004) en la cual se apreció exclusivamente la atenuante analógica de enajenación mental. En el supuesto, el autor de asesinato era un joven que sufría un trastorno psicopático, acompañado por otro de drogodependencia, y

¹¹⁸ LUZÓN PEÑA, D.M. ob. cit., nota 14, p. 505.

¹¹⁹ PERTÍÑEZ ROMAGOSA, M. (2014), *Aproximación clínica y conductual a los trastornos psicopáticos: Aportaciones sobre la responsabilidad criminal del psicópata*. Abogado y criminólogo. La Ley Penal, N.º 111, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 8867/2014.

¹²⁰ STS núm. 71/2008, de 11 de febrero (ROJ: STS 1315/2008).

¹²¹ SÁNCHEZ MELGAR, J. (2016), “Título I: de la infracción penal”, en *Código Penal: Comentarios y jurisprudencia*, (Dir. SÁNCHEZ MELGAR), 4ª Ed., Madrid, Sepin, p. 186.

¹²² LUZÓN CUESTA, J.M., (2015), *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Dykinson, p.135.

que, a su vez, cuando cometió el hecho lo hizo habiendo consumido sustancias psicoactivas en inmediación temporal previa, considerando que la ausencia de plenitud de las facultades psíquicas del individuo se afirma por la concurrencia de todos esos factores como un todo, en orden a determinar la merma de la responsabilidad criminal¹²³.

Recapitulando, la STS de 19 de enero de 2000 (ROJ: STS 202/2000) declara que “*esas anomalías psíquicas (art. 20.1ª CP) se caracterizan precisamente por su variedad*” y según su intensidad, podrá apreciarse, una eximente incompleta (21.1ª CP) o una atenuante analógica (21.7ª CP)¹²⁴. No obstante, hay que insistir que la posible inclusión de una patología dentro de uno de estos grupos o con mezcla de varios, es meramente orientativa para los jueces, es decir, que ello supone un dato indiciario¹²⁵. Porque para la decisión final, lo fundamental es que en el caso concreto la supuesta anomalía produzca alguno de los efectos psicológicos requeridos en el art. 20.1. Lo cual en nuestro caso no sucede.

En definitiva, teniendo en cuenta el informe de los forenses sobre Juan Lobo. Según el cual tiene una imputabilidad plena y no considerándose por los mismos que la mencionada personalidad psicópata que el investigado tiene sea enfermedad psiquiátrica. Hemos de concluir que, sobre la base de las argumentaciones aportadas, así como de las pruebas forenses, la psicopatía que sufre el acusado no le merma sus capacidades volitivas ni intelectivas, por lo que no concurre circunstancia alguna que atenúe su responsabilidad criminal.

En cuanto al Informe Médico Forense emitido por los mismos profesionales del IML, esta vez al respecto de José Campos. Se concluye que es plenamente imputable, por lo que tampoco concurre en el mismo ninguna causa que posibilite la atenuación de su responsabilidad.

En otro orden de cosas, hemos de valorar si en el supuesto que nos ocupa se da la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias agravantes que se catalogan en el sistema de *numerus clausus* del art. 22 del Código Penal. Puesto que la analogía tratándose de agravantes está prohibida (principio de legalidad, art. 25 CE). Así como

¹²³ STS núm. 1363/2003, de 22 de octubre (ROJ: STS 6503/2003)

¹²⁴ STS núm. 753/2001, de 7 de mayo (ROJ: STS 3685/2001); 2006/2002 de 3 de diciembre (ROJ: STS 8093/2002).

¹²⁵ STS núm. 1511/2005, de 27 de diciembre (ROJ: STS 7747/2005)

también lo está su aplicación cumulativa, en aras de evitar la vulneración del principio non bis in ídem pues no podemos aplicar una circunstancia doblemente.

En lo que a nuestro interés afecta, **la aplicación de la alevosía nos impide la concurrencia del abuso de superioridad, por incompatibilidad** puesto que ambas circunstancias participan del mismo fundamento. Este es, una mayor peligrosidad ex ante de la conducta aumentando con ello la probabilidad de lesionar el bien jurídico protegido, la vida en nuestro caso, mediante el empleo de medios o modos que tiendan a facilitar la ejecución de la acción. Suele afirmarse que el abuso de superioridad es una forma inferior o secundaria de la alevosía, es decir, una alevosía de segundo grado o alevosía menor ¹²⁶, también denominada alevosía incompleta o cuasi-alevosía. Parafraseando a Manuel José Arias Eibe¹²⁷: “con la actuación alevosa se persigue por el sujeto activo la total indefensión de la víctima, mientras que en la actuación caracterizadora del abuso de superioridad basta con que la potencial defensa del ofendido resulte meramente debilitada”.

Esta equivalencia en su fundamento tiene dos consecuencias, una sustantiva y otra procesal. La consecuencia sustantiva consiste en que tal y como señala Enrique Peñaranda Ramos¹²⁸, la alevosía y el abuso de superioridad son de imposible aplicación conjunta. Pues si concurre la alevosía, el abuso de superioridad quedaría subsumido en aquella¹²⁹. Ya que, recordemos, se trata de una alevosía de segundo grado. En cuanto a la consecuencia procesal, hemos de tener en cuenta que se trata de circunstancias homogéneas a los efectos del principio acusatorio¹³⁰.

¹²⁶ Así la califica la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las STS núm. 2024/2000, de 28 de diciembre (ROJ: STS 9722/2000) y 713/2002, de 24 de abril (ROJ: STS 2937/2002).

¹²⁷ ARIAS EIBE, M.J, (2006), *La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial*”. Doctor en Derecho. Abogado. Postgrado en Derecho Penal Económico. Diplomado en Criminología, La Ley Penal, N.º 32, Sección Estudios, LA LEY 2756/2006.

¹²⁸ PEÑARANDA RAMOS, E. (2015), “Circunstancias agravantes: Alevosía”, en AAVV (Coord. MOLINA FERNÁNDEZ), *Memento Práctico. Penal 2016*, Madrid, Ediciones Francis y Taylor. NM 4388

¹²⁹ En sentido contrario, STS núm. 384/2000, de 13 de marzo (ROJ: STS 1976/2000) que las consideró pese a todo compatibles.

¹³⁰ Vid. por todas STS núm. 1458/2004, de 10 diciembre (ROJ: STS 8020/2004); 600/2005, de 10 de mayo (ROJ: STS 2951/2005) y 850/2007, de 18 de octubre (ROJ: STS 7484/2007).

De otro lado, **la apreciación de la alevosía excluye la concurrencia de la agravante por abuso de confianza**. Pues como alega la Doctora en Derecho y Abogada, Gema Martínez Galindo¹³¹, ambas son circunstancias objetivas excluyentes lo que provoca, también, la incompatibilidad¹³².

Para diferenciarlas, la doctrina del Tribunal Supremo ve necesario precisar la modalidad alevosa que se ha tenido en cuenta antes de pronunciarse sobre esa compatibilidad. Con ese criterio, la STS de 20 de septiembre de 2000 (ROJ: STS 6582/2000) señala que en la alevosía proditoria o a traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza con el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada. Asimismo, debemos recordar que, como apuntábamos en la primera cuestión la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor, en este caso, coautores, además.

Como conclusión de lo anteriormente expuesto, se considera suficientemente argumentado que en el supuesto que nos ocupa no puede aplicarse ni la agravante de abuso de superioridad ni tampoco la de abuso de confianza. Pues las mismas son incompatibles junto con la circunstancia agravante de alevosía que, en nuestro caso, ya ha sido tenida en cuenta al sancionar y calificar la conducta como delito de asesinato previsto en el art. 140.1. 1ª y 2ª CP.

SEXTA CUESTIÓN. - PENALIDAD APLICABLE

La penalidad que corresponde aplicar a los coautores Juan Lobo y José Campos comprende, en primer término, una responsabilidad penal. Fijada ésta, si la conducta delictiva hubiera ocasionado daños o perjuicios, se derivará una responsabilidad civil, de la que trataremos en el siguiente epígrafe.

La responsabilidad penal se articula sobre un hecho con relevancia penal, subsumido en una figura típica, que es imputable, objetiva y subjetivamente, a una persona. De esta consideración surge que la responsabilidad penal requiere, como elementos necesarios, una conducta típica, antijurídica, culpable y penada por la ley.

Aunque no es la única, **la pena es la principal consecuencia jurídica del delito**

¹³¹ MARTÍNEZ GALINDO, G. (2006), *Compatibilidad e incompatibilidad entre atenuantes y agravantes*. Doctora en Derecho. Abogada, La Ley Penal, N.º 32, Sección Informe de Jurisprudencia, La Ley 2885/2006.

¹³² STS de 15 de octubre de 1996 y 20 de marzo y 17 de diciembre de 2001).

consistente en una privación de bienes jurídicos importantes que se impone al responsable de un delito. Dada su gravedad, de acuerdo con el principio de legalidad, debe estar prevista en la ley penal y ser impuesta por los órganos jurisdiccionales al responsable del hecho delictivo¹³³.

El Código Penal en su Título III Libro I dedica tres capítulos a las penas. El primero de ellos, Capítulo I “De las penas, sus clases y efectos” engloba los arts. 32-60; el Capítulo II, “De la aplicación de las penas”, incluye dos secciones en las que se establecen las reglas generales y específicas para su determinación (arts. 61-79); y, por último, el Capítulo III titulado “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, que se describen en los arts. 80-93.

Las penas, según Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán¹³⁴, de acuerdo con el art. 32 CP, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa. En función de su naturaleza y duración se clasifican en graves, menos graves y leves (art. 33 CP). Así, por ejemplo, se considera pena grave la pena de prisión permanente revisable y leve la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.

Sin más preámbulos, en el asunto que nos ocupa Juan Lobo y José Campos son coautores de un delito de asesinato consumado previsto en el art. 139 en relación con el 140.1. 1ª y 2ª CP, al que corresponde la pena de prisión permanente revisable y otro de agresión sexual consumado a un menor de dieciséis años tipificado en el art. 183.3 en relación con los subtipos agravados b) y c) del apartado cuarto de dicho artículo. A este último corresponde la pena de prisión de trece y medio a quince años. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en ninguno de los coautores. Por lo tanto, en virtud del art. 66.1. 6ª, la pena correspondiente al delito de agresión sexual podrá ser aplicada en la extensión que el Tribunal estime por conveniente, en atención a las circunstancias personales de ambos acusados y a la gravedad del hecho.

¹³³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; PÉREZ CEPEDA, A.I. (2015), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo I, Introducción al Derecho penal*, 2ª Ed., Madrid, Iustel, p. 53

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2015), *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 517-521.

Nuevamente surge la problemática concursal. Esta vez, gira en torno a dirimir si nos encontramos ante un concurso real de delitos (art. 73 CP¹³⁵) o un concurso de leyes que sería resuelto por la regla de la consunción (art. 8. 3ª CP¹³⁶). Así pues, debemos preguntarnos si el legislador ha querido construir un delito complejo en cuyo caso el art. 140.1. 1ª y 2ª recogería todo el desvalor de la acción (asesinato y violación). O si por el contrario ha querido asegurarse de que el reo cumpla una condena de, como mínimo, en nuestro caso, veinticinco años de prisión tratándose (art. 92 CP). Como vemos, nuevamente la polémica va a estar servida. Hablamos en futuro porque aún no se ha dado un caso de asesinato y violación a menor de dieciséis años que permita su aplicación¹³⁷. Y quizá ello sea una prueba también de la innecesariedad de incluir este precepto. No obstante, como quiera que se ha reformado el Código Penal en este extremo, hemos de resolver las cuestiones planteadas.

Antes de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reformó el Código Penal, la jurisprudencia apreciaba un concurso real de delitos entre un delito de violación y un delito de asesinato¹³⁸. De tal forma que, en aplicación de la regla de la acumulación penológica del art. 73 CP, ambas penas eran sumadas. Pero al aplicarlo, en muchas ocasiones se cercenaba-cuando no anulaba- la eficacia real de una de las penas. Pues el art. 76 preveía y sigue previendo los límites máximos de cumplimiento, 20 por regla general, salvo excepciones¹³⁹. Con la nueva regulación esta situación ya no se daría, pues en el caso que nos ocupa, la aplicación del art. 140 y de la consiguiente pena de prisión permanente revisable, asegura que los reos cumplirán un mínimo efectivo de 25

¹³⁵ Art. 73 CP: *“Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”*.

¹³⁶ Art. 8. 3ª CP: *“El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”*.

¹³⁷ SAP Pontevedra núm. 42/2017, de 14 de julio (ROJ: SAP PO 1325/2017). Aplica por primera y única vez en nuestro ordenamiento jurídico el art. 140 CP con la consecuente pena de prisión permanente revisable “Caso asesino de la radial”.

¹³⁸ STS núm. 1190/2011, de 10 noviembre (ROJ: STS 7589/2011); núm. 806/2007 de 18 octubre (ROJ: STS 6953/2007); núm. 471/2004 de 12 Abril (ROJ: STS 2430/2004); 675/2009 de 20 Mayo (ROJ: STS 4694/2009); STS núm. 835/2014 de 21 noviembre (ROJ: STS 5170/2014); SAP Barcelona núm. 628/2008 de 4 septiembre (ROJ: SAP B 12052/2008); Valencia núm. 648/2008 de 27 octubre (ROJ: SAP V 5100/2008); Lleida núm. 376/2006, de 6 noviembre (ROJ: SAP L 857/2006).

¹³⁹ GOYENA HUERTA, J. ob., cit., nota 52, p. 63

años. Una hipotética opción alternativa sería considerar la existencia de un concurso de leyes en el que el asesinato agravado por ser un hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual se castigase desplazando al previo delito sexual (arts. 8. 3ª, regla de la consunción). Sin embargo, no parece muy atendible esta posibilidad, pues el propio artículo alude a un hecho subsiguiente al delito sexual (y por tanto diferente al mismo) por lo que no cabría entenderlo como comprensivo de su desvalor.

En conclusión, siguiendo al Magistrado Carlos Suárez-Mira Rodríguez¹⁴⁰, no estamos ante un delito complejo sino ante dos delitos independientes cuyas penas han de sumarse y uno de los cuales ha visto aumentada su pena respecto a la regulación anterior por la simple razón de subseguir temporalmente al otro. Por ello, se considera que el desvalor total exige el castigo completo de ambas infracciones.

No obstante, el Tribunal podría hacer otra interpretación de los preceptos estudiados, por lo que resumidamente estas son las dos posibilidades:

- Concurso de leyes entre el asesinato previsto en el art. 140.1.1ª. 2ª y el delito de agresión sexual establecido en el art. 183.3 en relación con los subtipos agravados b y c del apartado cuarto del mismo. Se resolvería por el principio de consunción o absorción (art. 8. 3ª CP). La pena aplicable sería la de prisión permanente revisable. Para la suspensión de la pena (art. 92 CP), deberían cumplirse 25 años de condena. Y para la obtención del tercer grado, (art. 36.1) quince años de prisión efectiva.
- Concurso real de delitos entre el asesinato previsto en el art. 140.1.1ª. 2ª y el delito de agresión sexual establecido en el art. 183.3 en relación con los subtipos agravados b y c del apartado cuarto del mismo. Resolución del concurso por la regla de la acumulación de condenas (art. 73 CP). Resultarían dos penas: una de prisión permanente revisable y otra de 13 y medio a 15 años de prisión. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que el Tribunal, de acuerdo con el art. 66.1. 6ª CP, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, fijará la extensión concreta. Para la suspensión de la condena sería necesario el cumplimiento efectivo de 25 años (art. 92 CP) y para el acceso al tercer grado (art. 78 bis, condena por dos delitos), 18 años de prisión.

¹⁴⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., ob, cit., nota 54, p. 471.

Como podemos observar, penológicamente, a efectos de suspensión de la condena no hay diferencias. Pero si las hay para el acceso al tercer grado. Por lo tanto, no es una cuestión baladí, pues la diferencia es de tres años. En cualquier caso, estimamos más adecuada la consideración del concurso real de delitos así que en la explicación que a continuación haremos sobre esta novedosa pena, el criterio seguido será el del concurso de delitos. Así, la pena principal probablemente quedará: prisión permanente revisable por el delito de asesinato calificado por ser subsiguiente a delito contra la libertad sexual y sobre víctima menor de dieciséis años; y por el delito de agresión sexual la pena de prisión de trece y medio a quince años.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal, introdujo la polémica pena de prisión permanente revisable cuyo carácter es excepcional pues se reserva para supuestos de extrema gravedad, como es nuestro caso. Definida como pena privativa de libertad grave, arts. 33.2 y 35 CP, los aspectos más relevantes de su ejecución se recogen en los artículos 36, 92 y, en nuestro caso, 78 bis CP. Lo cierto es que se trata de un entramado farragoso de artículos, con remisiones que dispersan la regulación completa de esta pena. Por lo que, para facilitar la comprensión de su estudio la dividiremos en subapartados.

- **Clasificación en tercer grado**

El primero de los requisitos para revisar esta pena es que el penado se encuentre clasificado en el tercer grado. Según Vicenta Cervelló Donderis¹⁴¹, la posibilidad de que un condenado a esta pena pueda acceder al régimen abierto está sometida a un elemento objetivo y a otro valorativo. En cuanto al cronológico, en virtud del art. 36.2.b) CP, se requiere haber cumplido quince años de prisión efectiva. No obstante, ello sería en los supuestos generales. En nuestro caso, concurre un concurso real de delitos, por lo que sería aplicable el art. 78 bis 1. a)¹⁴², según el cual Jose y Juan deberán cumplir un **tiempo mínimo de dieciocho años de prisión**. El segundo requisito es que el tribunal,

¹⁴¹ CERVELLÓ DONDERIS, V. [et al], (2015), “Prisión permanente revisable II (art. 36), en AVV (Dir. GONZÁLEZ CUSSAC), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 229-231.

¹⁴² Artículo 78 bis 1. “Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento: a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años”.

antes de autorizar en su caso el tercer grado, se sirva de un **pronóstico individualizado y favorable de reinserción social** oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. Además, para acceder a este tercer grado, los acusados deberán cumplir con el resto de requisitos contemplados en la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante, LOGP) Por tanto, a los requisitos ya dichos, se deberá sumar como criterio general la capacidad de vivir en semilibertad, propia de toda progresión a régimen abierto, y como específico el **pago de la responsabilidad civil** recogido en el art. 72.5 del recién citado texto legal¹⁴³.

En conclusión, la opinión de Laura Zúñiga Rodríguez¹⁴⁴ es que teniendo en cuenta que los criterios que la Administración penitenciaria suele tener en cuenta, por ejemplo, gravedad de los delitos, tiempo de condena que resta hasta la libertad, permisos de salida disfrutados, disponer de una oferta laboral o contar con apoyo social/familiar, entre otros. Es muy difícil que un reo condenado a prisión permanente revisable cumpla con todos estos requisitos, por lo que en la práctica la clasificación en tercer grado es realmente inviable, máxime cuando un sujeto ha cumplido al menos quince años efectivos, en nuestro caso dieciocho, y todos los efectos de la prisionización se han hecho patentes.

- **Permisos de salida**

Los permisos de salida que pueden disfrutar los condenados a pena de prisión permanente revisable vienen recogidos en el art. 36.1 CP, disponiendo, como si fuera un período de seguridad, que hasta que no se cumplan ocho años no se podrán conceder.

Sin duda alguna, lo que más nos llama la atención es que para el cálculo del acceso al régimen abierto se haya tomado como referencia la mitad del máximo de cumplimiento, 30 años (art. 76.1.b), salvo excepcionales casos; y, para el caso de los

¹⁴³ Art. 72.5 Ley Orgánica General Penitenciaria: *“La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales.*

¹⁴⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2015), “La pena en el Código Penal”, en AAVV (Coord. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo I, Introducción al Derecho penal*, 2ª Ed., Madrid, Iustel, p. 300.

permisos de salida se hayan utilizado parámetros diferentes pues ocho años es la cuarta parte de treinta y dos¹⁴⁵.

Además, según el art. 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria¹⁴⁶, para acceder a los permisos de salida se exige buena conducta amén de haber cumplido una cuarta parte de la condena y estar clasificado en segundo o tercer grado. En consonancia con ello, cuando el Código Penal dispone que el condenado a pena de prisión permanente revisable podrá obtener permisos de salida a los 8 años, está retrasando injustificadamente esta posibilidad legal de acceder a los permisos.

Por ello, sería más ventajoso y acorde a derecho tomar como referencia la fecha de revisión de la pena de prisión permanente revisable, en nuestro caso, 25 años (art. 92.1.a CP) y sobre ella calcular la cuarta parte. Así, pasaría a seis años y tres meses el plazo para poder obtener permisos de salida.

- **Libertad condicional como un supuesto de suspensión de la ejecución**

La suspensión de la ejecución de la prisión permanente revisable se regula en el art. 92 CP. Si bien, la realidad es que en este precepto se establecen los requisitos del régimen de revisión que podrá dar lugar a la libertad condicional:

- a) Que el penado haya cumplido 25 años de su condena.
- b) Que se encuentre clasificado en el tercer grado de tratamiento penitenciario, o sea, en régimen abierto. Que recordemos, de acuerdo con el art. 78 bis 1.a) en nuestro caso sería de 18 años.
- c) Que el tribunal pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Para lo que se tendrá en cuenta: la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su

¹⁴⁵ Ello supone un endurecimiento excepcional e injustificado por la diferencia de criterios entre progresión a tercer grado y acceso a permisos de salida, como apunta el Consejo General del Poder Judicial en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 46.

¹⁴⁶ Art. 47.2 LOGP: *“Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta”*.

conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Vistos los requisitos que nos preceden, el tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

Si efectivamente conceden esta suspensión, el art. 92.3 establece que: “tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y la libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91”.

Ha de tenerse en cuenta que todos estos plazos que se exigen para que el reo condenado a prisión permanente revisable pueda optar a la suspensión de la ejecución y así alcanzar la libertad condicional son mínimos. Es decir, que si cumplidos que fueran estos plazos el Tribunal estimase que no procede la concesión de la suspensión y consiguiente libertad condicional, deberá estudiarlo nuevamente por imperativo del art. 93.4 transcurridos dos años. No obstante, tras haber sido rechazada una petición, se podrá fijar el plazo de hasta un año dentro del cual no se darán curso a nuevas peticiones del penado.

Grosso modo todo lo que nos antecede es lo más significativo de la prisión permanente revisable. Con ello nuestro mandante quedaría informado al respecto de qué podría esperarse de resultar condenados finalmente los acusados. Eso sí, tras el estudio de esta nueva pena, que bien podríamos llamar de “cadena perpetua”, lo que más preocupa a la doctrina es su dudable constitucionalidad (atenta contra los derechos reconocidos en los arts.15 y 25 CE). Se plantea la cuestión de si la misma, con el régimen jurídico estudiado, pudiera ser calificada de pena inhumana o degradante. Pero no solo eso, sino que, además, como hemos visto incluye unos periodos de seguridad en figuras que son derechos reconocidos a los internos cuando se cumplen los requisitos previstos legalmente. En conclusión, parece ser que esta pena, cuando menos, es discordante con los principios de reeducación y reinserción social en los que nuestro sistema penitenciario se basa¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Así lo entiende la doctrina mayoritaria, entre otros, TÉLLEZ AGUILERA, A, (2015), *El libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015*, Doctor en Derecho. Magistrado, La Ley Penal, N.º 114,

En otro orden de cosas, sobre el inicio del cómputo de la pena. Señala José Luis Díez Ripollés¹⁴⁸, que de acuerdo con el art. 58 CP¹⁴⁹, si el reo estaba en prisión provisional por la causa de la que ha resultado condenado, el tiempo pasado en prisión provisional se habrá de descontar del período a cumplir. En consecuencia, parafraseando a José Llorca Ortega¹⁵⁰ será el Juez o Tribunal sentenciador, y no el Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien expresará la situación del acusado y, en su caso, el período de tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente, con indicación del día inicial y del día final. Traído ello al caso que nos ocupa, concurriendo los requisitos legales para el abono del tiempo transcurrido desde que se adoptó la medida cautelar, el Magistrado-Presidente encargado del enjuiciamiento y fallo de esta causa, al momento de dictar sentencia deberá expresar que los acusados, Juan Lobo y José Campos, se encuentran privados de libertad desde el 28 de septiembre de 2016.

Asimismo, el Código Penal, en sus artículos 54-57 prevé otro tipo de sanciones. Éstas son las **penas accesorias** que pueden consistir en penas privativas de derechos o prohibiciones, acompañan a las penas privativas de libertad y son adoptadas por el Tribunal en función de la naturaleza del delito. En nuestro caso, la pena de prisión es superior a 10 años por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55 CP, la misma llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Además, según este precepto, se podrían incluir penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, pero en nuestro caso no tiene relación y no sería aplicable. Si que lo sería el art. 57.1 CP, pues los delitos aquí estudiados se encuentran dentro de la lista recogida por el mismo. De tal forma que, nos deriva a la aplicación de las prohibiciones contenidas en el art. 48 CP, las cuales podrán ser impuestas por un

Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 4105/2015; CERVELLÓ DONDERIS, V., ob., cit., nota 112, p. 240; GARCÍA RIVAS, N., (2017), *Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable*, Catedrático de Derecho penal, Universidad de Castilla-La Mancha, La Ley Penal, N.º 128, Sección Legislación aplicada a la práctica, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 14978/2017. DEL CARPIO, J., ob., cit., nota 57.

¹⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., (2016), *Derecho Penal español, Parte General*, 4ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 615.

¹⁴⁹ Art. 58.1 CP: *“El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada”*

¹⁵⁰ LLORCA ORTEGA, J. (2005), *Manual de determinación de la pena*, 6ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 282.

máximo de diez años al encontrarnos ante delitos graves. Atendiendo a las circunstancias específicas de los hechos que nos ocupan, el Magistrado en su sentencia habría de imponer a los investigados las prohibiciones contenidas en los apartados uno, dos y tres de citado artículo. Éstas son: privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir al lugar en que haya cometido el delito, y a aquel en que resida la familia de Manuel. También se debería incluir la prohibición de aproximarse a los familiares de la víctima y, por último, prohibición de comunicarse con los mismos.

Al respecto de las medidas de seguridad. En este punto, Sergio Cámara Arroyo¹⁵¹ indica una nueva posible contradicción de la reforma. Pues, encontrándonos ante un delito de asesinato del art. 140, resulta también de aplicación el 140 bis que posibilita como medida de seguridad post-penitenciaria la libertad vigilada. Es decir, que ambas podrían entrecruzarse.

Acerca de las **costas procesales**, éstas se definen como aquellos gastos generados como consecuencia del proceso judicial. Su contenido y alcance se regula en los arts. 123 y 124 CP y de forma más detallada en los arts. 239-246 de la LECrim. En virtud del art. 241 LECrim, las costas se recogen exclusivamente por los siguientes conceptos: el reintegro del papel sellado empleado en la causa; el pago de los derechos de Arancel¹⁵²; honorarios devengados por los Abogados y peritos¹⁵³ y el de las indemnizaciones correspondientes a los testigos y peritos que las hubiesen reclamado, si fueren de abono, y en los demás gastos que se hubieren ocasionado en la instrucción de la causa¹⁵⁴.

Interesa en este punto el análisis del art. 124 CP, según el cual *“las costas judiciales incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos*

¹⁵¹ CÁMARA ARROYO, S. (2015), *La más criminal de las políticas: La revisión permanente de la prisión, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España)*, Doctor en Derecho. Profesor Asociado Derecho Penal UNIR, La Ley Penal, N.º 116, Sección Legislación aplicada a la práctica, La Ley 5620/2015.

¹⁵² Téngase en cuenta la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales que exime del pago del impuesto por actos jurídicos documentados a las actuaciones judiciales.

¹⁵³ Vid. Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, así como lo aprobado por cada Colegio de Abogados en materia de honorarios.

¹⁵⁴ En la tasación de costas deben incluirse también los dictámenes cuyo contenido haya sido relevante para la causa. Así, por ejemplo, en ATS de 11 de febrero de 1998 (ROJ: ATS 6679/1998), se declaran incluidas en las costas las cantidades devengadas por el dictamen emitido por el Colegio de Abogados y de las pólizas de la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía.

sólo perseguibles a instancia de parte”. En el caso que nos ocupa, se trata de un delito perseguible de oficio, es decir, nuestra actuación no es necesaria. Aun así, reiterada jurisprudencia afirma la inclusión de las costas generadas por la acusación particular salvo que las pretensiones de aquel sean manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal, o las acogidas en la sentencia, relegándose en la actualidad a un segundo plano valorativo el antiguo criterio de la relevancia¹⁵⁵. Un ejemplo de ello es la STS de 9 de octubre de 2013 (ROJ: STS 4988/2013): *“Los criminalmente responsables de un delito o falta son asimismo responsables de las costas procesales causadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal , entre las que se deben incluir las ocasionadas por la acusación particular”*. El único requisito que sí se exige es que debe, imperativamente, mediar previa petición para meritada inclusión, pues de lo contrario el Tribunal incurriría en un exceso sobre lo solicitado o extra petita¹⁵⁶. En otro orden de cosas, hemos de apuntar que las costas de la acción popular, caso de personarse en esta causa, no serían incluidas en la condena en costas¹⁵⁷.

Concerniente a quién o quiénes son responsables del pago de las costas, el art. 123 CP, ya apuntado, establece que éstas serán de cargo de los criminalmente responsables del delito. De acuerdo con el art. 239 LECrim, la sentencia o auto que ponga fin al procedimiento habrá de resolver sobre la condena en costas. Esta resolución, según el art. 240 LECrim, podrá consistir:

- En declarar las costas de oficio (art. 240.1.º de la LECrim), donde cada parte procesal, siempre que ésta no tuviera reconocido derecho a una asistencia jurídica gratuita¹⁵⁸, abona los honorarios y derechos de sus abogados y procuradores, así como el resto de gastos que debieran incluirse dentro de las costas procesales.
- En condenar a su pago a los procesados, señalando la parte proporcional de que cada uno de ellos deba responder, si fuesen varios (art. 240.2.º LECrim). De acuerdo con el art. 123, las costas procesales se imponen al criminalmente

¹⁵⁵ GUÉREZ TRICARICO, P. (2015), “Costas procesales” en AAVV (Coord. MOLINA FERNÁNDEZ) *Memento Práctico. Penal 2016*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, nm 6456.

¹⁵⁶ Vid. entre otras STS núm. 1784/2000, de 20 de diciembre (ROJ: STS 9432/2000); 1845/2000, de 5 de diciembre (ROJ: STS 8983/2000); 560/2002, de 27 de marzo (ROJ: STS 2245/2002).

¹⁵⁷ STS núm. 575/2007, de 9 de junio (ROJ: STS 3939/2007)

¹⁵⁸ Véase Art. 36.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

responsable. En el asunto que nos atañe, si Juan Lobo y José Campos resultan condenados de los hechos que se les imputan, serán responsables en cuanto al pago de costas generadas por esta y el resto de partes. Por el contrario, “No se impondrán nunca las costas a los procesados que fueren absueltos” (párrafo segundo del art. 240.2.º LECrim).

- En condenar a su pago al querellante particular o actor civil (art. 240.3.º LECrim). Para lo cual, de las actuaciones debe resultar que se actuó con mala fe o temeridad.

Por último, los arts. 243-246 LECrim, regulan el procedimiento para el pago de las costas. Hechas la tasación y regulación de costas, se dará vista al Ministerio Fiscal y a la parte condenada al pago, para que manifiesten lo que tengan por conveniente en el término de tres días. Trascurrido dicho plazo sin que las partes las impugnen por excesivas o indebidas, se procederá de acuerdo con lo previsto en los arts. 244-246 LECrim.

Aprobadas o reformadas la tasación y regulación, se procederá a hacer efectivas las costas por la vía de apremio establecida en la LEC¹⁵⁹, con los bienes de los que hubiesen sido condenados a su pago.

SÉPTIMA CUESTIÓN. - RESPONSABILIDAD CIVIL

De conformidad con los artículos 109¹⁶⁰ y 116 del CP¹⁶¹, de la comisión de un delito no solo se deriva una responsabilidad penal, sino que la misma llevará aparejada una responsabilidad civil, o lo que es lo mismo, una responsabilidad civil ex delictum cuando del hecho delictivo se derivasen daños o perjuicios¹⁶².

Con respecto a la regulación de esta responsabilidad civil ex delictum, la misma se encuentra reflejada en el Código Penal, en el Título V Libro I “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales”, que dedica el Capítulo I “De la

¹⁵⁹ Vid. Arts. 636 y ss de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

¹⁶⁰ Art. 109.1 CP: “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”.

¹⁶¹ Art. 116.1 CP: “Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”.

¹⁶² BACIGALUPO SAGGESE, S. (2015), “La responsabilidad civil derivada del delito”, en AAVV (Coord. LASCURAÍN SÁNCHEZ), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª Ed., Navarra, Thomson Reuters, p. 424.

responsabilidad civil y su extensión” (arts. 109-115) y el Capítulo II “De las personas civilmente responsables” (arts. 116-122). En lo que respecta a las costas, se tratará posteriormente. Asimismo, también es aplicable la Ley de Enjuiciamiento Criminal que recoge en los arts. 100 a 117 del Título IV Libro I, “las personas a quien corresponde el ejercicio de acciones que nacen de los delitos”. Por último, la legislación civil, art. 1092 CC distingue entre acto ilícito civil y acto ilícito penal, estableciendo que las obligaciones civiles que nazcan de delitos se regirán por las disposiciones del CP.

En la causa que nos ocupa, al concurrir dos conductas que objetivamente se encuadran en dos tipos penales y lesionar derechos e intereses privados jurídicamente protegidos, la acción civil es objeto del proceso penal, para la declaración y ejecución de las obligaciones civiles nacidas del acto punible¹⁶³.

La obligación de resarcimiento impuesta por el art. 109 puede adoptar, según el art. 110 CP, tres modalidades: restitución (art. 111 CP), reparación del daño (art. 112 CP) e indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 113 CP).

En nuestro caso, no concurre ni la restitución ni la reparación del daño, pues la vida no puede serle devuelta a Manuel. Al hilo de ello, el art. 113 CP establece: “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”. Como vemos, este precepto señala la diferencia entre el agraviado y el perjudicado. Para Elena Marín de Espinosa Ceballos¹⁶⁴, el agraviado es el sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídico lesionado, mientras que perjudicado es el sujeto del daño civilmente indemnizable. Como podemos observar, el concepto de perjudicado es más amplio que el de sujeto pasivo del delito. La jurisprudencia ha extendido notablemente el concepto de perjudicado y, con ello, la legitimación activa para ejercitar la acción civil por responsabilidad civil ex delicto.

De acuerdo con lo anterior, los perjudicados por un delito podrán ejercer la acción civil mostrándose como parte en la causa antes de la calificación del delito¹⁶⁵. No

¹⁶³ Art. 100 LECrim: “De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”.

¹⁶⁴ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (2010), “Extinción de la responsabilidad criminal. Otras consecuencias”, en AAVV (Dir. MORENO-TORRES HERRERA), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 571.

¹⁶⁵ Vid. Artículo 110 LECrim.

obstante, el hecho de no erigirse como parte procesal no implica que pierdan su derecho a la indemnización que a su favor pudiera acordarse en sentencia firme. Pues salvo expresa, clara y terminante renuncia de este derecho, sería el Ministerio Fiscal quien ejercería la acción civil en conjunto con la penal¹⁶⁶.

En esta causa fallece la víctima, Manuel López, por lo que, bien el Ministerio Fiscal, bien sus familiares, como perjudicados, serían quienes tendrían legitimación activa para enervar la acción civil. Ahora bien, el estatus de perjudicados de los padres y hermanos de Manuel no resulta por automatismo de la relación de parentesco con el fallecido, sino que se establece atendiendo a quienes causa el perjuicio material y moral¹⁶⁷. Es decir, será el Juez o Tribunal quien deberá determinar si, en nuestro caso, efectivamente tanto los hermanos de Manuel, todos menores, como nuestros mandantes, quedan desamparados moralmente como consecuencia del fallecimiento de su hijo y hermano¹⁶⁸.

Dado su carácter absolutamente infungible, la vida es un bien jurídico cuyo menoscabo resulta de imposible resarcimiento. Sin embargo, el ordenamiento jurídico tiene que arbitrar alguna solución, ya que, como es obvio, es necesario fijar algún criterio que permita determinar las indemnizaciones que proceden en este tipo de daños. En nuestro sistema jurídico esa solución se halla en el llamado baremo de valoración de daños corporales. Se introdujo en el anexo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Concretamente, se denomina “sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación”. En principio está referido solamente a los accidentes de tráfico, pero la realidad es que el baremo se aplica en la praxis judicial a todo tipo de daños personales, sea cual su origen,

¹⁶⁶ Artículo 108 LECrim: *“La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”*.

¹⁶⁷ La jurisprudencia define ampliamente el daño moral, como el precio del dolor, esto es, el sufrimiento, pesar, amargura y tristeza que el delito puede originar a los perjudicados (STS núm. 744/1998, de 16 de mayo (ROJ: STS 3160/1998))

¹⁶⁸ Vid. STS núm. 1190/2002, de 24 de junio (ROJ: STS 4678/2002), en la que no procede indemnización a los parientes por falta de acreditación de perjuicio económico, dependencia, ni especial vinculación afectiva con el fallecido.

como método de objetivación del importe dañado. Además, tras la actualización del mismo, es de obligado uso.

Para el cálculo de la indemnización que pudiera corresponder a nuestro mandante y a su esposa, por fallecimiento de su hijo, ha de tenerse en cuenta que la víctima cuenta con 11 años de edad y tenía tres hermanos. Se encontraba en edad escolar por lo que no tenía ingresos y convivía con sus padres y hermanos en el domicilio familiar.

Nuestro mandante D. Manuel López Pastrana y sus tres hijos representados legalmente por éste en ejercicio de la patria potestad, ejercitan acción civil solicitando indemnización por el fallecimiento de su hijo, en aplicación del baremo establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al ser el único método objetivo existente para la valoración del daño corporal; ha de aplicarse desde la fecha en que se produce el fallecimiento de la víctima.

Para el cálculo de la concreta indemnización a nuestro cliente, hemos de acudir al art. 34 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, donde especifica como daño objeto de valoración la indemnización por muerte, reflejado en la Tabla 1 contenida en el anexo de esta Ley y que a su vez incluye de modo separado la reparación de los perjuicios personales básicos, de los perjuicios personales particulares y de los perjuicios patrimoniales. En lo que a nuestro supuesto interesa, solo es aplicable el personal básico, contenido en la Tabla 1 A.

Nuestro cliente y los hermanos de la víctima estarían situados en la categoría de sujeto perjudicado mencionado en el art. 62, en caso de fallecimiento de la víctima, según el art. 36 de la Ley 35/2015.

De conformidad con el art. 64, referente a los ascendientes, *“Cada progenitor recibe un importe fijo que varía en función de si el hijo fallecido tenía hasta treinta años o más de treinta”*. Como perjuicio personal básico, y en su condición de familiar ascendiente, D. Manuel López Pastrana recibe un importe fijo teniendo en cuenta que el fallecido no supera los 30 años de edad, de **70.000.- Euros**.

Al respecto los hermanos del fallecido, el art. 66 establece que: *“Cada hermano recibe una cantidad fija que varía en función de su edad, según tenga hasta treinta años o más de treinta”*. De tal forma que, como perjuicio personal básico y en calidad de hermanos menores de 30 años todos ellos, cada uno recibirá la cantidad de **20.000.- Euros**.

Por consiguiente, la **responsabilidad civil que corresponde** a D. Manuel López Pastrana y a sus tres hijos representados legalmente por éste en ejercicio de la patria potestad, asciende a un total de **130.000- Euros**.

En referencia a la indemnización que correspondería a la madre de la víctima, que no se persone en la causa como acusación particular junto con nuestro mandante no implica la pérdida de su derecho a ser indemnizada. En estos casos, el Ministerio Fiscal, de conformidad con el art. 108 LECrim, salvo expresa renuncia del perjudicado, ejercerá la acción penal junto con la civil. Por consiguiente, será el Ministerio público que determine y solicite la indemnización correspondiente a la madre de Manuel.

En condiciones normales, los gastos de funeral y entierro son abonados por los familiares de la víctima y éstos presentan facturas para su inclusión en la indemnización. Pero en el caso que nos ocupa son sufragados por el seguro de los “muertos” que tenía contratado el padre del fallecido. De tal forma que, esta compañía aseguradora, El Ocaso, podría personarse en la causa al objeto de ejercitar la acción civil, reclamando indemnización por los gastos debidamente acreditados por el funeral y entierro de Manuel López, en cumplimiento del contrato de seguro de decesos que tenía concertado nuestro cliente.

De acuerdo con el art. 116.1 y 2 CP¹⁶⁹, la **legitimación pasiva (responsable civil)**, corresponde en este asunto a los coautores Juan Lobo y José Campos, que deberán responder solidariamente entre sí de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del fallecimiento de la víctima.

VI. CONCLUSIONES

Tras el estudio del caso que nos antecede, esta aspirante a letrada informa de las siguientes conclusiones:

1.- La conducta es constitutiva de dos ilícitos penales. En concreto, se ataca el bien jurídico protegido de la vida por la comisión de un asesinato cualificado con ensañamiento y alevosía, agravado por ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual y sobre víctima menor de dieciséis años. Conducta encuadrable en los artículos 139, 140.1. 1ª y 2ª del Código Penal. De otro lado, el atentado contra la libertad e

¹⁶⁹ Art. 116.2 CP: “Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables”.

indemnidad sexual del menor se considera constitutivo de otra infracción penal cuya conducta típica se prevé en el artículo 183.3 en relación con el subtipo agravado de actuación conjunta regulado en la letra b, apartado cuarto y empleo de violencia e intimidación particularmente vejatoria y degradante, letra c del mismo apartado y precepto legal.

2.- Juan Lobo y José Campos son criminalmente responsables en calidad de coautores materiales de los delitos de asesinato y agresión sexual, pues se dan todos los requisitos para la apreciación de la actuación conjunta (arts. 27 y 28 CP). Su actuación en la fase ejecutiva aportando una contribución esencial al plan común elaborado por ambos con división de funciones “*pactum scaeleris*”.

3.- La instrucción de la causa corresponde al Juzgado de Instrucción Número tres de los de Jaén, por encontrarse de guardia, en el momento y demarcación judicial en que tuvieron lugar los hechos “*lex forum commissi delicti*”. Corroborada la existencia de un hecho delictivo de los adjudicados al Tribunal del Jurado y la posible implicación en los hechos de los investigados, se dicta auto de incoación para la tramitación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado regulado en la L.O 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. El enjuiciamiento y fallo se sigue ante la Audiencia Provincial de Jaén, que es de la que depende el Juzgado que haya instruido la causa, por un Tribunal del Jurado presidido por un Magistrado de dicha Audiencia.

4.- Nuestra intervención procesal no sería necesaria ya que uno de los delitos cometidos es perseguido de oficio. En cualquier caso, ambos son cometidos sobre víctima menor de edad por lo que la actuación del Ministerio Fiscal, en aplicación del principio acusatorio, es preceptiva en esta causa. Aun así, podríamos constituirnos como acusación particular ejerciendo la acción penal junto con la civil *ex delictum* interesando indemnización a los perjudicados por el delito. El momento preclusivo para la personación en esta causa lo marca el traslado de la imputación (art. 25 LOTJ en relación con el 110 LECrim) que aún no ha tenido lugar. Además, podría personarse como actor civil la compañía de seguros El Ocaso en reclamación de los gastos abonados por el funeral y entierro de la víctima. La parte acusada: Juan Lobo y José Campos tienen el derecho de ejercitar su derecho de defensa, consagrado en el art. 24 de la CE y en los arts. 118 y 775 de la LECrim.

5.- Los acusados son plenamente imputables; para ser apreciada atenuación se requiere una merma significativa de las capacidades cognitivas y volitivas puesto ello en relación con la causa. Concurren las agravantes específicas de ensañamiento y alevosía proditoria que lleva ínsito el abuso de confianza del que se valen los agresores para ejecutar los hechos. El delito contra la libertad sexual se agrava por aplicación del subtipo agravado de actuación conjunta que nada tiene que ver con el grado de participación en los hechos. La violencia e intimidación reviste un carácter particularmente degradante y vejatorio, importando un plus no necesario para la consecución de la agresión sexual.

6.- Corresponde aplicar a los coautores una pena de prisión permanente revisable por el delito de asesinato previsto en el art. 140.1. 1ª y 2ª y por el delito de agresión sexual, la pena de prisión de quince años. Accesorio de inhabilitación absoluta y la pena de alejamiento o prohibición de aproximarse a la persona de Manuel López Pastrana y sus tres hijos, a su domicilio, a su lugar de trabajo o cualquier lugar en el que se encuentre a una distancia inferior a mil (1.000) metros y prohibición de comunicarse con ellos por cualquier medio, ya sea verbal, escrito, postal, telefónico telegráfico, telemático o informático por un periodo de treinta años. Más las costas, incluidas las de esta acusación particular, así como la responsabilidad civil que proceda por los daños y perjuicios causados a los familiares de la víctima como consecuencia de los hechos expuestos.

7.- D. Juan Lobo y D. José Campos deberán indemnizar conjunta y solidariamente a mi representado y a sus tres hijos representados legalmente por éste en ejercicio de la patria potestad por los perjuicios causados como consecuencia del fallecimiento de la víctima, Manuel López. El quantum indemnizatorio, calculado por aplicación del baremo vigente, establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, asciende a 300.000.- Euros, con el siguiente desglose: 70.000.-Euros a cada progenitor y 20.000.-Euros a cada hermano. Reclamando por nuestra parte los 70.000.- Euros correspondientes a nuestro mandante y los 60.000.-Euros de sus hijos. Y el fiscal los restantes 70.000.-Euros correspondientes a la madre de la víctima. De esta cantidad deberán responder conjunta y solidariamente entre sí por sus cuotas los responsables civiles directos, Juan Lobo y José Campos.

Este dictamen, que someto a cualquier otro mejor fundado en derecho, lo emito en Jaén a día diecisiete de enero dos mil dieciocho.

VII. MATERIAL FACILITADO POR EL CLIENTE

- Atestado de la policía nacional, incluida su diligencia de inspección ocular; y el acta de levantamiento de cadáver del Juzgado de guardia.
- Declaraciones de José Campos y Juan Lobo, tanto prestadas en la policía como en el Juzgado; ambos figuran en calidad de investigados y se encuentran en prisión preventiva.
- Declaraciones de varios testigos, propuestos por la propia policía o el fiscal y también propuestos por los abogados de los investigados.
- Informe de médico forense de autopsia.
- Informe de instituto de toxicología, respecto a muestras de semen obtenidas del recto de Manuel y de los calzoncillos de este; respecto de muestras de sangre obtenidas de un pantalón de José Campos y de una camisa de Juan Lobo; y respecto de las huellas halladas en el destornillador y sendas armas blancas.
- Informe de los psiquiatras forenses del IML que describen y concluyen que Juan Lobo tiene una personalidad psicópata.
- A requerimiento nuestro, nos indica que los gastos de funeral y entierro de su hijo Manolo los pagó el “seguro” de los muertos que tenía concertado con la aseguradora de decesos El Ocaso.

VIII. DERECHO POSITIVO, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CITADA

1.- TEXTOS LEGALES

- Constitución Española de 1978
- Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
- Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.
- Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

2.- BIBLIOGRAFÍA

ARIAS EIBE, M.J, (2006), La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial”. Doctor en Derecho. Abogado. Postgrado en Derecho Penal Económico. Diplomado en Criminología, La Ley Penal, núm. 32, Sección Estudios, La Ley 2756/2006.

ARMENGOT VILAPLANA A. (2017), La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas, Profesora Titular de Derecho Procesal, Universitat de València. La Ley Penal, N.º 128, Sección Derecho Procesal Penal, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 15686/2017.

ARROYO DE LAS HERAS, A.; GOYENA HUERTA, J.; MUÑOZ CUESTA, J. (1997), Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995, Pamplona, Aranzadi.

ASENCIO MELLADO, J.M. (2015), Derecho procesal penal, 7ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 45.

ASENCIO MELLADO, J.M. (2015), La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Alicante. Diario La Ley, N.º 8671, Sección Doctrina, Ref. D-484, La Ley 7854/2015.

BACIGALUPO SAGGESE, S. (2015), “11. IV. La responsabilidad civil derivada del delito”, en AAVV (Coord. LASCURAÍN SÁNCHEZ), Introducción al Derecho Penal, 2ª Ed., Navarra, Thomson Reuters.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; PÉREZ CEPEDA, A.I. (2015), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo I, Introducción al Derecho penal, 2ª Ed., Madrid, Iustel.

CADENA SERRANO, F.A. (2012), El subtipo agravado del art. 180.1.2 del Código Penal y su aplicación a los partícipes. Entre la accesoriidad de la participación y la comunicabilidad de las circunstancias. Fiscal de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La Ley Penal, N.º 90, Sección Informe de Jurisprudencia, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 788/2012.

CÁMARA ARROYO, S. (2015), La más criminal de las políticas: La revisión permanente de la prisión, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España), Doctor en Derecho. Profesor Asociado Derecho Penal UNIR, La Ley Penal, N.º 116, Sección Legislación aplicada a la práctica, La Ley 5620/2015.

CANCIO MELIÁ, M. (2015), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en AAVV (Coord. MOLINA FERNÁNDEZ), Memento práctico. Penal 2016, Madrid, Ediciones Francis y Taylor.

CARBONELL MATEU, J.C. (2015), “Lección II: Homicidio y sus formas (I): Homicidio” en AAVV (Coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.), Derecho Penal Parte Especial, 4.ª edición actualizada a la LO 1/2015, Valencia, Tirant lo Blanch.

CERVELLÓ DONDERIS, V. (2015), “Prisión permanente revisable II (art. 36), en AAVV (Dir. GONZÁLEZ CUSSAC), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

CUELLO CONTRERAS, J.; MAPELLI CAFFARENA, B., (2016), Curso de Derecho Penal. Parte General, 3ª Ed., Madrid, Tecnos.

DE URBANO CASTRILLO, E. (2006), Las agravantes: pasado y presente, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, La Ley Penal, N.º 32, Sección Estudios, La Ley 2754/2006.

DEL CARPIO DELGADO, J. (2013), La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal, Profesora Titular de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide, Diario La Ley, N.º 8004, Sección Doctrina, Ref. D-21, La Ley 19439/2012.

DÍAZ MORGADO, C. (2015), “Capítulo II bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en AAVV (Dir. CORCOY BIDASOLO), Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., (2016), Derecho Penal español, Parte General, 4ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 615.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2015), “Circunstancias agravantes: ensañamiento”, en AAVV (Coord. MOLINA FERNÁNDEZ) Memento Práctico. Penal 2016, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2007), La vertiente formal de la prohibición de bis in ídem y sus (discutibles) límites, Catedrático de Derecho Procesal (UCLM). Ex Letrado del Tribunal Constitucional, Diario La Ley, N.º 6766, Sección Doctrina, 30 de Julio de 2007, Año XXVIII, Ref. D-181, La Ley 2786/2007.

GARCÍA DEL BLANCO, V. (2006), La coautoría en Derecho Penal, Valencia, Tirant lo Blanch.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2013), Criminología una introducción a sus fundamentos teóricos, 7ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

GARCÍA RIVAS, N., (2017), Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable, Catedrático de Derecho penal, Universidad de Castilla-La Mancha, La Ley Penal, N.º 128, Sección Legislación aplicada a la práctica, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 14978/2017.

GIMENO SENDRA, V. (2007), Los principios de legalidad y non bis in ídem en la doctrina del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho Procesal de la UNED, Diario La Ley, N.º 6735, Sección Doctrina, 14 de junio de 2007, Año XXVIII, Ref. D-139, La Ley 1979/2007

GIMENO SENDRA, V. (2015), Derecho procesal penal, 2º Ed., Civitas, Madrid, Thomson Reuters.

GISBERT GISBERT, A. (1997), Incoación del procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado e instrucción complementaria. Comentarios a los artículos 24 a 29 de la Ley Orgánica 5/1995, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-104, tomo 2, La Ley 23025/2001

GÓMEZ MARTÍN, V. (2008), Apuntes sobre el asesinato, Profesor TEU de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. La Ley Penal, núm. 50, Sección Estudios, La Ley 16891/2008.

GÓMEZ MARTÍN, V; (2015), Comentarios al Código penal Reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch.

GÓMEZ RIVERO M.C. (2015), “Artículo 28”, en AAVV (Dir. GÓMEZ TOMILLO), Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo I, Parte General (Arts. 1-137), Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

GONZÁLEZ RUS, J.J. (2002), El código penal de 1995, Universidad de Córdoba, UCOpress.

GOYENA HUERTA, J. (2015), “Artículo 140 CP”, en AAVV (Coord. GÓMEZ TOMILLO), Comentarios al Código Penal, Tomo II, Delitos contra las personas, arts. 138-233, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

GUÉREZ TRICARICO, P. (2015), “Costas procesales” en AAVV (Coord. MOLINA FERNÁNDEZ) *Memento Práctico. Penal 2016*, Madrid, Ediciones Francis y Taylor.

LAMARCA PÉREZ, C. (2008) Sobre los delitos de homicidio y asesinato, Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid. La Ley Penal, núm. 50, Sección Estudios, La Ley 16889/2008.

LLORCA ORTEGA, J. (2005), *Manual de determinación de la pena*, 6ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

LUZÓN CUESTA, J.M., (2015), *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Dykinson.

LUZÓN PEÑA, D. M. (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

MAGRO SERVET, V. (2015), *Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género*. Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante. Doctor en Derecho, Diario La Ley, N.º 8638, Sección Doctrina, Ref. D-408, La Ley 6220/2015

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (2016), *Del homicidio y sus formas*, en *Comentarios al Código Penal*, edición n.º 1, Madrid. La Ley 3275/2016.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (2010), “Extinción de la responsabilidad criminal. Otras consecuencias”, en AAVV (Coord. MORENO-TORRES HERRERA), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 4ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

MARTÍN-CARO SÁNCHEZ, J. A. (2016), “Del homicidio y sus formas”, en AAVV (Dir. SÁNCHEZ MELGAR), *Código Penal: Comentarios y jurisprudencia*, 4ª Ed., Madrid, Sepin.

MARTÍNEZ GALINDO, G. (2006), *Compatibilidad e incompatibilidad entre atenuantes y agravantes*. Doctora en Derecho. Abogada, La Ley Penal, N.º 32, Sección Informe de Jurisprudencia, La Ley 2885/2006.

MIR PUIG, S; GÓMEZ MARTÍN, V. (2015), “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal” en AAVV (Dir. CORCOY BIDASOLO), *Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MIR PUIG, S. (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, Reppertor

MORENO CATENA, V; CORTÉS DOMÍNGUEZ V., (2015), *Derecho Procesal Penal*, 7 Ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., (2015), “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en AAVV (Dir. MORILLAS CUEVA): Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Madrid, Dykinson.

MUÑOZ CONDE, F. (2017), Derecho Penal. Parte Especial, 21ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2015), Derecho penal. Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 517-521.

MUÑOZ RUIZ, J. (2015), “Delitos contra la vida y la integridad física”, en AAVV (Dir. MORILLAS CUEVA), Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Madrid, Dykinson.

ORTEGA LORENTE, J.M., (2016), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Bien jurídico protegido”, en AAVV (Dir. QUINTERO OLIVARES), Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal, Navarra, Thomson Reuters.

ORTS BERENGUER, E; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (2016), Compendio de Derecho Penal. Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch

PEÑARANDA RAMOS, E. (2015), “Circunstancias agravantes: Alevosía, en AAVV (Coord. MOLINA FERNÁNDEZ), Memento Práctico. Penal 2016, Madrid, Ediciones Francis y Taylor.

PERANDONES ALARCÓN, M. (2016), Una visión crítica de la actual institución del jurado, Abogada, La Ley Penal, N.º 119, Sección Derecho Procesal Penal, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 2110/2016

PÉREZ DEL VALLE, C., (2015) Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Madrid, Dykinson.

POLAINO NAVARRETE, M. (2016), Lecciones de Derecho penal. Parte General, Madrid, Tecnos.

QUINTERO OLIVARES, G. (2016), Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal, Navarra, Thomson Reuters.

RECIO JUÁREZ, M. (2002), La agravante de ensañamiento, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ortigueira (A Coruña). Diario La Ley, N.º 5490, Sección Doctrina, Año XXIII, Ref. D-62, pág. 1865, tomo 2, La Ley 1337/2002.

ROYO ARÁN, J. (2001), *La institución del Jurado. Tramitación ante el Juez de Instrucción*, Abogada, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-337, tomo 6, La Ley 21819/2001

RUEDA GARCÍA, L. (2001), Examen del Título I del Libro II. Fiscal. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-136, tomo 2, LA LEY 22069/2001.

SÁNCHEZ MELGAR, J. (2016), “Título I: de la infracción penal”, en AAVV (Dir. SÁNCHEZ MELGAR), *Código Penal: Comentarios y jurisprudencia*, 4ª Ed., Madrid.

SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A. (2017), Curso de Derecho Penal Parte Especial, 4.ª Edición, Madrid, Dikynson.

SOTO NIETO, F. (2005), La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Doctor en Derecho y Ex Magistrado del Tribunal Supremo. Diario La Ley N.º 6187, Sección Columna, La Ley 613/2005.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2015), “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss)”, en AAVV (Dir. GONZÁLEZ CUSSAC), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

TÉLLEZ AGUILERA, A. (2015), El libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015, Doctor en Derecho. Magistrado, La Ley Penal, N.º 114, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 4105/2015

VELA MOURIZ, A.; ESTEBAN LÓPEZ, P. (2016), 2016 en clave penal, Redacción Wolters Kluwer, Diario La Ley, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 10130/2016

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2014), Novedades del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza. Diario La Ley, N.º 8311, Sección Doctrina, La Ley 2690/2014.

ZARZALEJOS NIETO, J. (2010), “La instrucción: inicio y diligencias de investigación”, en Aspectos fundamentales del derecho procesal penal, edición n.º 1, Editorial LA LEY, Madrid, La Ley 8426/2010

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2016), “El Derecho Penal”, en AAVV (Dir. MORENO-TORRES HERRERA), Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª Ed., Tirant lo Blanch.

3.- ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

3.1. Tribunal Constitucional

- Pleno STC núm. 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985).

3.2 Tribunal Supremo

- STS núm. 2.105, de 19 de septiembre de 1988 (ROJ: STS 6262/1988)
- STS núm. 210/1996, de 11 de marzo (ROJ: STS 1506/1996)
- STS núm. 1040/1996 de 21 de diciembre de 1996 (ROJ: 7465/1996).
- ATS núm. 64/191, de 11 de febrero de 1998 (ROJ: ATS 6679/1998)
- STS núm. 744/1998, de 16 de mayo (ROJ: STS 3160/1998)
- STS núm. 15/2000, de 19 de enero (ROJ: STS 202/2000)
- STS núm. 343/2000, de 7 de marzo. (ROJ: STS 1835/2000)
- STS núm. 384/2000, de 13 de marzo (ROJ: STS 1976/2000)
- STS núm. 776/2000, de 4 de mayo (ROJ: STS 3667/2000)
- STS núm. 1443/2000, de 20 de septiembre (ROJ: STS 6582/2000)
- STS núm. 1077/2000, de 24 de octubre (ROJ: STS 7671/2000)
- STS núm. 1518/2000, de 2 de octubre. (ROJ: STS 6964/2000)
- STS núm. 1611/2000 de 19 octubre (ROJ: STS 7544/2000)
- STS núm. 1845/2000, de 5 de diciembre (ROJ: STS 8983/2000)
- STS núm. 1784/2000, de 20 de diciembre (ROJ: STS 9432/2000)
- STS núm. 2024/2000, de 28 de diciembre (ROJ: STS 9722/2000)
- STS núm. 30/2001, de 17 de enero (ROJ: STS 167/2001).
- STS núm. 382/01, de 13 de marzo, (ROJ: STS 1995/2001)
- STS núm. 753/2001, de 7 de mayo (ROJ: STS 3685/2001)
- STS núm. 969/01, de 28 de mayo (ROJ: STS 4387/2001)

- STS núm. 1478/2001, de 20 de julio (ROJ: STS 6440/2001)
- STS núm. 402/2002, de 8 de marzo. (ROJ: STS 1626/2002)
- STS núm. 560/2002, de 27 de marzo (ROJ: STS 2245/2002)
- STS núm. 713/2002, de 24 de abril. (ROJ: STS 2937/2002)
- STS núm. 1190/2002, de 24 de junio (ROJ: STS 4678/2002)
- STS núm. 1621/2002, de 7 de octubre (ROJ: STS 6516/2002)
- SSTS núm. 1767/2002, de 29 de octubre (ROJ: STS 7143/2002)
- STS núm. 1813/2002, de 31 de octubre (ROJ: STS 7251/2002)
- STS núm. 2006/2002 de 3 de diciembre (ROJ: STS 8093/2002).
- STS núm. 119/2003, de 30 de enero (ROJ: STS 551/2003).
- STS núm. 280/2003, de 28 de febrero (ROJ: STS 1380/2003),
- STS núm. 779/2003, de 30 de mayo. (ROJ: STS 3707/2003)
- STS núm. 966/2003, de 4 de julio (ROJ: STS 4710/2003)
- STS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre. ROJ: STS 5423/2003
- STS núm. 1363/2003, de 22 de octubre (ROJ: STS 6503/2003)
- STS núm. 1372/2003, de 30 de octubre. (ROJ: STS 6725/2003)
- STS núm. 471/2004 de 12 abril (ROJ: STS 2430/2004)
- STS núm. 653/2004 de 24 mayo (ROJ: STS 3549/2004)
- STS núm. 937/2004, de 19 de julio (ROJ: STS 5322/2004)
- STS núm. 1265/2004, de 2 de noviembre (ROJ: STS 7001/2004)
- STS núm. 1460/2004, de 9 de diciembre. (ROJ: STS 7937/2004)
- STS núm. 1458/2004, de 10 de diciembre (ROJ: STS 8020/2004)
- STS núm. 82/2005, de 28 de enero. (ROJ: STS 399/2005)
- STS núm. 338/2005, de 16 de marzo. (ROJ: STS 1651/2005)
- STS núm. 529/2005, de 27 de abril. (ROJ: STS 2610/2005)
- STS núm. 600/2005, de 10 de mayo (ROJ: STS 2951/2005)
- STS núm. 715/2005 de 8 de junio (ROJ: STS 3705/2005)
- STS núm. 975/2005 de 13 de Julio (LA LEY 1812/2005);
- STS núm. 981/2005, de 18 de julio (ROJ: STS 4872/2005)
- STS núm. 1151/05, de 11 de octubre (ROJ: STS 6095/2005);
- STS núm. 1346/2005, de 21 de octubre. (ROJ: STS 6394/2005)
- STS núm. 1511/2005, de 27 de diciembre (ROJ: STS 7747/2005)
- STS núm. 11/2006, de 19 de enero (ROJ: STS 312/2006);
- STS núm. 948/2006, de 27 de septiembre (ROJ: STS 6081/2006).

- STS núm. 147/2007, de 19 de febrero (ROJ: STS 1466/2007)
- STS núm. 217/2007 de 16 de marzo (LA LEY 11204/2007)
- STS núm. 439/2007 de 31 de marzo (LA LEY 42152/2007)
- STS núm. 575/2007, de 9 de junio (ROJ: STS 3939/2007)
- STS núm. 688/2007 de 18 de julio (ROJ: STS 5283/2007).
- STS núm. 806/2007 de 18 octubre (ROJ: STS 6953/2007)
- STS núm. 850/2007, de 18 de octubre (ROJ: STS 7484/2007)
- STS núm. 61/2008 de 24 de enero (LA LEY 17707/2008)
- STS núm. 140/2008 de 31 de enero (ROJ: STS 1025/2008)
- STS núm. 71/2008, de 11 de febrero (ROJ: STS 1315/2008).
- STS núm. 640/2008, de 8 de octubre. (ROJ: STS 5559/2008)
- STS núm. 282/2009, de 10 de febrero. ROJ: STS 1818/2009
- STS núm. 675/2009 de 20 mayo (ROJ: STS 4694/2009)
- STS núm. 690/2009, de 25 de junio de 2009 (Roj: STS 4838/2009)
- STS núm. 849/2009, de 27 de julio (ROJ: STS 5096/2009)
- STS núm. 53/2009, de 22 de octubre. (ROJ: STS 244/2009)
- STS núm. 1142/2009 de 24 de noviembre (LA LEY 226680/2009)
- STS núm. 421/2010, de 6 de mayo (ROJ: STS 2303/2010)
- STS núm. 708/2010 de 14 de julio (ROJ: STS 4124/2010)
- STS núm. 1030/2010, de 2 de diciembre (ROJ: STS 6816/2010)
- STS núm. 1145/2010, de 22 de diciembre (ROJ: STS 7369/2010).
- STS núm. 1190/2011, de 10 noviembre (ROJ: STS 7589/2011)
- STS núm.16/2012, de 20 de enero (ROJ: STS 409/2012)
- STS núm. 527/2012, de 20 de junio ROJ: STS 4691/2012
- STS núm. 647/2013, de 16 de julio (ROJ: STS 4299/2013)
- STS núm. 641/2012, de 17 de julio (ROJ: STS 5376/2012)
- STS núm. 757/2013, de 9 de octubre (ROJ: STS 4988/2013)
- STS núm. 12/2014, de 24 de enero (ROJ: STS 269/2014)
- STS núm. 717/2014, de 29 de enero (ROJ: STS 818/2015)
- STS núm. 34/2014, de 6 de febrero, (ROJ: STS 240/2014)
- STS núm. 104/2014, de 14 de febrero (ROJ: STS 648/2014)
- STS núm. 778/2014, de 13 de octubre (ROJ: STS 4887/2014)
- STS núm. 835/2014 de 21 noviembre (ROJ: STS 5170/2014)
- STS núm. 836/2014, de 11 de diciembre, (ROJ: STS 5664/2014)

- STS núm. 838/2014, de 12 de diciembre (ROJ: STS 5083/2014)
- STS núm. 114/2015, de 12 de marzo (Roj: STS 824/2015)
- STS núm. 110/2015, de 14 de abril. ROJ: STS 1596/2015
- STS núm. 86/2016 de 12 febrero. (ROJ: STS 371/2016)
- STS núm. 11/2017 de 19 de enero (ROJ:189/2017)
- STS núm. 786/2017, de 30 de noviembre (ROJ: STS 4380/2017)

3.3 Tribunal Superior de Justicia

- STSJ Cataluña núm. 3/2013, de 24 de enero (ROJ: STSJ CAT 686/2013)
- STSJ Asturias núm. 3/2013, de 1 de julio (ROJ: STSJ AS 4206/2013)
- STSJ Andalucía núm. 26/2013, de 16 de septiembre (ROJ: STSJ AND 9534/2013)
- STSJ Andalucía núm. 28/2013, de 20 de septiembre (ROJ: STSJ AND 9827/2013)
- STSJ Andalucía núm. 32/2013, de 21 de octubre (ROJ: STSJ AND 13966/2013)
- STSJ Andalucía núm. 39/2013, de 2 de diciembre (ROJ: STSJ AND 14178/2013)
- STSJ de Madrid, núm. 5/2014, de 31 de enero (ROJ: STSJ M 10339/2014)

3.4 Audiencia Nacional

- SAN núm. 64/2007, 29 de octubre (ROJ: SAN 6250/2007)
- SAN núm. 57/2011, de 16 de noviembre (ROJ: SAN 6031/2011)

3.5 Audiencia Provincial

- SAP Ciudad Real núm. 2/2002, de 24 de septiembre ROJ: SAP CR 1143/2002
- SAP Lleida núm. 376/2006, de 6 noviembre (ROJ: SAP L 857/2006)
- SAP Barcelona núm. 628/2008 de 4 septiembre (ROJ: SAP B 12052/2008)
- SAP Valencia núm. 648/2008 de 27 octubre (ROJ: SAP V 5100/2008);
- SAP Asturias núm. 41/2013, de 1 de febrero (ROJ: SAP O 236/2013)
- SAP Sevilla núm. 232/2013, de 15 de mayo (ROJ: SAP SE 1640/2013)
- SAP Almería núm. 174/2013, de 12 de junio (ROJ: SAP AL 448/2013)
- SAP Las Palmas núm. 5/2014, de 3 de marzo (ROJ: SAP IB 1139/2014)
- SAP Barcelona, núm. 30/2014, de 29 de septiembre (ROJ: SAP B 8822/2014)

- SAP Murcia núm. 97/2015, de 31 de marzo (ROJ: SAP MU 627/2015)
- SAP Pontevedra núm. 42/2017, de 14 de julio (ROJ: SAP PO 1325/2017)

IX. ANEXO

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO TRES DE JAÉN

CARLOS RUIZ MONTES, Procurador de los Tribunales, a nombre y representación de Don Manuel López Pastrana, según así consta suficientemente acreditado en Autos de Procedimiento de la Ley del Jurado seguidos bajo el núm. 45/2016, ante el Juzgado, en ejercicio de la ACUSACIÓN PARTICULAR, con el debido respeto y como más procedente sea en derecho, DIGO:

Que por medio del presente escrito pasamos a evacuar el trámite conferido mediante Auto de fecha 20 de diciembre de 2016, notificado a esta parte el día 26 de diciembre de 2016; y, a tal efecto, interesamos del Juzgado la APERTURA DEL JUICIO ORAL ANTE LA ILTMA. AUDIENCIA PROVINCIAL, PARA SU ENJUICIAMIENTO A TRAVÉS DEL TRIBUNAL DEL JURADO. Estableciendo el presente ESCRITO DE ACUSACIÓN, contra D. JUAN LOBO nacido el día 17 de agosto de 1.997, soltero, vecino de Jaén con domicilio en C/ Trucha núm. 25 de dicha localidad y D.N.I núm. 77279046-M, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y que lleva privado de libertad por esta causa desde el día 28 de septiembre de 2016; y contra D. JOSE CAMPOS nacido el día 11 de enero de 1.996, soltero, vecino de Jaén con domicilio en C/ Luna núm. 37 de dicha localidad y D.N.I núm. 25573910-R, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y que lleva privado de libertad por esta causa desde el día 28 de septiembre de 2016, en base a las siguientes:

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

Sobre las 24 horas del día 10 de septiembre de 2016, los acusados Juan Lobo y José Campos aprovechándose de la amistad que les unía con el difunto Manuel López y valiéndose de la confianza que, con base a dicha amistad, el menor tenía depositada en los mismos, se dirigieron en los ciclomotores de los dos mayores y en compañía de Manuel al olivar donde posteriormente el menor sería encontrado sin vida.

Una vez allí, José Campos sujetó fuertemente a Manolo, mientras que Juan Lobo le practicaba una violación anal al menor, introduciendo su pene en el ano del fallecido, contra la voluntad de éste, y eyaculando en su interior.

Posteriormente, ambos investigados, de 18 y 19 años de edad cada uno de ellos, armados uno con un arma punzante y el otro con un arma blanca cortopunzante atacaron con las mismas repetidamente a Manolo (según los forenses, con brutalidad), causándole múltiples lesiones vitales, en cabeza, cuello, tórax, abdomen, y extremidades superiores. Una vez producido dicho ataque, que dejó al menor en total situación de indefensión por el número y gravedad de las lesiones infringidas, Juan y José lanzaron sobre la cabeza de Manolo, una piedra de gran peso y dimensiones que le provocó aplastamiento craneal con desprendimiento de masa cerebral. El cadáver apareció desnudo de cintura para abajo, en posición de cubito prono y con un destornillador de grandes dimensiones introducido en el ano.

El menor de doce años difunto, Manuel López, al momento de su defunción convivía con sus padres mujer y tres hermanos también menores de edad, sufragando los gastos de funeral y entierro de Manolo el “seguro” de los muertos que su padre, Manuel López Pastrana, tenía concertado con la aseguradora de decesos El Ocaso.

II

Los hechos anteriormente descritos son constitutivos de un delito de asesinato previsto y penado en el art. 139.1 y 2, 140.1. 1ª y 2ª del Código Penal y un delito de agresión sexual a un menor de dieciséis años recogido en el artículo 183.3 y 183.4 b) y c) del mismo cuerpo legal.

III

Son autores de ambos delitos los acusados, Juan Lobo y José Campos a tenor de lo dispuesto en el artículo 27 y 28 del Código Penal.

IV

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

V

Procede imponer a Juan Lobo y José Campos por el delito de asesinato, la pena de prisión permanente revisable, y por el delito de agresión sexual la pena de prisión de 15 años; accesoria de inhabilitación absoluta y la pena de alejamiento o prohibición de aproximarse a la persona de Manuel López Pastrana y sus tres hijos, a su domicilio, a su lugar de trabajo o cualquier lugar en el que se encuentre a una distancia inferior a mil

(1.000) metros y prohibición de comunicarse con ellos por cualquier medio, ya sea verbal, escrito, postal, telefónico telegráfico, telemático o informático por un periodo de treinta años. Costas, incluidas las de esta acusación. Debiendo ser de aplicación y abono, a los acusados, el tiempo de prisión provisional sufrido por esta causa.

VI

Los acusados indemnizarán de modo conjunto y solidario a D. Manuel López Pastrana y a sus tres hijos representados legalmente por éste en ejercicio de la patria potestad en la cantidad total de 130.000.- Euros, con el siguiente desglose: 70.000.- Euros para el padre y 20.000.-Euros para cada uno de los hijos, más los intereses legales de dichas cantidades.

OTROSI PRIMERO DIGO: Que esta parte interesa se mantenga la situación personal de los acusados.

OTROSI SEGUNDO DIGO: Que esta acusación particular interesa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 34.3 de la Ley Orgánica 5/95, se expidan y se nos entreguen los testimonios de los folios de las actuaciones que, a continuación, se indican:

FOLIOS: 3 a 12, ambos inclusive, 14, 15, 17, 18, 19, 22, 24, 26 a 30, ambos inclusive, 35, 36 y 38, ambos inclusive, 61 a 71, ambos inclusive, 73, 75,80 a 82, ambos inclusive, 83 a 85, ambos inclusive, 89, 91, 108 a 119, ambos inclusive, y 131.

OTROSI TERCERO DIGO: Que esta acusación particular, al amparo de lo dispuesto en los arts. 334 y 688 de la LECrim., interesa como piezas de convicción las dos armas blancas y el destornillador intervenidos como supuesta arma homicida y demás efectos intervenidos y relacionados en el folio 30 de las actuaciones, se pongan a disposición del Tribunal competente para el enjuiciamiento de esta causa.

OTROSI CUARTO DIGO: Que, para el acto del Juicio Oral, esta parte interesa valerse de los medios de prueba que, a continuación, se dejan articulados:

1º. - Examen de los acusados, D. Juan Lobo y D. Juan Campos.

2º. - Testifical por declaración de los testigos que se relacionan, y que habrán de ser citados judicialmente:

— Ángel Román Velázquez. C/ Lirio núm. 12 de Jaén.

— Raúl Torres Vera. C/ Rosales núm. 18 de Jaén.

3º. – Pericial; por examen de los peritos que, a continuación, se reseñan y que habrán de ser citados judicialmente, en relación con los informes obrantes en las actuaciones que cada uno de ellos ha emitido, bien de modo individual o conjunto:

- Médicos Forenses, D^a María del Carmen Cobo Martínez y D. Pedro Moral Chica.
- Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla D^a Josefina Gómez Prieto y D. Roberto Pérez Ruíz.
- Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla D. Andrés García Lendínez y D. Luis Fuentes Rojas.
- Médicos Forenses, Don Julio Arias Mendoza y Doña Luisa Camino Torres

4º. – Documental; por lectura de los folios de las actuaciones que, a continuación se relacionan: Folios números: 8, 9 , 17, 24, 25, 33, 36, 39, 40, 41, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 60, 62, 63, 64, 65, 79, 80, 81, 85, 88, 89, 101, 102, 103, 121-159 (ambos inclusive), 178-227 (ambos inclusive), 230, 237, 243, 250, 255, 256, 262, 270 y 279.

5º. – Las que propongan las demás partes a las que nos adherimos y hacemos nuestras aun cuando fueran renunciadas de contrario.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por evacuado el trámite conferido y, en consecuencia, tenga por solicitada la apertura de juicio oral contra los acusados, por efectuado escrito de acusación en los términos que quedan establecidas las conclusiones provisionales contenidas en el cuerpo de este escrito, sirviéndose acceder a las peticiones contenidas en el mismo y proveyendo en virtud de cuanto se interesa; pues es de justicia que respetuosamente pido en Jaén, a quince de enero dos mil dieciocho.