



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN MATERIA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.

1. Antecedentes

Por medio de comunicación de la Sra. Secretaria de Estado de Justicia de fecha 13 de febrero de 2018, ha sido remitido a la Fiscalía General del Estado para informe el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prisión permanente revisable, con objeto de que sea emitido informe del Consejo Fiscal en el plazo improrrogable de treinta días.

A tenor del artículo 14.1 j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Proyecto no afecta a la organización y estructura del Ministerio Fiscal, pero incide en sus funciones al extender el ámbito de aplicación de la pena más grave de las contempladas en el Código Penal a una serie de supuestos.

En efecto, en tanto el artículo 3 EOMF atribuye al Ministerio Fiscal las funciones de ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (apartado 4) y la de intervenir en el proceso penal (apartado 5), el Anteproyecto incide intensamente en sus funciones.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

El presente informe entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal y da cumplimiento al preceptivo trámite previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

2. Justificación del Anteproyecto

La Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo la nueva pena de prisión permanente revisable para supuestos de excepcional gravedad, a saber: asesinatos cualificados (art. 140), homicidio del Rey, la Reina, el Príncipe o la Princesa de Asturias (art.485), homicidio del Jefe de un Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado que se hallare en España (art. 605) y en los supuestos más graves de genocidio (art. 607.1) o de crímenes de lesa humanidad (art. 607 bis 2.1º).

El modelo implantado, a semejanza del establecido en el Derecho comparado europeo, trata de compatibilizar, señala el Preámbulo de la citada Ley Orgánica de reforma, “la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión”.

El Consejo Fiscal, en fecha 8 de enero de 2013, al informar sobre el anteproyecto de reforma del Código Penal que culminó en la LO 1/2015, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la pena de la prisión permanente revisable señalando:

“La nueva regulación de la suspensión del resto de la pena en el caso de la prisión permanente revisable que se recoge en el art. 92 manifiesta una fuerte influencia del Código Penal alemán (parágrafo 57 a). El legislador español, sin embargo, evita el requisito de la especial gravedad de la culpabilidad del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

condenado, que en Alemania implica la intervención del tribunal sentenciador junto a la sala penal de vigilancia penitenciaria, que es la que otorga la suspensión, y que además se funda en una especial gravedad que se determina en el momento del enjuiciamiento y que se da cuando el caso concreto supone un notable incremento de culpabilidad comparado con el “caso normal”. El Tribunal Constitucional alemán en su sentencia interpretativa de 21 de junio de 1977 parte de la culpa base (la habitual según la experiencia), sobre la que el caso grave debe alzarse “claramente”. Para ello es preciso realizar una valoración global del caso concreto. De este modo, por ejemplo, la falta de arrepentimiento de un condenado que niega haber cometido el hecho no le puede ser imputada a éste posteriormente.

En esta sentencia de 1977 el Tribunal Constitucional alemán partió de la constitucionalidad de la prisión permanente solo bajo la condición de que el legislador cree un fundamento legal para la excarcelación condicionada. De este modo, el condenado debe mantener una oportunidad concreta y fundamentalmente realizable de recuperar la libertad, por lo que la primitiva redacción que permitía la suspensión únicamente mediante el ejercicio del derecho de gracia fue declarada insuficiente y llevó a la reforma de 1981 de la que procede la regulación.

En la nueva ordenación penal del Anteproyecto la pena de prisión perpetua no es incompatible con la libertad condicional. Esta accesibilidad del penado a la progresión de grado en el ámbito penitenciario y a la suspensión condicional de la parte de la pena una vez alcanzado el cumplimiento de un determinado período fijado por la ley es lo que salvaguarda la constitucionalidad a la luz del art. 25.2 CE.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Partiendo de que el precepto es compatible con el principio constitucional de resocialización de los condenados por las mismas razones expuestas por el Tribunal Constitucional alemán en 1977, en síntesis, porque el condenado mantiene una oportunidad concreta y realizable de recuperar la libertad, entendemos que el texto es susceptible de mejora en varios aspectos.”

En la actualidad, no habiendo transcurrido tres años desde su incorporación al Código Penal, la ampliación de la pena de prisión permanente revisable a mayor número de tipos penales se justifica, según indica la Exposición de Motivos del Anteproyecto, “a criterios de necesidad y proporcionalidad que han sido insistentemente reclamados, se estima procedente y adecuado a los fines de prevención general y especial de toda pena, prever también la posibilidad de aplicar esta sanción en casos de concurrencia de actos plurales de criminalidad, de gravísima trascendencia, sobre la misma o distintas víctimas, y cuya sanción en régimen concursal no genera, por efectos de los límites máximos de cumplimiento efectivo de las penas, una respuesta proporcionada a su comisión”.

En definitiva, el Anteproyecto persigue extender la pena de prisión permanente revisable a otros supuestos delictivos de extrema gravedad no previstos inicialmente en la reforma del Código Penal del año 2015.

3. Estructura del Anteproyecto

El Anteproyecto se integra por una Exposición de motivos, un artículo único por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, una Disposición final primera, rubricada “Título competencia” en la que se constata que “Esta ley se aprueba al amparo del artículo 149.1.6ª de la Constitución Española que atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar legislación penal”, y una Disposición final segunda referida a su entrada en vigor.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

El artículo único se divide en ocho apartados que modifican o incorporan nuevas circunstancias o apartados en el delito de asesinato, en delitos contra la libertad o indemnidad sexuales y en los delitos contra la seguridad colectiva.

En el delito de asesinato, modifica una circunstancia, la 2ª, y añade otra, la 4ª, en el apartado 1 del artículo 140, que establece supuestos agravados en los que este delito se castiga con la pena de prisión permanente revisable.

En el Título VIII, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, añade un nuevo apartado 3 en el artículo 180, un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 183, e introduce un nuevo apartado, el 5, en el artículo 183, pasando el actual apartado 5 a ser apartado 6.

En el Título XVII, delitos contra la seguridad colectiva, añade un segundo párrafo al artículo 341 y al apartado 3 del artículo 346, y modifica el artículo 351.

Siguiendo el orden del Anteproyecto, pasaremos a analizar el alcance de la reforma proyectada.

4. Comentario a la reforma del artículo 140.1

4.1 La modificación de esta circunstancia agravatoria, común al delito de homicidio y al de asesinato, amplía la pena de prisión permanente revisable, actualmente prevista solo para un delito antecedente contra la libertad sexual, al delito de secuestro seguido del delito de asesinato.

Con la nueva redacción el asesinato es castigado con esta pena cuando concurre la siguiente circunstancia:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

«2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o de secuestro, que el autor hubiera cometido sobre la víctima».

Conforme a la literalidad de la norma el nuevo tipo penal al que hace referencia es solo el previsto en el artículo 164 CP con la concurrencia o no de las circunstancias agravatorias, en función del sujeto activo, del sujeto pasivo o de la intencionalidad del sujeto activo, establecidas en los arts. 165 y 166 CP. En consecuencia, la nueva circunstancia no incluye los supuestos de detención ilegal tipificados en el artículo 163 CP pues la agravación solo está prevista si en la detención de la persona se exige “alguna condición para ponerla en libertad”.

En el texto actual el delito precedente al de asesinato es “un delito contra la libertad sexual”. Cualquier ataque a la libertad o indemnidad sexual tipificado en el Título VIII del Libro II del Código Penal permite la aplicación de esta pena, de modo que, incluso, un abuso sexual castigado con pena alternativa de prisión o multa (cfr. art. 181.1), si es seguido de un asesinato, supondrá que este se castigue con pena de prisión permanente revisable. Tras la modificación proyectada, un delito de detención ilegal, cuyo tipo básico alcanza una pena de hasta seis años de prisión, seguido de un asesinato, no será sancionable con la prisión permanente.

La coherencia en la respuesta penal aconsejaría, bien ampliar los delitos contra la libertad que, seguidos de un asesinato son castigados con prisión permanente revisable o bien reducir los delitos contra la libertad e indemnidad sexual que seguidos de asesinato son castigados con tal pena.

4.2 La reforma proyectada añade una circunstancia agravatoria, la 4ª, del siguiente tenor:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

«4.ª Que, descubierto el delito, el autor impida u obstruya la recuperación y entrega del cadáver a los familiares directos de la víctima, provocándoles un especial sufrimiento, físico o mental, o una situación de grave humillación.»

La nueva circunstancia se integra por un elemento objetivo, consistente en que el autor impida u obstruya la recuperación y entrega del cadáver.

Los verbos nucleares, impedir u obstruir, implican en principio una conducta activa. En un delito de asesinato, el sujeto activo puede impedir la recuperación del cadáver destruyéndolo. Puede obstruirla realizando cualquier otra actividad que implique entorpecer u obstaculizar, cerrar o dificultar el camino para la recuperación del cadáver. También puede interpretarse que es suficiente una actitud pasiva del sujeto activo que con su silencio obstruye o dificulta la recuperación del cadáver.

Así las cosas, es necesario confrontar esta nueva circunstancia agravatoria con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el autor de un delito “trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma” (STS nº 62/2013, de 29 de enero)

Es doctrina consolidada por nuestro Tribunal Supremo que, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, el autoencubrimiento en términos generales es impune (SSTS nº 497/2012, de 4 de junio, 600/2007, de 11 de septiembre, 671/2006, de 21 de junio, 497/2012, de 4 de junio, 20/2016, de 26 de enero, entre otras muchas)

La STS nº 671/2006 se refiere a los llamados «actos copenados», esto es, aquellos actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva siempre y cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos. La consunción es admitida igualmente respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que esta sentencia expresamente relaciona con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato.

La STS nº 20/2016, de 26 de enero, recuerda cómo los fundamentos de la teoría del autoencubrimiento, basada inicialmente en el principio de no exigibilidad de otra conducta, acabaron imponiéndose en la jurisprudencia “señalándose que no puede ser apreciado el delito de encubrimiento en aquellos supuestos en los que con el traslado del cadáver e incluso con su descuartizamiento (...) o con su posterior destrucción en una incineradora, exclusivamente se pretende esconder y disimular la acción homicida, y no atentar contra otras normas, incluidas las de salud pública (...). Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad...”

Partiendo de estas consideraciones debe abordarse el segundo requisito de la agravación, provocándoles un especial sufrimiento, físico o mental, o una situación de grave humillación, que parece configurarse como una condición objetiva de punibilidad más que como un elemento típico que conformaría el resultado de la acción del sujeto activo. Ahora bien, cualquiera que sea la concepción desde la que se contemple este requisito, si no se quiere obviar la consideración jurisprudencial del autoencubrimiento antes citada y los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 24.2, derecho a no declarar contra sí mismo, no confesarse culpable o la presunción de inocencia, necesariamente “provocar un especial sufrimiento” tiene que integrar, como elemento subjetivo finalístico, la conducta del autor del delito.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Resulta evidente que la imposibilidad de recuperar el cuerpo sin vida de un "familiar directo", término, por otra parte, un tanto impreciso, causa a toda la familia un especial sufrimiento, pero la agravación solo puede estar justificada si el autor del delito, con su actuación de dificultar el hallazgo del cadáver, busca causar ese especial sufrimiento, y no, o al menos no solamente, cuando tan solo pretende ocultar las pruebas que le puedan incriminar y hacerle responsable de la muerte de esa persona.

Pero no se agotan con estas cuestiones los problemas que plantea la redacción de esta circunstancia. En efecto, es difícil determinar el alcance de la expresión descubierto el delito que se enlaza con la conducta de su autor, el cual no se menciona en la agravación que en ese momento haya sido descubierto. Más extraño es que la acción del sujeto activo alcance a los actos de entrega del cadáver. El autor puede obstaculizar la recuperación del cadáver pero queda fuera de su dominio, una vez que el cadáver ha sido recuperado, que se proceda o no a su entrega a la familia.

Para evitar todos estos problemas, el Consejo Fiscal propone una nueva redacción de la agravación en los siguientes términos: 4.^a Que, suficientemente constatada la autoría del delito, el autor impida, dificulte u obstruya la recuperación del cadáver a sabiendas de que con ello provoca a su cónyuge o conviviente, a sus ascendientes, descendientes o hermanos un especial sufrimiento, moral, físico o mental.

4.3 No obstante no ser objeto de la reforma proyectada, el Consejo Fiscal advierte como tras la inclusión, por LO 1/2015, del artículo 140 bis en el Código Penal sin que se modificara el art. 141 CP, se produjo un desajuste involuntario al quedar excluido de la referencia del art. 141 el delito de homicidio. Por ello, y con el fin de solventarlo, el Consejo Fiscal sugiere una nueva redacción del art. 141 en los



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

siguientes términos: La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos anteriormente, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en su caso en los artículos anteriores.

5. Comentario a la reforma en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

5.1 Se incorpora en la reforma, para los delitos de agresiones sexuales, la agravación basada en la multireincidencia, que figura, de manera similar, en otros preceptos del Código.

Dice el nuevo apartado 3 del art. 180:

«El delito del artículo 179 se sancionará con pena de prisión permanente revisable si su autor hubiera sido previamente condenado ejecutoriamente al menos por dos delitos de la misma naturaleza.»

En la regulación de la multireincidencia basada en la comisión previa de tres delitos que cualifica los tipos de hurto y estafa (arts. 235.1.7ª y 250.1. CP) o que puede fundamentar la aplicación de la pena superior en grado a la prevista para cualquier delito (art. 66.1.5ª), el Legislador prevé expresamente que “no se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo”.

Teniendo presente que la agravación prevista participa del mismo fundamento que estas cualificaciones, y con el fin de mantener la adecuada armonía entre todos los preceptos, se considera sería conveniente introducir esta misma previsión en el proyectado art. 180.3.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

En cuanto a la expresión “previamente”, que no figura en los artículos referidos, y con la misma pretensión homogeneizadora, debería ser sustituida por “al delinquir”, o si se quiere, “al cometer el hecho”, evidenciando que las condenas deben ser anteriores al momento en que se comete el delito y no al de su enjuiciamiento.

El término “de la misma naturaleza” es excesivamente genérico, podría plantear problemas en su aplicación, debería concretarse si se refiere a los delitos más graves de agresión sexual con acceso carnal del art. 178 CP o también incluye abuso sexual con acceso carnal del art. 181.1 y 4 CP.

En este sentido el Consejo Fiscal propone una nueva redacción de la agravación en los siguientes términos: 3. El delito del artículo 179 se sancionará con pena de prisión permanente revisable cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por dos delitos de agresión o abuso sexual con acceso carnal. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.

5.2 El Anteproyecto añade un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 183, con el siguiente contenido:

«En este último caso, si en la ejecución de la conducta concurrieran dos o más de las circunstancias previstas en el siguiente apartado, se impondrá la pena superior en grado»

El art. 183.4 castiga “con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior” cuando concorra alguna de las seis circunstancias que a continuación se relacionan. Con la reforma, se establece una especial agravación imponiendo la pena superior si concurren dos o más de estas circunstancias.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

No resulta criticable diferenciar el reproche penal de una conducta dependiendo de la concurrencia de un mayor o menor número de circunstancias agravatorias. Sin embargo, la inclusión de la agravación proyectada como párrafo segundo del art. 183.3 produce, por su ubicación sistemática una disfunción en el artículo.

El Anteproyecto de reforma no tiene en cuenta que el art. 183.4 se refiere a “las conductas previstas en los tres apartados anteriores”, y que es en uno de ellos en el que ha incluido la nueva agravación incompatible con este subtipo agravado.

Por ello, el Consejo Fiscal considera que debe mejorarse la técnica legislativa empleada incorporando la nueva agravación en un apartado independiente que evite la contradicción reseñada. El nuevo subtipo hiperagravado por la concurrencia de dos o más subtipos agravados debiera integrarse tras el apartado cuarto.

5.3 La reforma da nueva redacción al apartado 5 del artículo 183, reenumerándose el actual apartado 5 como apartado 6.

Conforme al proyectado apartado 5 «Si el autor del delito del apartado 3 hubiera privado de libertad a la víctima por tiempo superior a quince días, o la hubiera sometido, de manera repetida, a sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o de cualquier otro modo hubiera atentado grave y reiteradamente contra su integridad moral, se impondrá la pena de prisión permanente revisable».

El nuevo subtipo se refiere con una notable imprecisión al delito del apartado 3 cuando en el mismo no se regula un solo delito ya que tipifica tanto el abuso sexual con penetración como la agresión sexual con penetración. Dada la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

gravedad de pena, el Consejo Fiscal considera que debería limitarse la agravación a los supuestos de agresión sexual. En todo caso, debería modificarse la redacción para delimitar con claridad -en una materia tan delicada- el delito sobre el que se contempla la agravación.

De otra parte, el Prelegislador toma de referencia el tiempo de privación de libertad de la víctima, a diferencia de la proyectada circunstancia 2 del art. 140.1, que tiene en cuenta para la imposición de la pena de prisión permanente revisable no la duración de la privación de libertad, sino la exigencia de una condición para poner a la persona en libertad.

Como se expuso al analizar la nueva redacción del art. 140.1.2^a debieran aplicarse criterios coherentes a la hora de seleccionar conductas típicas merecedoras de la pena de prisión permanente revisable.

Además, la incorporación de esta agravación puede plantear numerosos problemas concursales, de compleja solución, con el subtipo agravado de los delitos de detención ilegal y secuestro previsto en el art. 166.2.b) CP.

6. Comentario a la reforma en el ámbito de los delitos contra la seguridad colectiva

6.1 El Anteproyecto añade un nuevo párrafo al delito de liberación de energía nuclear o elementos radiactivos previsto en el art. 341, con la siguiente redacción: «Si además del peligro, se hubiere producido la muerte de dos o más personas, la pena será de prisión permanente revisable».



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Se modifica por primera vez este delito de peligro concreto para incluir una norma concursal específica, estableciendo una penalidad para el caso en que, además del riesgo, se cause la muerte de dos o más personas.

6.2 Con similar redacción, el Anteproyecto incorpora un segundo párrafo al apartado 3 del art. 346 con el siguiente contenido:

«Si a consecuencia de los hechos se hubiere producido la muerte de dos o más personas, la pena será de prisión permanente revisable.»

A diferencia del tipo penal del art. 341, en el delito de estragos ya se preveía, en su apartado 3, la posibilidad de que además del peligro “se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas” castigando los hechos separadamente con la pena correspondiente al delito cometido. El Anteproyecto debiera especificar que la pena previsión de la pena de prisión permanente cuando se produce la muerte de dos o más personas implica en esos casos la derogación de la norma concursal (ya no se castigan los hechos separadamente). Este punto debiera aclararse expresamente.

6.3 El último precepto al que afecta la reforma es el delito de incendio previsto en el art. 351, donde sin alterar la redacción vigente, añade un nuevo párrafo con la siguiente redacción:

«Si, además del peligro, se hubieran producido dos o más muertes, la pena será de prisión permanente revisable.»

Este nuevo párrafo se intercala entre los dos que figuran en la regulación actual, el primero que contempla el tipo básico de peligro y el último que establece un subtipo atenuado si no concurre peligro para la vida o integridad de las personas.



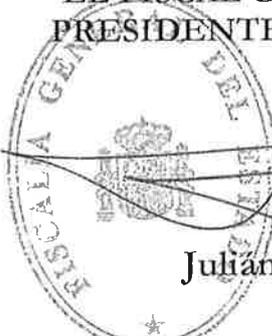
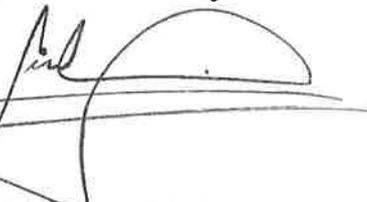
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Con el nuevo párrafo, y de igual manera que en los delitos de liberación de energía nuclear o elementos radiactivos y de estragos, se establece la pena de prisión permanente revisable cuando además del peligro se ocasiona con la acción la muerte de dos o más personas.

La puntual modificación en la redacción de esta norma concursal específica, distinta a la establecida en los artículos 341 y 346.3, no resulta afortuna al excluir el término persona en su descripción, debiendo corregirse para evitar problemas interpretativos.

Madrid a 9 de marzo de 2018

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL



Julián Sánchez Melgar



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL
SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA
LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN
MATERIA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE SUSCRITO POR LOS
CONSEJEROS D. EDUARDO ESTEBAN RINCÓN, D^a NEUS PUJAL SÁNCHEZ
Y D^a SOFÍA PUENTE SANTIAGO

I.- INTRODUCCIÓN.

A través del presente informe los Vocales electos del Consejo Fiscal D. Eduardo Esteban Rincón, D^a. Neus Pujal Sánchez y D^a. Sofía Puente Santiago expresan su opinión discrepante respecto del informe aprobado por mayoría en el Consejo Fiscal sobre el *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal en Materia de prisión permanente revisable*.

Cierto es que buena parte de las apreciaciones técnicas del informe de la mayoría son compartidas por los Vocales discrepantes, pero también lo es que surgen diferencias significativas respecto a aspectos esenciales del mismo que justifican la emisión de este voto particular.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

No habiendo transcurrido siquiera tres años desde la modificación del CP que introduce la pena de prisión permanente revisable, la Memoria del análisis del impacto normativo del anteproyecto señala que la oportunidad de la propuesta radica en acoger las demandas políticas, académicas y sociales surgidas desde la aprobación de la LO 1/2015, con objeto de *“sancionar supuestos de excepcional gravedad, dando así respuesta adecuada y proporcionada a las necesidades de tutela de la sociedad en esos casos extremos.”* Siendo el objetivo de la reforma su aplicación, conforme a criterios de necesidad y proporcionalidad, a *“actos plurales de criminalidad de gravísima trascendencia, sobre la misma o distintas víctimas y*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cuya sanción en régimen concursal no genera, por efectos de los límites máximos de cumplimiento efectivo de las penas, una respuesta proporcionada a su comisión”.

No consta ningún estudio criminológico previo sobre la necesidad de extender los supuestos castigados con pena de prisión permanente revisable ni sobre la eficacia de la reforma de 2015, parece dicha ampliación obedecer más a fines mediáticos que a una verdadera política criminal, entendida como conjunto de medidas racionales de los poderes públicos dirigidas a prevenir y dar respuesta a la delincuencia. No ha habido tiempo de poder estudiar la aplicación de dicha pena y su relación con la disminución de la criminalidad más grave.

La Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo la nueva pena de prisión permanente revisable para supuestos de excepcional gravedad, a saber:

- Asesinatos cualificados (art. 140):
 - 1. Concurrencia de alguna de las siguientes **circunstancias**:
 - 1º que la víctima sea menor de 16 años de edad o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.
 - 2º que el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiere cometido sobre la víctima.
 - 3º que el autor perteneciera a un grupo u organización criminal.
 - 2. Reo de asesinato que hubiera sido condenado por la **muerte de más de dos personas**.
 - homicidio del Rey, la Reina, el Príncipe o la Princesa de Asturias (art.485),
 - homicidio del Jefe de un Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado que se hallare en España (art. 605) y
 - en los supuestos más graves de genocidio (art. 607.1) o de crímenes de lesa humanidad (art. 607 bis 2.1º).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

El Anteproyecto prevé extender los supuestos de prisión permanente revisable a:

- Secuestro con posterior asesinato;

- Asesinato con posterior ocultación del cadáver: Descubierto el delito, el autor impida o destruya la recuperación y entrega del cadáver a los familiares directos de la víctima, provocándoles un especial sufrimiento, físico o mental o una situación de grave humillación.

- Agresión sexual (violación) a cualquier persona por quien haya sido condenado por, al menos, otros dos delitos de la misma naturaleza.

- En el art. 183 añade un apartado imponiendo la pena superior en grado cuando en la ejecución de la conducta concurrieren dos o más subtipos agravados del referido artículo.

- ***Agresión sexual a menores de 16 años si el autor del delito hubiera privado de libertad a la víctima por tiempo superior a quince días, o la hubiera sometido, de manera repetida, a sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o de cualquier otro modo hubiera atentado grave y reiteradamente contra su integridad moral.***

- En los delitos contra la seguridad colectiva, del 341 (liberación de energía nuclear o elementos radiactivos), 346 (estragos) y 351 (incendios) castiga con la pena de prisión permanente revisable ***si a consecuencia de los hechos se hubiere producido la muerte de dos o más personas.***

La prisión permanente revisable ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, todavía no resuelto, por lo que es cuanto menos precipitado plantearse la ampliación de los supuestos, cuando el Tribunal Constitucional aún no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de dicha pena introducida en la reforma de 2015.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

ANTECEDENTES:

Desde que se planteó la reforma penitenciaria en los siglos XVIII y XIX, la filosofía que dominó las propuestas formuladas estaba fundada en el principio de proporcionalidad de las penas, en relación a la gravedad de los delitos cometidos. Partían de un principio que formuló Beccaria: "todo acto de autoridad de hombre a hombre que no deriva de su absoluta necesidad es tiránico". Cualquier reforma penal debe partir de la adaptación del ordenamiento penal a los valores constitucionales y democráticos. Y las cinco ideas que, entonces, formuló Beccaria, como ejes de una reforma del sistema de penas, fueron estas: la necesidad, la prevención, la proporcionalidad, la igualdad y el utilitarismo. En estos principios debe basarse una reforma del sistema de penas. Lo que exige superar la función retribucionista de la pena para asumir las teorías socializadoras del penado. Y está acreditado que las penas largas constituyen un factor de desocialización del recluso, consecuencia, en definitiva, de la función retributiva que se otorga a esa clase de penas, que representan un mayor grado de aflicción para los condenados, ya que se aleja, y mucho, su futura reincorporación a la sociedad. La pena de prisión permanente es una expresión de la crueldad de la pena. Es hoy la negación de aquellos principios que exigía Beccaria a todas las penas de prisión, "que la compasión y la humanidad penetre las puertas de hierro". Por ello, entendía que las penas perpetuas representaban la renuncia a la rehabilitación y inserción social del penado.

Si ya hay dificultades para educar para la libertad desde la privación de libertad, los efectos negativos de la "prisonización" son enormes, mucho más ante las penas largas de prisión. "La prisión excesivamente larga es inhumana y muy desocializadora, por lo que resulta contraria a la inserción" (Muñoz Conde-García Aran, Derecho Penal, Parte General, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pg.504).

El Código de 1928 eliminó del catálogo de penas la cadena perpetua y la reclusión a perpetuidad. El Código Penal de 1944 reintrodujo la pena de muerte, pero no hizo lo mismo con la reclusión a perpetuidad. Tras la abolición de la pena de muerte por la Constitución de 1978 tampoco se rehabilitó la pena de privación



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de libertad perpetua, siendo esta situación la que se ha mantenido hasta la LO 1/15 de 30 de marzo.

Por tanto, prácticamente en los últimos casi 100 años no ha existido tradición en España respecto a esta pena, a diferencia de otros países de nuestro entorno.

Tres son los artículos de la Constitución que deben ser respetados en la imposición de penas:

- art. 25.2 CE el fin resocializador de las penas:

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho ... al desarrollo integral de su personalidad.

Artículo 10

*1. La **dignidad de la persona**, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

Artículo 15

*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura **ni a penas o tratos inhumanos o degradantes**.*

El Derecho Penal y la propia pena, como consecuencia jurídica del delito, ha de ajustarse al principio de humanidad de las penas, centrado en el valor de la persona, el respeto de su dignidad personal, que ha de presidir todo Estado Social y Democrático de Derecho. Así como la prohibición de toda pena inhumana



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

y degradante. La pena no puede tener un fin exclusivamente retribucionista, sino también preventista y orientado a la resocialización del reo.

Si bien es cierto que el Consejo Fiscal ya se pronunció en fecha 8 de enero de 2013 sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable introducida ex novo en la reforma del CP de 2015, al informar sobre el anteproyecto de reforma del Código Penal que culminó en la LO 1/2015, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la pena de la prisión permanente revisable señalando:

“La nueva regulación de la suspensión del resto de la pena en el caso de la prisión permanente revisable que se recoge en el art. 92 manifiesta una fuerte influencia del Código Penal alemán (parágrafo 57 a). El legislador español, sin embargo, evita el requisito de la especial gravedad de la culpabilidad del condenado, que en Alemania implica la intervención del tribunal sentenciador junto a la sala penal de vigilancia penitenciaria, que es la que otorga la suspensión, y que además se funda en una especial gravedad que se determina en el momento del enjuiciamiento y que se da cuando el caso concreto supone un notable incremento de culpabilidad comparado con el “caso normal”. El Tribunal Constitucional alemán en su sentencia interpretativa de 21 de junio de 1977 parte de la culpa base (la habitual según la experiencia), sobre la que el caso grave debe alzarse “claramente”. Para ello es preciso realizar una valoración global del caso concreto. De este modo, por ejemplo, la falta de arrepentimiento de un condenado que niega haber cometido el hecho no le puede ser imputada a éste posteriormente.

En esta sentencia de 1977 el Tribunal Constitucional alemán partió de la constitucionalidad de la prisión permanente solo bajo la condición de que el legislador cree un fundamento legal para la excarcelación condicionada. De este modo, el condenado debe mantener una oportunidad concreta y fundamentalmente realizable de recuperar la libertad, por lo que la primitiva redacción que permitía la suspensión únicamente mediante el ejercicio del derecho de gracia fue declarada insuficiente y llevó a la reforma de 1981 de la que procede la regulación.

En la nueva ordenación penal del Anteproyecto la pena de prisión perpetua no es incompatible con la libertad condicional. Esta accesibilidad del penado a la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

progresión de grado en el ámbito penitenciario y a la suspensión condicional de la parte de la pena una vez alcanzado el cumplimiento de un determinado período fijado por la ley es lo que salvaguarda la constitucionalidad a la luz del art. 25.2 CE.

Partiendo de que el precepto es compatible con el principio constitucional de resocialización de los condenados por las mismas razones expuestas por el Tribunal Constitucional alemán en 1977, en síntesis, porque el condenado mantiene una oportunidad concreta y realizable de recuperar la libertad, entendemos que el texto es susceptible de mejora en varios aspectos.”

De igual modo, el THDH ha considerado conforme al art. 3 del Convenio Europeo Derechos Humanos, cuando esta pena a perpetuidad es revisable y permita conceder la libertad condicional, la conmutación, la revisión o la terminación de la pena, pudiéndose recuperar la libertad, una vez resocializado el reo.

No obstante debe significarse que desde la Constitución Española de 1978 el sistema penitenciario español se fundamenta en los principios de reinserción social y rehabilitación del reo, que enraízan con las tesis humanistas de Beccaria y que han impregnado tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 como el Reglamento Penitenciario. Por lo que, a diferencia de otros países de nuestro entorno, la pena de reclusión a perpetuidad, así como la pena de muerte habían sido ya expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico.

Así mismo, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que las penas han de aplicarse “humanamente y con el respeto debido a la dignidad”.

Que nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre las penas de prisión de larga duración, en virtud de los límites concursales del art. 76 CP (tras la reforma de 2003) se podría alcanzar un límite máximo de cumplimiento de 40 años, algo a todas luces excesivo y contrario al principio resocializador. Así:

- STS 7-3-1993: no puede conseguirse o es muy difícil la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce en función de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria: una privación muy superior a 30 años sería un tratamiento inhumano por privar de la oportunidad reinsertadora. En el mismo sentido STS 30-1-1998: "todo lo que contradiga y empañe la resocialización comportará una tacha desde el punto de vista constitucional"

- STS 24-7-2000...el art. 76 debe reinterpretarse en relación a los arts. 15 y 25.2 de la CE.
- STS 23-1-2000...48 años de prisión es excesivo; por eso hay que ajustarlo al humanitarismo penal y a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes..."
- STS 7-3-2001: "...penas tan largas (48 años de prisión) ni se dirigen a la prevención general, ni a la prevención especial, por tanto, hay que acudir a los mecanismos penitenciarios para evitar una pena similar a la cadena perpetua, ... en particular al art. 206 RP que permite que la Junta de Tratamiento solicite al Juez de Vigilancia que tramite un indulto particular por la evolución positiva y modificación en la conducta del interno".

Nuestra Constitución no permite penas radicalmente contrarias a la reinserción social, ni que produzcan efectos desocializadores como pueden apreciarse en las penas de larga duración. Es preferible adoptar medidas alternativas, de tipo terapéutico, de seguridad, libertad vigilada u otras adecuadas para controlar la peligrosidad de los sujetos potencialmente peligrosos cuando estos salgan de prisión.

La pena de prisión permanente revisable, pudiera llegar a ser una pena "inhumana o degradante" tal como se define y prohíbe el art. 15 de la Constitución, en aplicación de Tratados internacionales que las prohíben. El TEDH se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el contenido de dichas penas, en el sentido de crear un sentimiento de humillación o envilecimiento capaz de generar al condenado "terror, angustia e inferioridad". (Sentencia TEDH25/4/1978-asunto Tyrer.-citada en la obra "La cuestión carcelaria"-Iñaki Rivera Beiras. Editores del Puerto. Buenos Aires.2006,pgs. 395-398).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Debiendo ya adelantar que falta la necesidad de la reforma, pues el Código Penal español ya dispone de penas duras que pueden llegar hasta 40 años de prisión en caso de concurso de delitos, lo que podría considerarse excesivo, resultar una pena inhumana y contraria al principio de resocialización.

Se trata de una pena excepcional, como pena fija y única no permite graduar la cantidad del injusto ni la culpabilidad.

El Código Penal ya permite mediante penas accesorias, reglas de conducta, supuestos de la libertad vigilada controlar la peligrosidad del reo, una vez alcanzada la libertad.

No resulta eficaz desde el punto de vista de la prevención especial, ya que un horizonte tal lejano que no tiene un fin cierto es incompatible con ese fin de prevención especial. Puede resultar más eficaz la actual pena de prisión, unida a la pena de libertad vigilada, que pueden cumplir con la protección de las víctimas, evitar la comisión de nuevos delitos, así como resocializar al condenado.

En 2003 ya se endurecieron mucho las penas, de tal manera que, por el concurso de delitos pueden llegar hasta 40 años de prisión, ex art. 76 CP. Así mismo, el art. 78 prevé que el Tribunal pueda acordar que los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación del tercer grado y cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas, cuando a consecuencia de las limitaciones del art. 76.1 CP la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Los países de nuestro entorno que recogen la pena de prisión a perpetuidad revisable, no tienen límites tan largos en las penas temporales, de tal manera que en Alemania, por ejemplo, a los 15 años de prisión se revisa la pena. El legislador español ha introducido la prisión permanente revisable sin acometer una revisión general del sistema de penas y concretamente de las de privación de libertad.

En cualquier caso, el carácter revisable de la pena no hace necesariamente aceptable y puede ser rechazada en la medida en que se fundamenta en una presunción de que las personas que cometen determinados delitos muy graves son socialmente irrecuperables, admitiendo tan solo la posibilidad de revocar tal



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

presunción mediante prueba en contrario, que sería el buen comportamiento de un sujeto sometido a un largo cautiverio.

Frente al afirmación de que el sufrimiento de las víctimas de esos delitos graves sancionados con pena de prisión revisable es perpetuo, desde la victimología se advierte de la necesidad de que la sociedad ayude a las víctimas para que dejen de serlo y puedan superar (o sobrellevar) su dolor (desvictimización), lo cual resulta contradictorio con un discurso centrado en la idea del sufrimiento perpetuo, aparte que la pena no puede tener como principal finalidad establecer una compensación de sufrimientos.

La reforma parece partir de la base de que determinados sujetos no son reinsertables, primando el principio de peligrosidad social (futura) sobre el de culpabilidad. En un Estado moderno del siglo XXI no puede haber el más mínimo resquicio fundado en la ley del talión.

Cuando, precisamente, para proteger a la sociedad y evitar la reiteración delictiva en crímenes muy graves contra la vida o la libertad sexual, antes que extender los supuestos de prisión permanente revisable, lo aconsejable sería profundizar y reformar la LIBERTAD VIGILADA, de tal manera que en lugar de ser en la práctica un calco de las medidas de seguridad no privativas de libertad, supongan verdaderamente un programa resocializador una vez el individuo está en libertad, disponiendo de un delegado de libertad vigilada que oriente al individuo en su vida en libertad, así como en el ámbito laboral y pueda detectar situaciones de peligro, esto es una libertad condicional (o suspensión de la pena) bajo control y una asistencia social eficaz.

Por consiguiente, estima que ni la Exposición de Motivos, ni la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto referido justifican con suficiencia y acierto la necesidad de la reforma, **concluyéndose de lo expuesto ut supra la falta de necesidad, oportunidad e idoneidad de la ampliación de supuestos de la prisión permanente revisable.**

Consecuentemente con lo expuesto, no se propone redactado alternativo desde un punto de vista técnico-jurídico, sin perjuicio de añadir algunas precisiones a la reforma.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

II. ASPECTOS CONCRETOS SOBRE EL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO

1. Comentario a la reforma del artículo 140.1

2.1 La modificación de esta circunstancia agravatoria, común al delito de homicidio y al de asesinato, amplía la pena de prisión permanente revisable, actualmente prevista solo para un delito antecedente contra la libertad sexual, al delito de secuestro seguido del delito de asesinato.

Con la nueva redacción el asesinato es castigado con esta pena cuando concurre la siguiente circunstancia:

«2ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o de secuestro, que el autor hubiera cometido sobre la víctima».

Conforme a la literalidad de la norma el nuevo tipo penal al que hace referencia es solo el previsto en el artículo 164 CP con la concurrencia o no de las circunstancias agravatorias, en función del sujeto activo, del sujeto pasivo o de la intencionalidad del sujeto activo, establecidas en los arts. 165 y 166 CP. En consecuencia, la nueva circunstancia no incluye los supuestos de detención ilegal tipificados en el artículo 163 CP pues la agravación solo está prevista si en la detención de la persona se exige “alguna condición para ponerla en libertad”.

En el texto actual el delito precedente al de asesinato es “un delito contra la libertad sexual”. Cualquier ataque a la libertad o indemnidad sexual tipificado en el Título VIII del Libro II del Código Penal permite la aplicación de esta pena, de modo que, incluso, un abuso sexual castigado con pena alternativa de prisión o multa (cfr. art. 181.1), si es seguido de un asesinato, supondrá que este se castigue con pena de prisión permanente revisable. Tras la modificación proyectada, un delito de detención ilegal, cuyo tipo básico alcanza una pena de hasta seis años de prisión, seguido de un asesinato, no será sancionable con la prisión permanente.

Quizá sería mejor proponer una concreción del delito contra la libertad sexual, recogiendo las formas más graves: Abuso y agresión sexual con acceso



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

carnal de los arts. 179 y 181.1 y 4 CP, respectivamente. No obstante, ello supondría modificar la literalidad del precepto de la reforma de 2015.

2.2 La reforma proyectada añade un circunstancia agravatoria, la 4ª, del siguiente tenor:

«4ª Que, descubierto el delito, el autor impida u obstruya la recuperación y entrega del cadáver a los familiares directos de la víctima, provocándoles un especial sufrimiento, físico o mental, o una situación de grave humillación.»

La nueva circunstancia se integra por un elemento objetivo, consistente en que el autor impida u obstruya la recuperación y entrega del cadáver.

Los verbos nucleares, impedir u obstruir, implican en principio una conducta activa. En un delito de asesinato, el sujeto activo puede impedir la recuperación del cadáver destruyéndolo. Puede obstruirla realizando cualquier otra actividad que implique entorpecer u obstaculizar, cerrar o dificultar el camino para la recuperación del cadáver. También puede interpretarse que es suficiente una actitud pasiva del sujeto activo que con su silencio obstruye o dificulta la recuperación del cadáver.

Así las cosas, es necesario confrontar esta nueva circunstancia agravatoria con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el autor de un delito “trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma” (STS nº 62/2013, de 29 de enero).

Es doctrina consolidada por nuestro Tribunal Supremo que, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, el autoencubrimiento en términos generales es impune (SSTS nº 497/2012, de 4 de junio, 600/2007, de 11 de septiembre, 671/2006, de 21 de junio, 497/2012, de 4 de junio, 20/2016, de 26 de enero, entre otras muchas).

La STS nº 671/2006 se refiere a los llamados «actos copenados», esto es, aquellos actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva siempre y cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, debiendo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

acudirse en otro caso al concurso de delitos. La consunción es admitida igualmente respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que esta sentencia expresamente relaciona con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato.

La STS nº 20/2016, de 26 de enero, recuerda cómo los fundamentos de la teoría del autoencubrimiento, basada inicialmente en el principio de no exigibilidad de otra conducta, acabaron imponiéndose en la jurisprudencia “señalándose que no puede ser apreciado el delito de encubrimiento en aquellos supuestos en los que con el traslado del cadáver e incluso con su descuartizamiento (...) o con su posterior destrucción en una incineradora, exclusivamente se pretende esconder y disimular la acción homicida, y no atentar contra otras normas, incluidas las de salud pública (...). Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad...”

Partiendo de estas consideraciones debe abordarse el segundo requisito de la agravación, provocándoles un especial sufrimiento, físico o mental, o una situación de grave humillación, que parece configurarse como una condición objetiva de punibilidad más que como un elemento típico que conformaría el resultado de la acción del sujeto activo. Ahora bien, cualquiera que sea la concepción desde la que se contemple este requisito, si no se quiere obviar la consideración jurisprudencial del autoencubrimiento antes citada y los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 24.2, derecho a no declarar contra sí mismo, no confesarse culpable o la presunción de inocencia, necesariamente “provocar un especial sufrimiento” tiene que integrar, como elemento subjetivo finalístico, la conducta del autor del delito.

Con independencia de que, en todo caso, cualquier autor de un asesinato conlleva, como elemento del dolo propio de su conducta criminal, el menosprecio a los familiares de la víctima, de la víctima que él, dolosamente ha causado. El dolor y sufrimiento provocado, aparte de ser innato al delito mismo, tiene que ser abarcado por el dolo del autor, esto es tiene que ser una circunstancia que se halle bajo su dominio del hecho.

Resulta evidente que la imposibilidad de recuperar el cuerpo sin vida de un “familiar directo”, término, por otra parte, un tanto impreciso, causa a toda la familia un especial sufrimiento, pero la agravación solo puede estar justificada si



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

el autor del delito, con su actuación de dificultar el hallazgo del cadáver, busca causar ese especial sufrimiento, y no, o al menos no solamente, cuando tan solo pretende ocultar las pruebas que le puedan incriminar y hacerle responsable de la muerte de esa persona.

Pero no se agotan con estas cuestiones los problemas que plantea la redacción de esta circunstancia. En efecto, es difícil determinar el alcance de la expresión descubierto el delito que se enlaza con la conducta de su autor, el cual no se menciona en la agravación que en ese momento haya sido descubierto. Más extraño es que la acción del sujeto activo alcance a los actos de entrega del cadáver. El autor puede obstaculizar la recuperación del cadáver pero queda fuera de su dominio, una vez que el cadáver ha sido recuperado, que se proceda o no a su entrega a la familia.

Por todo ello, los vocales que suscriben este voto particular proponen la supresión de este artículo.

3. Comentario a la reforma en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

3.1 Se incorpora en la reforma, para los delitos de agresiones sexuales, la agravación basada en la multireincidencia, que figura, de manera similar, en otros preceptos del Código.

Dice el nuevo apartado 3 del art. 180:

«El delito del artículo 179 se sancionará con pena de prisión permanente revisable si su autor hubiera sido previamente condenado ejecutoriamente al menos por dos delitos de la misma naturaleza.»

Parece excesivo que la concurrencia de un agravante de reincidencia pueda convertirse en causa de salto cualitativo de pena, esto es, de la pena de prisión permanente revisable.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En cuanto a la expresión “previamente”, que no figura en los artículos referidos, y con la misma pretensión homogeneizadora, debería ser sustituida por “al delinquir”, o si se quiere, “al cometer el hecho”, evidenciando que las condenas deben ser anteriores al momento en que se comete el delito y no al de su enjuiciamiento.

El término “de la misma naturaleza” es excesivamente genérico, podría plantear problemas en su aplicación, debería concretarse si se refiere a los delitos más graves de agresión sexual con acceso carnal del art. 178 CP o también incluye abuso sexual con acceso carnal del art. 181.1 y 4 CP.

3.2 El Anteproyecto añade un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 183, con el siguiente contenido:

«En este último caso, si en la ejecución de la conducta concurrieran dos o más de las circunstancias previstas en el siguiente apartado, se impondrá la pena superior en grado»

El art. 183.4 castiga “con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior” cuando concorra alguna de las seis circunstancias que a continuación se relacionan. Con la reforma, se establece una especial agravación imponiendo la pena superior si concurren dos o más de estas circunstancias.

No resulta criticable diferenciar el reproche penal de una conducta dependiendo de la concurrencia de un mayor o menor número de circunstancias agravatorias. Sin embargo, la inclusión de la agravación proyectada como párrafo segundo del art. 183.3 produce, por su ubicación sistemática una disfunción en el artículo.

El Anteproyecto de reforma no tiene en cuenta que el art. 183.4 se refiere a “las conductas previstas en los tres apartados anteriores”, y que es en uno de ellos en el que ha incluido la nueva agravación incompatible con este subtipo agravado.

Por ello, el Consejo Fiscal considera que debe mejorarse la técnica legislativa empleada incorporando la nueva agravación en un apartado independiente que evite la contradicción reseñada. El nuevo subtipo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

hiperagravado por la concurrencia de dos o más subtipos agravados debiera integrarse tras el apartado cuarto.

3.3 La reforma da nueva redacción al apartado 5 del artículo 183, reenumerándose el actual apartado 5 como apartado 6.

Conforme al proyectado apartado 5 «Si el autor del delito del apartado 3 hubiera privado de libertad a la víctima por tiempo superior a quince días, o la hubiera sometido, de manera repetida, a sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o de cualquier otro modo hubiera atentado grave y reiteradamente contra su integridad moral, se impondrá la pena de prisión permanente revisable».

El nuevo subtipo se refiere con una notable imprecisión al delito del apartado 3 cuando en el mismo no se regula un solo delito ya que tipifica tanto el abuso sexual con penetración como la agresión sexual con penetración. Dada la gravedad de pena, el Consejo Fiscal considera que debería limitarse la agravación a los supuestos de agresión sexual. En todo caso, debería modificarse la redacción para delimitar con claridad -en una materia tan delicada- el delito sobre el que se contempla la agravación.

De otra parte, el Prelegislador toma de referencia el tiempo de privación de libertad de la víctima, a diferencia de la proyectada circunstancia 2 del art. 140.1, que tiene en cuenta para la imposición de la pena de prisión permanente revisable no la duración de la privación de libertad, sino la exigencia de una condición para poner a la persona en libertad.

Como se expuso al analizar la nueva redacción del art. 140.1.2^a debieran aplicarse criterios coherentes a la hora de seleccionar conductas típicas merecedoras de la pena de prisión permanente revisable.

Además, la incorporación de esta agravación puede plantear numerosos problemas concursales, de compleja solución, con el subtipo agravado de los delitos de detención ilegal y secuestro previsto en el art. 166.2.b) CP.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

4. Comentario a la reforma en el ámbito de los delitos contra la seguridad colectiva

4.1 El Anteproyecto añade un nuevo párrafo al delito de liberación de energía nuclear o elementos radiactivos previsto en el art. 341, con la siguiente redacción: «Si además del peligro, se hubiere producido la muerte de dos o más personas, la pena será de prisión permanente revisable».

Se modifica por primera vez este delito de peligro concreto para incluir una norma concursal específica, estableciendo una penalidad para el caso en que, además del riesgo, se cause la muerte de dos o más personas.

4.2 Con similar redacción, el Anteproyecto incorpora un segundo párrafo al apartado 3 del art. 346 con el siguiente contenido:

«Si a consecuencia de los hechos se hubiere producido la muerte de dos o más personas, la pena será de prisión permanente revisable.»

A diferencia del tipo penal del art. 341, en el delito de estragos ya se preveía, en su apartado 3, la posibilidad de que además del peligro “se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas” castigando los hechos separadamente con la pena correspondiente al delito cometido. El Anteproyecto debiera especificar que la pena previsión de la pena de prisión permanente cuando se produce la muerte de dos o más personas implica en esos casos la derogación de la norma concursal (ya no se castigan los hechos separadamente). Este punto debiera aclararse expresamente.

4.3 El último precepto al que afecta la reforma es el delito de incendio previsto en el art. 351, donde sin alterar la redacción vigente, añade un nuevo párrafo con la siguiente redacción:

«Si, además del peligro, se hubieran producido dos o más muertes, la pena será de prisión permanente revisable.»

Este nuevo párrafo se intercala entre los dos que figuran en la regulación actual, el primero que contempla el tipo básico de peligro y el último que establece



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

un subtipo atenuado si no concurre peligro para la vida o integridad de las personas.

Con el nuevo párrafo, y de igual manera que en los delitos de liberación de energía nuclear o elementos radiactivos y de estragos, se establece la pena de prisión permanente revisable cuando además del peligro se ocasiona con la acción la muerte de dos o más personas.

La puntual modificación en la redacción de esta norma concursal específica, distinta a la establecida en los artículos 341 y 346.3, no resulta afortunada al excluir el término "persona" en su descripción, debiendo corregirse para evitar problemas interpretativos.

Estos delitos se considera que no participan de la particular naturaleza y connotación de los delitos anteriores en que existe en el autor un dolo directo, un móvil especialmente abyecto y una especial maldad y crueldad en el autor del hecho, ya que constituye un ataque en su forma más grave, de propósito contra la vida, la libertad sexual y la libertad, atentando también contra la integridad moral de las víctimas en algunos casos. Por el contrario, los supuestos de emisión de gases ionizantes, estragos e incendios, son delitos que causan principalmente daños materiales, donde la acción del sujeto se dirige fundamentalmente a bienes de esta naturaleza y el autor puede representarse la posibilidad del peligro para la vida o integridad física de las personas, pero su acción no va directamente dirigida contra la vida de tales personas, no hay dolo directo, sino eventual, e incluso, en algunos casos puede concurrir culpa con o sin representación, pero el móvil concreto del autor no es acabar con la vida de determinada persona o personas. De exacerbarse punitivamente tan gravemente dichas muertes, podría incluso dar lugar a responsabilidad por el resultado, contrario al principio de culpabilidad que inspira nuestro Derecho Penal.

Aparte del daño causado, que fundamentalmente radica en daños materiales, y en algunos casos contra el medio ambiente, por muy graves que sean, resulta de todo punto incompatible con el principio de proporcionalidad que se agrava tan intensamente la pena cuando, desde un punto de vista culpabilístico, es dudoso que los resultados lesivos para las personas, y sobre todo, la muerte, justifiquen la aplicación de la pena de prisión permanente revisable. Toda vez que en estos supuestos, dichas muertes, se habrían



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

producido, en todo caso, por un dolo eventual, resultado del acto criminal, este sí doloso, respecto del medio lesionado por los actos directamente dolosos y, por tanto, imputables. El resultado, más allá de este, no puede, bajo ningún concepto, generar una elevación tan desproporcionada de la pena básica.

Por tanto, entendemos que no entra dentro de esos supuestos especialmente graves, donde se aprecia un plus de culpabilidad en el sujeto activo y excepcionales a que alude el Anteproyecto, particularmente en el caso de incendio, debe tenerse en cuenta que ni en Francia ni en Italia prevén esta pena para los incendios, solamente Alemania, y ni siquiera como pena única, sino alternativa.

De igual modo, si la muerte es producida de propósito mediante incendio, se castigará separadamente, en su caso, como asesinato principalmente y, conforme a las reglas concursales. Ya se tiene en cuenta penológicamente la gravedad de esa conducta y puede que en algún caso llegue a incardinarse en los supuestos actuales de pena de prisión permanente revisable.

Por todo ello, los vocales firmantes de este voto proponen la supresión de este precepto.

Vocal D. Eduardo Esteban
Vocal D^a. Neus Pujal
Vocal D^a Sofía Puente