

EL ASESINATO PARA FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO O PARA EVITAR QUE SE DESCUBRA: LA PROPUESTA DE DOS NUEVAS MODALIDADES DE ASESINATO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*

MARTA PANTALEÓN DÍAZ Y DIEGO SOBEJANO NIETO**

Resumen: El 23 de septiembre de 2013 se remitió a las Cortes Generales el Proyecto de Reforma del Código Penal Español. Entre otras muchas modificaciones, éste incluye dos nuevas modalidades de asesinato, consistentes en matar a otro (i) para facilitar la comisión de otro delito o (ii) para evitar que se descubra. En este trabajo se abordan tres grupos de problemas planteados por cada una de estas dos nuevas circunstancias de cualificación: problemas de interpretación, problemas de fundamentación y problemas concursales. Su estudio conduce a la conclusión de que la modificación carece de justificación tanto desde un punto dogmático como desde un punto de vista político-criminal, además de que adolece de serias dificultades de aplicación. Por todo ello, sería preferible que no llegara a prosperar.

Palabras clave: Proyecto de Reforma del Código Penal, asesinato, circunstancias de cualificación del asesinato, homicidio *criminis causae*.

Abstract: On September 23rd, 2013, the Draft Bill on the Reform of the Spanish Criminal Code was submitted to Parliament. Among other changes, two new forms of murder are willing to be introduced, consisting in killing another human being (i) to facilitate the commission of another offence or (ii) to prevent its discovery. This paper addresses three groups of problems posed by each of these two new qualifying circumstances: problems of interpretation, problems of justification and, lastly, problems of double incrimination. The conclusion is reached that the planned reform is unnecessary both from a dogmatic and political point of view. Its application would furthermore be extremely difficult, making it all in all desirable for these two new forms of murder to be withdrawn from the Draft.

Key words: Draft Bill on the Reform of the Criminal Code, murder, qualifying circumstances of murder, *criminis causae* manslaughter.

* Trabajo ganador del III Premio Joven Investigador de la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.

** Estudiantes de segundo ciclo del Doble Grado en Derecho y Ciencia Política y Administración Pública y de la Doble Licenciatura en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, respectivamente, en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: marta.pantaleon@estudiante.uam.es; diego.sobejano@estudiante.uam.es

Este trabajo surge a raíz de un proyecto de investigación iniciado con motivo del III Premio Joven Investigador convocado por la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Tutelada por el Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, la investigación no habría concluido de esta forma sin su inestimable e incansable ayuda, que le agradecemos profundamente.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL ASESINATO PARA FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO; 1. Problemas interpretativos; 2. Problemas de fundamentación; A. Agravación basada en una mayor necesidad de pena; B. Agravación basada en un mayor contenido de injusto; a) Puesta en peligro de otros bienes jurídicos; b) Ausencia total de justificación; C. Agravación basada en una mayor culpabilidad; a) Mayor culpabilidad por motivos especialmente reprochables; b) Ausencia total de exculpación (o posibilidad de imputación personal plena de la muerte); 3. Problemas concursales. III. EL ASESINATO PARA EVITAR QUE OTRO DELITO SE DESCUBRA; 1. Problemas interpretativos; 2. Problemas de fundamentación; A. Agravación basada en una mayor necesidad de pena; B. Agravación basada en un mayor contenido de injusto; a) Puesta en peligro de otros bienes jurídicos; b) Ausencia total de justificación; C. Agravación basada en una mayor culpabilidad; a) Mayor culpabilidad por motivos especialmente reprochables; b) Ausencia total de exculpación (o posibilidad de imputación personal plena de la muerte); 3. Problemas concursales; A. Homicidio para el auto-encubrimiento; B. Asesinato para encubrir y encubrimiento típico; IV. CONCLUSIÓN; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de octubre de 2012, a propuesta del Ministerio de Justicia, el Gobierno aprobó un Anteproyecto de Reforma del Código Penal Español. El Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial elaboraron sendos informes sobre él¹, cuyo articulado fue también objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina jurídico-penal² e, incluso, de la sociedad civil³. De resultas, ciertos aspectos del Anteproyecto fueron modificados y éste publicado de nuevo el 3 de abril de 2013. Es esta última versión la que, con pequeñas modificaciones, se remitió el 23 de septiembre del pasado año a las Cortes Generales como Proyecto de Ley Orgánica (en adelante, “Proyecto” o “PR”).

Con el doble objetivo de poner a disposición de la Administración de Justicia “un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas” y de “incrementar la eficacia de la justicia penal”⁴, el prelegislador propone las siguientes cinco reformas fundamentales al Código Penal vigente: (i) la incorporación de la prisión permanente revisable, (ii) la revisión del sistema de medidas de seguridad, (iii) la modificación del delito continuado, (iv) la reforma del sistema de

¹ Publicados, respectivamente, el 11 de octubre de 2012 y el 16 de enero de 2013.

² Dan buena muestra de ello las ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, recogidas en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

³ Sirva como ejemplo el “Manifiesto contra el Anteproyecto de Reforma del Código Penal” elaborado por una serie de asociaciones integrantes del Colectivo de Salud Mental, que puede consultarse en <<http://assembleamajaras.files.wordpress.com/2013/07/manifiesto.pdf>>.

⁴ Exposición de Motivos del Proyecto, apartado I.

suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad y (v) la supresión de las faltas, hoy reguladas en el Libro III del Código Penal (CP).

En estrecha relación con la primera de las reformas enunciadas, la introducción en el Ordenamiento penal español de la prisión permanente revisable, el Proyecto incluye además una profunda modificación del tipo de asesinato, cuyo nuevo tenor sería el siguiente:

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

1ª. Con alevosía.

2ª. Por precio, recompensa o promesa.

3ª. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

4ª. Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

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

Art. 140. 1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. 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 física o mental.

2ª. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3ª. Que del delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable [...].

Art. 140 bis. A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.

Salta a la vista que, de admitir la propuesta, se crearían tres categorías diferentes de asesinato, que podrían calificarse como asesinato “básico” (apartado 1º del art. 139 PR), asesinato “agravado” o “cualificado” (apartado 2º del art. 139 PR) y asesinato “hiperagravado” o “hipercualificado” (art. 140 PR) en función de la pena respectivamente aplicable. Así pues, el sistema resultante, enormemente complejo⁵, se contrapondría sin duda a la idea del legislador español de 1995 de reducir significativamente el alcance del delito de asesinato⁶.

⁵ Esta complejidad se revela aún mayor si se tiene en cuenta, por un lado, que la primera de esas formas de asesinato se presenta a su vez en cinco modalidades distintas y, por otro, que son cuatro los factores que determinarían la apreciación de la tercera.

⁶ PEÑARANDA RAMOS, E. “Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, F.J. Álvarez García, F.J. (dir.) y J. Dopico Gómez-Aller. (coord.), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 492-493.

Más allá de ello, sin embargo, destaca la absoluta falta de motivación de las modificaciones, inadmisibles en una reforma de tan hondo calado. El pre-legislador se limita a constatar en la Exposición de Motivos “la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves”, sin detenerse a valorar las razones que determinan, a su juicio, la necesidad de esta medida⁷. Además, como criticó el Consejo General del Poder Judicial en su Informe, “la Exposición de Motivos no da explicaciones sobre la nueva circunstancia [de cualificación] del asesinato [el asesinato para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra], tratándose de una opción de política criminal que supone una novedad en relación a las circunstancias existentes”. Lamentablemente, esta acertada crítica no dio pie a modificación alguna del Anteproyecto (ahora Proyecto) en sus versiones de 2012 y 2013, a pesar de que, a nuestro juicio al menos, la preocupación del Consejo General del Poder Judicial está plenamente justificada. Por ello, en adelante se estudiarán posibles respuestas a los interrogantes que se plantean en relación con la nueva – dos nuevas, en rigor – circunstancias de cualificación, cuyo análisis conducirá a la conclusión de que una política criminal acorde con los principios fundamentales del Derecho penal liberal debería rechazar su introducción en el Ordenamiento jurídico español.

El ataque contra la vida ajena para facilitar o encubrir otro delito se tipifica como una modalidad cualificada de homicidio en numerosos Códigos Penales cercanos a la tradición jurídica española. Es el caso, por ejemplo, de los Códigos Penales alemán⁸, italiano⁹, francés¹⁰, argentino¹¹ y colombiano¹². Sin embargo, ya se ha advertido que la tipificación en España del conocido como “homicidio *criminis causae*”¹³ carece de precedente, de forma que es necesario sentar las bases para su interpretación y aplicación y tratar de dilucidar su fundamento.

Por este motivo, en el presente trabajo se abordan tres grupos de problemas planteados por las dos nuevas circunstancias de cualificación incluidas en el Proyecto: problemas de interpretación, de fundamentación y concursales. En primer lugar, se ofrecen respuestas a los principales interrogantes hermenéuticos que el pre-legislador ha dejado sin respuesta. Seguidamente, se exploran las diferentes posibilidades de fundamentación de las agravantes¹⁴ y las dificultades que de cada una se derivan. Por último, se desarrollan los “delicados

⁷ Exposición de Motivos del Proyecto, apartado XI.

⁸ § 212.(2), inciso final.

⁹ Art. 576.1 en relación con el n. 2 del artículo 61.

¹⁰ Art. 221-2, párrafo segundo.

¹¹ Art. 80.7°.

¹² Art. 104.2.

¹³ Esta terminología emplea PERALTA, J.M. en su monografía *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 300.

¹⁴ Cuando se usan, aquí y en adelante, los términos “agravación” o “agravante” no se está adoptando con ello una posición en el debate sobre la naturaleza del asesinato como tipo “autónomo” o simplemente agravado del homicidio. Se habla de “agravante” para hacer referencia a una circunstancia que, con independencia de su naturaleza, provoca el paso de un marco penal a otro más severo. En este trabajo tampoco se aborda la posible

problemas concursales de difícil resolución” que, como ya adelantó el Consejo Fiscal en su Informe¹⁵, plantearía la aplicación de estas dos nuevas figuras.

Antes de comenzar a tratar estas cuestiones, es necesario realizar dos breves consideraciones metodológicas. La primera, que se ha optado por abordar de forma separada, desde un primer momento, cada una de las dos nuevas figuras. A pesar de que ambas comparten muchos de los problemas que en adelante se tratarán –por lo que podría haberse elaborado una suerte de “parte general”, para seguidamente plantear las dificultades específicas de cada modalidad¹⁶– la sistemática de este trabajo, basada en la clasificación de los problemas en tres grupos, aconsejaba el uso de esta estructura más sencilla. Cuando se plantee en la segunda parte un problema ya abordado en la primera, simplemente se realizará una breve remisión.

La segunda se refiere a la decisión, particularmente compleja, que ha debido adoptarse respecto del orden en el que exponer los tres tipos de problemas (interpretativos, de fundamentación y concursales) dentro de cada modalidad. Ello se debe a que, a pesar de que estas cuestiones se diferencian de manera aparentemente clara, están, en realidad, muy estrechamente vinculadas entre sí. Así, para fundamentar la agravación es necesario saber, primero, *cómo leer* lo que la Ley dice, *en qué casos* piensa el pre-legislador. Sin embargo, es también evidente que determinadas cuestiones interpretativas dependen del fundamento de la agravante. Por ejemplo, en el asesinato para facilitar la comisión de otro delito ¿es necesario que exista efectivamente este otro delito? ¿O es suficiente, por el contrario, con que el autor así lo crea? Como se verá, si se opta por una fundamentación basada en la puesta en peligro del bien jurídico afectado por la acción que se pretende facilitar, deberá responderse afirmativamente la primera pregunta, lo que resultaría cuestionable recurriendo a otras fundamentaciones. En cuanto a los problemas concursales, en la medida en que su resolución se basa en analizar relaciones no meramente lógicas, sino materiales, entre los tipos delictivos¹⁷, no pueden abordarse sin haber prestado previamente atención al significado y el fundamento de las circunstancias. En este sentido, y aunque se haya optado aquí

incidencia que la tipificación del asesinato *criminis causae* podría tener en este debate, por ejemplo porque supone la introducción por primera vez de una circunstancia de cualificación de asesinato que, a diferencia de la alevosía, el precio, recompensa o promesa o el ensañamiento, no tiene figura correspondiente en las circunstancias agravantes genéricas del artículo 22 del Código Penal. Para un excelente análisis crítico de los términos en que ha tenido y tiene lugar en la actualidad este debate puede consultarse PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre la distinción homicidio-asesinato*, aún inédito, pp. 84 y ss.

¹⁵ P. 126.

¹⁶ Así lo hacen ESER, A. en “StGB § 211 Mord”, *Kommentar zum StGB*, A. Schöнке y C. Schröder (coords.), Editorial CH Beck, 28ª edición, Múnich, 2010; KÜHL, K. en “StGB § 211 Mord”, *Kommentar zum StGB*, K. Lackner y K. Kühl (coords.), Editorial CH Beck, 27ª edición, Múnich, 2011; y NEUMANN, U. en “StGB § 211 Mord”, *NOMOS-Kommentar zum StGB*, U. Kindhäuser, U. Neumann, y H. U. Paeffgen (coords.), Editorial Nomos, 4ª edición, Baden-Baden, 2013.

¹⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Concursos de leyes y de delitos”, en *Memento Práctico Penal 2011*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 331.

por el esquema “interpretar-fundamentar-relacionar”, las referencias y remisiones entre unos y otros apartados resultan inevitables.

II. EL ASESINATO PARA FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO

1. Problemas interpretativos

La redacción del Proyecto en cuanto al asesinato para facilitar la comisión de otro delito suscita una serie de cuestiones hermenéuticas cuya respuesta es necesaria para determinar el ámbito de aplicación de la agravante, a saber: (a) ¿Están incluidos los casos en los que el autor mata para facilitar el delito de un tercero? (b) ¿A qué se refiere el tipo con “otro delito”? ¿Basta con la acción penalmente típica y antijurídica? (c) ¿En qué punto del *iter criminis* ha de encontrarse este “otro delito” para que pueda apreciarse la agravante? ¿Puede aplicarse cuando el “otro delito” está ya consumado? (d) ¿Qué significa “facilitar”? ¿Ha de ser el homicidio un medio necesario para la comisión del otro delito? Por último, (e) ¿Ha de existir este “otro delito” de manera efectiva y reunir objetivamente las cualidades anteriores? ¿O basta con que el autor del homicidio así lo crea?

Atendiendo al tenor literal del Proyecto, la respuesta a la primera pregunta (a) ha de ser afirmativa. La dicción del precepto no distingue un caso de otro y tampoco parece existir ninguna razón valorativa para restringirla¹⁸. Cualquiera que sea el fundamento de la agravante –cuestión que será analizada en el próximo apartado–, éste concurre indudablemente tanto en el autor que pretende facilitar su propio delito como en el partícipe en el “otro delito” que comete un homicidio para facilitarlo, o en quien, precisamente a través de esta conducta, se convierte en partícipe en el delito que pretende facilitar. De hecho, la conducta de quien mata para facilitar la comisión de un delito ajeno parece intuitivamente incluso *menos comprensible* que la de quien, impulsado por el fin de facilitar *su propio* delito, realiza el mismo acto.

A la pregunta (b) por el significado en el tipo del término “delito” puede responderse con seguridad que se requiere una conducta *penalmente* relevante, sin que baste un simple ilícito de otra índole, por ejemplo, una infracción administrativa¹⁹. En el sistema actual, la prohibición de la analogía *contra reo*²⁰ impediría también agravar el homicidio para facilitar la comisión de una simple falta. Sin embargo, la supresión de éstas en el Proyecto y la incorporación de algunas de ellas al Libro II como “delitos leves” resta importancia a

¹⁸ Esta es también la opinión absolutamente dominante en la doctrina y la jurisprudencia alemanas. En este sentido, véanse ESER, A., *ibíd.*, par. 32; KÜHL, K., *ibíd.*, par.12 y NEUMANN, U., *ibíd.*, par. 91.

¹⁹ Así lo afirman también en la doctrina alemana ESER, A., *ibíd.*, par. 32; KÜHL, K., *ibíd.*, par.12 y NEUMANN, U., *ibíd.*, par. 91.

²⁰ Art. 4.1. CP.

esta conclusión²¹. Mucho más problemática es la pregunta de si el tipo requiere que pretenda facilitarse una conducta que reúna todos los elementos de la teoría jurídica del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad) o si, por el contrario, habría que conformarse con la concurrencia de sólo algunos de ellos. La cuestión es puramente teórica en el caso del autor que pretende facilitar su propio delito, pero adquiere plena relevancia cuando se pretende facilitar un delito ajeno en el que, a lo sumo, se participa. Por coherencia con el tratamiento de otras instituciones como la propia participación²² o el delito de encubrimiento²³, conformarse aquí con un “delito” entendido simplemente como acción típica y antijurídica parece la opción más razonable²⁴.

En cuanto a la pregunta (c), parece correcto afirmar que, en un *iter criminis* definido por la sucesión de las fases de deliberación, resolución, preparación y ejecución, que culminaría en la consumación, el delito que se pretende facilitar ha de haber superado, al menos, la etapa de resolución y no ha de encontrarse todavía consumado (salvo, respecto de esto último, que se trate de un delito permanente). En efecto, ha de existir, al menos, la resolución de cometer un delito para que el homicidio pueda pretender facilitar esta comisión. Una vez cumplido este requisito, el homicidio puede cometerse en cualquier fase subsiguiente del *iter criminis*. Poco importa, a nuestro juicio, tanto por el tenor literal de la ley como por razones valorativas, que haya comenzado la fase propiamente ejecutiva. No obstante, es claro que no puede hablarse de matar a otro para facilitar un delito ya consumado, porque no puede facilitarse la comisión de un delito ya cometido. A partir de la consumación, podrá hablarse, en su caso, de una intención de evitar que el delito se descubra. Como única excepción a esta idea podría considerarse asesinato para facilitar la comisión de un delito *permanente* el homicidio que se perpetra para *mantener* la situación antijurídica duradera que crea la consumación de este delito²⁵.

El significado en el tipo de “facilitar” (d) exige que la muerte y el otro delito se hallen entre sí en una relación de medio-fin, pero sin requerir que aquélla sea, ni en abstracto ni

²¹ En este sentido, para NEUMANN la agravación por esta circunstancia no depende en absoluto de la gravedad del delito que se pretenda facilitar (NEUMANN, U. *ibíd.*, par. 91).

²² MOLINA FERNÁNDEZ, F. “Autoría y participación delictiva”, *Memento Práctico Penal 2011*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 303 y la jurisprudencia que cita.

²³ Cfr. art. 453 del Código Penal. Véanse también CANCIO MELIÁ, M., “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Memento Práctico Penal 2011*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 1472 y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, 18ª edición, Valencia, 2010, p. 976.

²⁴ De acuerdo con NEUMANN, sin embargo, la opinión dominante en Alemania exige una acción culpable, aunque no necesariamente punible (NEUMANN, U. *ibíd.*, par. 91).

²⁵ Así NEUMANN que, sin embargo, considera una segunda excepción posible: la del homicidio que se comete para facilitar el agotamiento del delito consumado (*vollendet*) pero no agotado (*beendet*) (NEUMANN, U. *ibíd.*, par. 95). No nos parece posible, sin embargo, trasladar este razonamiento al Derecho español, en el que las formas de intervención en la fase de agotamiento del delito no constituyen nunca formas de participación sino, en su caso, delitos específicamente tipificados contra bienes jurídicos distintos a los ya lesionados o puestos en peligro (v.gr. la administración de justicia).

en concreto, un medio necesario para la comisión de éste²⁶, pues no existen razones para restringir de este modo el alcance del tipo²⁷. Además puede argumentarse, con base en una interpretación sistemática del precepto, que el legislador lo indica expresamente cuando pretende que exista una relación de medio necesario-fin²⁸. Esto supone, contra lo que *a priori* pudiera parecer, que en el caso de que el autor cometiera tanto el homicidio como el delito que pretendía facilitar, no siempre sería condenado por ellos en una relación de concurso medial. Las reglas de los apartados segundo y tercero del art. 77 CP, cuya reforma también plantea el Proyecto²⁹, tienen como presupuesto que una de las infracciones sea “medio necesario para cometer la otra”. La doctrina mayoritaria interpreta esta necesidad en sentido concreto, esto es, requiriendo que, en el caso específico, un delito no pueda producirse sin el otro³⁰. De no ser esto así, la relación entre el asesinato y el delito facilitado será –prescindiendo ahora de lo que se dirá en el tercer apartado respecto de los problemas concursales– la de concurso real de delitos³¹.

Por último, la pregunta (e) puede resumirse de la forma siguiente: ¿ha de requerirse que todos los requisitos analizados hasta este punto – un homicidio que se encuentre en una relación de medio-fin con otro acto típico y antijurídico al menos resuelto y todavía no consumado, ya sea propio o ajeno – exista realmente? ¿O basta con que el autor del homicidio así lo crea? La respuesta depende en este caso de cuál sea el fundamento de la agravante. Así, adoptando la tesis de que el homicidio tiene un mayor contenido de injusto por poner en peligro, además de la vida, el bien jurídico atacado por el delito cuya comisión se pretende facilitar, se hace necesario requerir la existencia objetiva de todos estos elementos. En el caso, por ejemplo, de que el autor, bajo un error inverso de prohibición, mate para facilitarse la comisión de algo que cree es un delito, pero que, en realidad, constituye simplemente una infracción administrativa, el homicidio no pondrá en peligro ningún bien jurídico-penal aparte de la vida, con lo que la agravación carecerá de fundamento. Para los

²⁶ Así también en la doctrina alemana NEUMANN, U. *ibíd.*, par. 95.

²⁷ Por el contrario, podría, en efecto, sostenerse que, cuanto más necesario o inevitable resulta para el autor dar muerte a otro para conseguir sus fines, tanto más comprensible se vuelve el homicidio y consecuentemente menos razonable la agravación, al menos desde un punto de vista intuitivo.

²⁸ Cfr. la definición del concurso medial de delitos (art. 77.1 CP).

²⁹ El Proyecto diferencia el tratamiento del concurso ideal y el concurso medial de delitos. El apartado segundo del art. 77 pasaría a establecer que “[e]n el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”. El tercero, referido al concurso medial, dispondría que “se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el Juez o Tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.”

³⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, Editorial Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, p. 659.

³¹ En consecuencia, se le impondrán al responsable todas las penas correspondientes a las diversas infracciones (cfr. art. 73 CP).

defensores de las restantes tesis en torno a la fundamentación de la circunstancia basta, por el contrario, para que la agravación esté justificada, con que el autor crea que la conducta que pretende llevar a cabo es delictiva, que el homicidio facilitará su comisión y que, con tal finalidad, efectivamente mate a otro³².

2. Problemas de fundamentación

¿Por qué aplicar una pena mayor a quien mata para facilitar la comisión de otro delito? Sólo una respuesta a esta pregunta acorde con los principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado de Derecho puede justificar la introducción de la circunstancia en el Ordenamiento. A los efectos de determinar si tal respuesta existe, se examinan en adelante las principales alternativas de justificación ofrecidas por la doctrina.

A. Agravación basada en una mayor necesidad de pena

Una primera posibilidad consiste en justificar la agravante en una mayor necesidad de pena, partiendo de las diversas funciones que ésta debe cumplir. Las alternativas que esta forma de argumentación ofrece son tantas como teorías sobre la función de la pena y sería imposible referirse a todas ellas en este trabajo³³; baste mencionar que, al no hacer referencia alguna a las categorías de la teoría jurídica del delito, no pueden sino ser ilegítimas en un Estado de libertades. Un buen ejemplo del funcionamiento de estas posturas se encuentra en la teoría de la prevención especial, de acuerdo con la cual la pena debe adecuarse a la necesidad de contrarrestar o neutralizar la peligrosidad del autor. Los defensores de una fundamentación de la agravante basada en una mayor necesidad de pena entienden que un autor que, para cumplir sus fines criminales ulteriores, es capaz de llegar al extremo de matar a otra persona es indudablemente peligroso y, por ende, debe imponérsele una pena mayor.

De conformidad con lo que se ha expuesto en el párrafo anterior, la objeción fundamental a estas posturas es que, al no fundamentar la agravación en los elementos de la teoría jurídica del delito, prescinden del límite esencial al *ius puniendi* que, en un Estado de Derecho, define la frontera entre la pena merecida o necesaria y la pena *legítima*. En este sentido, la dogmática representa la traducción a categorías teóricas –antijuridicidad,

³² Esta es precisamente la opinión dominante en Alemania (*vid.* por todos, ESER, A., *ibid.*, par. 33), donde, sin embargo, se afirma al mismo tiempo generalmente – y a nuestro juicio de manera contradictoria – que la agravación se fundamenta en la relación de injusto de la muerte con otro delito. De forma consistente con esta última idea, NEUMANN opina, en cambio, que el delito que se pretende facilitar ha de existir objetivamente (NEUMANN, U., *ibid.*, pars. 92-93). El mismo autor, no obstante, afirma en otro punto de esta obra (par. 95) que no es necesario que la muerte de la víctima facilite de hecho la comisión del otro delito, sino que basta con que el autor así lo crea. En nuestra opinión, no existen motivos para adoptar un criterio diferente respecto de la existencia objetiva del delito y la de la relación de facilitación.

³³ Nos remitimos, para un detallado análisis de estas posturas, a la primera parte de la obra ya citada de PERALTA, J.M., pp. 35-118

culpabilidad— de los principios constitucionales del hecho y la responsabilidad personal, que constituyen garantías de la libertad individual frente a la sociedad y sus necesidades de protección. Cualquier incremento de la pena que no pueda reconducirse a estas categorías no puede sino considerarse un abuso del poder punitivo estatal.

B. *Agravación basada en un mayor contenido de injusto*

En relación con las posturas que pretenden, con mayor acierto, fundamentar la agravación de la pena en las categorías de la teoría del delito, destacan, en primer lugar, las que defienden que en estas situaciones concurre (i) un incremento de la antijuridicidad basado en la puesta en peligro de otros bienes jurídicos o (ii) una ausencia total de justificación, derivada de la inexistencia de situaciones de conflicto cercanas a la legítima defensa o el estado de necesidad incompletos.

a) Puesta en peligro de otros bienes jurídicos

El homicidio que se perpetra para facilitar la comisión de otro delito presenta un mayor contenido de injusto, de acuerdo con el primer punto de vista, porque pone en peligro, además de la vida de la víctima, otros bienes jurídicos. Según la opinión dominante dentro de esta primera teoría, el injusto adicional del homicidio para facilitar la comisión de otro delito viene determinado por la conexión entre el homicidio y la otra infracción, esto es, por la puesta en peligro de la vida y, adicionalmente, de los bienes jurídicos contra los que el “otro delito” se dirige³⁴. Cierta parte de la doctrina entiende, sin embargo, que los bienes jurídicos ulteriormente afectados son la dignidad o el principio de igualdad, que se lesionan en la medida en que se instrumentaliza a la víctima para otros fines³⁵.

La principal crítica a la que este segundo grupo de autores se enfrenta es que la fundamentación del incremento de la antijuridicidad en una lesión de bienes jurídicos de significado tan sumamente indeterminado podría utilizarse, sin mayor dificultad, para la inmensa mayoría de los delitos contra las personas. Así, puede entenderse que todos los derechos fundamentales son concreciones de la dignidad humana³⁶, que *toda vulneración* de derechos fundamentales es en cierto sentido un ataque contra la dignidad de la persona. Esto es más claro aún en relación con el principio de igualdad: el autor de *cualquier delito*,

³⁴ Esta es la postura defendida en Alemania, entre otros, por KÜHL, NEUMANN o RÜPING (KÜHL, K., *ibid.*, par. 12; NEUMANN, U., *ibid.*, par. 93 y RÜPING, H. “Zur Problematik des Mordtatbestandes”, JZ, 1979, pp. 619 y ss., este último citado en PERALTA, J.M., *ibid.*, pág. 158) y en Argentina por SANCINETTI (SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 320 y ss., citado en PERALTA, J.M., *ibid.*, p. 301).

³⁵ Así fundamenta HÖRNLE el asesinato por motivos reprochables (HÖRNLE, T., *Tatproportionale Strafzumessung*, Editorial Duncker & Humblot, Berlín, 1999, p. 272, citada en PERALTA, J.M., *ibid.*, p. 159).

³⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Dignidad de la persona”, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, M. Aragón Reyes y C. Aguado Renedo (coords.), Editorial Thomson-Civitas, 2ª edición, Madrid, 2011, p. 23.

en la medida en que se arroga esferas de organización ajenas³⁷, se coloca a sí mismo en una situación injusta de superioridad sobre la víctima. Asimismo, no existe en nuestro Derecho ningún ilícito penal concreto que afecte *sólo* a la dignidad o a la igualdad, además de que, con esta forma de argumentar, no habría límites a la posibilidad de considerar legítima cualquier agravación de la pena que pudiera introducirse en el Ordenamiento jurídico-penal³⁸.

Tampoco la opinión dominante está exenta de dificultades. De acuerdo con ella, el homicidio se convertiría en asesinato por ser un *acto preparatorio* de otro delito. Desde este punto de partida, la teoría se enfrenta no sólo a los problemas generales de legitimidad que la punición de este tipo de conductas plantea³⁹, sino también a problemas de proporcionalidad de la sanción. Ello se debe a que el homicidio, cuando se contempla como acto preparatorio de otro delito, se convierte siempre en asesinato y la agravación de la pena es, por consiguiente, *fija*, sin que se le dé ninguna importancia al delito que se dirija a facilitar. Este tratamiento contrasta con el que el Ordenamiento español da, en general, a los actos preparatorios: no se castigan en relación con todos los delitos –prima, de hecho, la *excepcionalidad* de su punición⁴⁰– y cuando se castigan, su pena se define siempre por referencia a la del delito al que sirven⁴¹. Establecido esto, ¿no deberían merecer penas distintas, por ejemplo, el homicidio perpetrado para facilitar la comisión de un hurto y el perpetrado para facilitar la comisión de otro homicidio?⁴².

b) Ausencia total de justificación

Desde otra perspectiva, PERALTA⁴³ ha defendido que el asesinato para facilitar la comisión de otro delito es un caso particular de agravación por “motivos reprochables”, es decir, motivos que *normalmente* implican la ausencia absoluta de la reducción del ilícito. La postura del autor es que la muerte de un sujeto inocente, dada su gravedad, sólo puede quedar en alguna medida justificada sobre la base de alguna conducta ilícita de la propia víctima y que, en este contexto, el fin de facilitar la comisión de otro delito (de igual forma que, por ejemplo, el odio racial) funciona como *indicador* de que, *prima facie*, esta situa-

³⁷ JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho Penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 305.

³⁸ Critica estas posturas, en el mismo sentido, PERALTA, J.M., *ibíd.*, pp. 158-160.

³⁹ Véase en este sentido la primera parte de JAKOBS (JAKOBS, G., *ibíd.*, pp. 293-313). También PEÑARANDA RAMOS y PERALTA (PEÑARANDA RAMOS, E., “Delito de asesinato...”, p. 497; PERALTA, J.M., *ibíd.*, p. 301).

⁴⁰ Cfr. arts. 15.1, 17.3 y 18.2 CP.

⁴¹ De forma similar, PEÑARANDA RAMOS, E., “Delito de asesinato...”, p. 497.

⁴² Una posible respuesta a esta crítica (aunque, a nuestro juicio, no demasiado convincente) es que tales valoraciones podrían tenerse en cuenta a la hora de determinar la pena concreta dentro del amplio marco penal del asesinato.

⁴³ En su obra ya citada, *vid.* para una síntesis de su postura en general pp. 208-209 y para su aplicación concreta al homicidio para facilitar la comisión de otro delito, pp. 301-302.

ción de conflicto basada en una conducta ilícita de la propia víctima no existe. A ello se debe el que el legislador tipifique la intención de facilitar la comisión de otro delito como circunstancia de cualificación del asesinato, sin perjuicio de que, si en el caso concreto la situación de conflicto efectivamente concurre, el hecho deba calificarse como homicidio, a pesar del tenor literal de la norma.

El principal problema de esta original teoría reside, en nuestra opinión, en la dificultad de conciliarla con la relación de técnica legislativa entre homicidio y asesinato en nuestro Ordenamiento⁴⁴, en la medida en que ello implicaría afirmar que el asesinato es, al mismo tiempo, *lógico-formalmente* un tipo agravado del homicidio⁴⁵ y *materialmente* –en términos de injusto– su tipo básico⁴⁶. Además, desde esta posición la pregunta de por qué el legislador elige unas circunstancias y no otras como indicadores de la ausencia absoluta de justificación –y de por qué, además, estas circunstancias son distintas en el Derecho comparado– tiene difícil respuesta. La decisión, como admite el propio PERALTA⁴⁷, corre el riesgo de convertirse en arbitraria.

Esta dificultad no existe en otros Ordenamientos, como el británico o el austriaco, en los que el asesinato es – también en la relación de técnica legislativa – el tipo básico de los delitos contra la vida y el homicidio un tipo atenuado. La postura que se ha expuesto serviría, a nuestro modo de ver, mucho más satisfactoriamente para dar cuenta de la relación entre homicidio y asesinato en este modelo de regulación. En este sistema, además, desaparece el problema de la posible arbitrariedad en la selección de las circunstancias de cualificación, si bien lo hace a costa de una renuncia a la previsibilidad y la seguridad jurídica⁴⁸.

C. Agravación basada en una mayor culpabilidad

También en relación con las teorías que sostienen que la justificación de la agravante reside en la concurrencia de una mayor culpabilidad se distinguen dos posiciones: (i) las que parten de la presencia, en estas situaciones, de móviles “abyectos” o “especialmente reprochables” que suponen un incremento en la culpabilidad del autor que debe reflejarse en la pena y (ii) las que defienden que ciertos motivos revelan una ausencia total de exculpación del autor que justifica la aplicación de la pena máxima.

⁴⁴ Y, por lo demás, también en el argentino o el alemán, a los que PERALTA se refiere específicamente.

⁴⁵ Como correctamente afirma PEÑARANDA RAMOS, desde una perspectiva formal “el tipo básico (genérico) es aquél que viene definido por un menor número de notas o requisitos; y la formación de un tipo cualificado o privilegiado a partir de él se produce por la adición a esas características de, al menos, un nuevo elemento típico, que viene así a especificar ese tipo delictivo en orden a una agravación o atenuación de la responsabilidad” (PEÑARANDA RAMOS E., *Estudios...*, p.73).

⁴⁶ En otras palabras, la forma “plena” de ataque contra la vida, que se aplica siempre que no existan razones que justifiquen la aplicación de una pena inferior (la del homicidio).

⁴⁷ Como, de hecho, llega a admitir el propio autor (PERALTA, J.M, *ibíd.*, p. 287).

⁴⁸ PERALTA, J.M, *ibíd.*, p. 287.

a) Mayor culpabilidad por motivos especialmente reprochables

Son muchos los autores que han defendido que las motivaciones del autor que revelan un *especial desprecio* hacia los bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento son especialmente reprochables y justifican un incremento de la pena que se basa en la mayor culpabilidad que, a su juicio, de tales motivos se desprende⁴⁹. En este contexto, sostienen que quien mata para facilitar la comisión de otro delito no sólo desprecia la vida hasta el punto de destruirla, sino que la reduce a la calidad de mero instrumento supeditado a la *lesión* de otros bienes jurídicos de igual o menor valor, de forma que esta intención constituiría, sin duda alguna, un “móvil abyecto”.

Esta teoría, sin embargo, presupone dos afirmaciones incompatibles con un concepto liberal de la culpabilidad, entendida como imputación subjetiva del hecho: (i) que los motivos del autor tienen una función más allá de la de señalar reducciones en los elementos que permiten tal imputación y (ii) que la culpabilidad por sí misma, sin un incremento del injusto, puede fundamentar un incremento de la pena. La idea de culpabilidad como imputación, que compartimos, supone que su estudio únicamente indica el *punto hasta el que* se puede reprochar el ilícito penal a su autor⁵⁰, de forma que el análisis de la culpabilidad sólo puede concluir con la atenuación o exclusión de la responsabilidad por el hecho, pero *nunca* con una agravación de la misma⁵¹.

Además, aun prescindiendo del concepto garantista de culpabilidad y asumiendo alguna de las posturas que parten de la misma como reproche a la actitud interna del autor (*Gesinnungsschuld*), la teoría se enfrentaría todavía a una inconsistencia, a nuestro juicio, determinante: ¿por qué debe constituir un ilícito *penal* el hecho que se pretende facilitar con la conducta homicida y no, por ejemplo, e incluso con mayor razón, un ilícito administrativo o de cualquier otro carácter?⁵² En tal situación, se estaría reduciendo el valor de la vida a la calidad de mero instrumento supeditado a la lesión de bienes que ni siquiera son lo suficientemente relevantes como para que el Derecho penal decida protegerlos. ¿No sería esta actitud interna mucho más “reprochable”?

b) Ausencia total de exculpación (o posibilidad de imputación personal plena de la muerte)

Antes que PERALTA, ya PEÑARANDA RAMOS⁵³ elaboró, en relación con el asesinato con alevosía y por precio, recompensa o promesa, una teoría que presenta ciertos

⁴⁹ Para una exposición detallada de estas posturas, véase PERALTA, J.M., *ibid.*, pp. 175 y ss.

⁵⁰ Así, SCHÜNEMANN, B., “Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland” en *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, H.J. Hirsch y T. Weigend (coords.), Editorial Duncker & Humblot, Colonia, 1989, p. 160 (citado en PERALTA, J.M., *ibid.*, p. 193).

⁵¹ PERALTA, J.M., *ibid.*, p. 193.

⁵² PEÑARANDA RAMOS, E., “Delito de asesinato...”, p. 497.

⁵³ En *Estudios...*, pp. 265 y ss.

paralelismos con la del primero. La construye, sin embargo, desde la perspectiva de la culpabilidad, no del injusto. PEÑARANDA RAMOS parte de la base de que “los homicidios se cometen en muy variados contextos de interacción social y reflejan grados de responsabilidad muy distintos”. En este sentido, tanto la circunstancia de alevosía como la de precio, recompensa o promesa pueden ser interpretadas “como el resumen de un conjunto de indicadores de que el contexto en el que se realiza la acción de matar y en particular las relaciones existentes, en su caso, entre el autor y la víctima no arrojan una luz más favorable sobre la acción injusta que aquél ha realizado. [...] En cualquier caso, ni el precio ni la alevosía añaden ningún desvalor al hecho que vaya más allá de la muerte, sino que son condiciones o requisitos legales relativos al contexto del hecho para que pueda abrirse paso la imputación completa del injusto de matar que el artículo 139 del Código Penal establece”⁵⁴.

A diferencia del caso del asesinato para evitar que otro delito se descubra, como se expondrá más adelante, no hay dificultades para reconducir el móvil de facilitar la comisión de otro delito a esta teoría⁵⁵. En este caso, el autor actúa por un motivo nulo desde el punto de vista de la exculpación: aunque pudiera considerarse normal e incluso frecuente *en sentido psicológico* que una persona cegada por el deseo de facilitar la comisión de un crimen esté dispuesta a matar para conseguirlo, en ningún caso es esta una motivación comprensible *en sentido normativo*⁵⁶. Así, no podría hablarse en este caso ni de una imputabilidad reducida, ni de una menor exigibilidad de la conducta conforme a Derecho.

El principal problema de esta teoría es, de nuevo, la dificultad para conciliarla con la relación de técnica legislativa que existe en el Ordenamiento español entre el homicidio y el asesinato. Resurge igualmente la pregunta de por qué son específicamente éstas y *no otras* las circunstancias de cualificación del asesinato. Cabe remitirse, en este sentido, a todo lo dicho anteriormente en relación con la postura de PERALTA.

3. Problemas concursales

La figura del asesinato para facilitar la comisión de otro delito plantea, por último, importantes problemas concursales que dificultan su aplicación. Éstos surgen cuando el delito cuya comisión se pretende facilitar alcanza, al menos, la fase de tentativa o acto preparatorio punible, son independientes de que los autores de ambos delitos coincidan y sólo se perciben si se entiende, de acuerdo con la opinión más extendida, que la intención de encubrir aporta un desvalor añadido al homicidio que justifica el paso al tipo penal del

⁵⁴ Frente a este asesinato, que sería el “asesinato en sentido estricto” se encontraría, de acuerdo con el autor, el caso del ensañamiento, que sí que añade un desvalor objetivo al hecho de causar la muerte. En este sentido, aquél no es “propriadamente un asesinato con ensañamiento, sino un homicidio con ensañamiento, cuya pena se equipara, no obstante, a la del asesinato” (PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios...*, p. 268).

⁵⁵ Como sugiere el propio PEÑARANDA RAMOS en “Delito de asesinato...” p. 501.

⁵⁶ Por la sencilla razón de que el Ordenamiento no puede condenar una serie de conductas y, al mismo tiempo, atenuar la pena basándose en un deseo imperioso de cometerlas.

asesinato y que tal desvalor se basa en la existencia de una conexión de injusto entre el homicidio y el otro delito.

Como ya se ha expuesto, en este caso el asesinato para facilitar la comisión de otro delito equivale a un *acto preparatorio* del mismo: el paso de homicidio a asesinato se fundamenta en la puesta en peligro anticipada de los bienes jurídicos que el otro delito lesionará o pondrá en peligro más directamente. En estas circunstancias, si además de aplicar la agravante, se castiga la autoría o participación del autor de la muerte en el segundo delito, se estará vulnerando el principio *non bis in idem* en tanto en cuanto la puesta en peligro de los mismos bienes jurídicos se estará teniendo en cuenta dos veces. Para evitarlo, cuando se castiga en alguna medida (es decir, al menos como acto preparatorio punible o como tentativa) la autoría o participación del autor de la muerte en el segundo delito, la circunstancia que convertiría el homicidio en asesinato debe quedar *consumida* en él, del mismo modo en que se resuelve el concurso entre la norma que tipifica el acto preparatorio de un delito y la que castiga ese mismo delito consumado⁵⁷. En este caso, en consecuencia, el autor debe ser declarado responsable, a lo sumo, de la autoría de un *homicidio* y de la autoría de o participación en el segundo delito en cualquier grado de ejecución⁵⁸.

De acuerdo con la argumentación expuesta, si A mata a B, habitante de una casa, para facilitar la sustracción de sus efectos personales, que pasa a llevar a cabo, de acuerdo con la opinión dominante A estaría lesionando la vida y *poniendo en peligro la propiedad* de B, por lo que la muerte no merece la calificación de simple homicidio, sino de asesinato para facilitar la comisión de un delito contra la propiedad. Igualmente, A ha *lesionado la propiedad* de B y debería ser castigado, en consecuencia, como autor del correspondiente delito contra la propiedad. No obstante, de esta forma la puesta en peligro del bien jurídico “propiedad” se tiene en cuenta por partida doble. Así, el respeto al principio *non bis in idem* exigiría que A fuera castigado únicamente como autor de un simple homicidio y del correspondiente delito contra la propiedad.

III. EL ASESINATO PARA EVITAR QUE OTRO DELITO SE DESCUBRA

1. Problemas interpretativos

Algunas de las dificultades de interpretación que plantea el asesinato para evitar que otro delito se descubra son comunes con las del asesinato para facilitar la comisión de otro

⁵⁷ Coincidimos en este sentido con MOLINA FERNÁNDEZ y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 28 de marzo de 2001 que cita (MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Concursos...”, p. 332) en que, en estos casos, el criterio del art. 8 CP que ha de emplearse para resolver el concurso de leyes es el de consunción (apartado 3º) y no, como defiende la opinión dominante (véase MIR PUIG, *ibid.*, p. 665), el de subsidiariedad (apartado 2º), aunque la cuestión es ciertamente muy discutible. En cualquier caso, el resultado que se alcanza con cualquiera de los dos criterios es exactamente el mismo.

⁵⁸ En su caso, y sólo si existe la relación objetiva de medio *necesario-fin*, en relación de concurso medial.

delito y deben recibir la misma respuesta. Así, en primer lugar, no se hace distinción alguna entre que el delito que se pretende encubrir sea propio o de un tercero⁵⁹. Basta, por otro lado, por las mismas razones antes aducidas, con que pretenda encubrirse un delito entendido como acto penalmente típico y antijurídico⁶⁰. Por último, sólo desde una fundamentación de la agravante basada en un mayor contenido de injusto del homicidio, por la lesión, además de la vida de la víctima, de los intereses estatales de administración de justicia⁶¹, ha de requerirse la existencia objetiva tanto del delito encubierto como de una relación funcional de encubrimiento entre éste y el homicidio, en el sentido que se expondrá más adelante en este apartado. Desde el resto de fundamentaciones, bastaría, en cambio, con que el autor del homicidio así lo creyera.

Sin embargo, esta forma de asesinato plantea, al menos, tres cuestiones hermenéuticas que aún no han sido abordadas en este trabajo en relación con el caso anterior o que, habiendo sido tratadas, merecen una respuesta diferente: (a) ¿En qué punto del *iter criminis* ha de encontrarse este “otro delito” para que pueda apreciarse la agravante? ¿Agrava también la intención de evitar que se descubra una tentativa o un acto preparatorio punible? (b) ¿Qué significa querer “evitar que se descubra *un delito*”? ¿Incluye la intención de ocultar la autoría o participación de una persona determinada cuando el hecho ya se conoce? Por último (c) ¿qué relación existe entre esta figura y el encubrimiento típico de los arts. 451 y ss. del CP?

A la primera pregunta, (a), ha de responderse, a nuestro juicio, que basta con que el delito que se pretenda ocultar haya alcanzado cualquier punto *punible* del *iter criminis*, de manera que podría apreciarse la agravante con base en la intención de encubrir una simple tentativa⁶² o incluso una preparación punible, siempre que la comisión se haya *interrumpido*⁶³. Esta interrupción, un distanciamiento bastante de la infracción inicial respecto del homicidio posterior que permita hablar de “otro” delito de manera conforme con el principio de legalidad, es esencial en lo que a la apreciación de esta agravante atañe. Así, por ejemplo, no podría apreciarse la circunstancia en comisión por omisión cuando el autor lesiona a la víctima y huye acto seguido, con dolo –al menos eventual– de que muera, para evitar que

⁵⁹ Así lo entiende también la doctrina alemana. *Vid.* en este sentido, ESER, A., *ibid.*, par. 32; KÜHL, K., *ibid.*, par.12 y NEUMANN, U., *ibid.*, par. 91.

⁶⁰ Nótese que, en este caso, a diferencia del anterior, es concebible que una persona pretenda encubrir sus propios delitos aunque no pueda considerársele culpable de los mismos.

⁶¹ Esta segunda modalidad de homicidio *criminis causae* no puede concebirse como acto preparatorio de un delito ulterior, debido a que, como más adelante se examinará, en este caso el hecho ha llegado ya, al menos, a un estadio punible del *iter criminis* y lo que se pretende es evitar su descubrimiento. El bien jurídico afectado es, por tanto, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, los intereses estatales en la administración de justicia.

⁶² Así también NEUMANN, U., *ibid.*, par. 91.

⁶³ Como el delito de encubrimiento, esta forma de asesinato no puede llevarse a cabo, en nuestra opinión, sin interrumpir la comisión de la infracción cuyo encubrimiento se pretende. Véase, en lo que al delito de encubrimiento se refiere, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 28 de marzo de 2001 antes citada.

lo delate⁶⁴. Tampoco, de acuerdo con la jurisprudencia alemana⁶⁵, cuando el autor mata a la víctima para evitar que se descubra una tentativa de homicidio que, de manera inmediatamente anterior, ha llevado a cabo contra ella. Nótese que en ambos casos podríamos apreciar lo que la doctrina ha denominado una “unidad natural de acción”⁶⁶.

En cuanto a la pregunta (b), no parece demasiado extensiva la interpretación de que la circunstancia no sólo debe aplicarse en los casos en los que tanto el hecho como la identidad de las personas que en él han intervenido como autores o partícipes es desconocida, sino también a los casos en los que sólo se intenta dificultar que se descubra uno de estos dos extremos, destruyendo o inhabilitando posibles pruebas. Excedería, sin embargo, el tenor literal del tipo considerar que podría aplicarse al caso en el que tanto el hecho como sus intervinientes son conocidos y éstos cometen un homicidio para facilitar la huida, a pesar de la posible identidad del fundamento de la agravación en ambos casos.⁶⁷

Por último, dadas las evidentes similitudes entre ambas figuras, debe analizarse, (c), la relación existente entre el asesinato para evitar que otro delito se descubra y el delito de encubrimiento, además de determinarse los casos en los que el primero puede llegar a ser un *caso típico* del segundo –supuestos que volverán a abordarse más adelante al tratar los problemas concursales.

Lo primero que ha de afirmarse al respecto es que, al menos aparentemente, la posible nueva circunstancia de cualificación del asesinato es *más extensa* que el encubrimiento típico, en el sentido de que puede aplicarse a un espectro mayor de sujetos⁶⁸. Además, el artículo 451 CP restringe el encubrimiento típico a las conductas de: 1º Auxiliar a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio; 2º Ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito para impedir su descubrimiento; 3º Ayudar a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse de su busca y captura, siempre y cuando, en este tercer caso: bien a) el hecho encubierto pertenezca a una lista taxativa de delitos enumerados por el propio artículo⁶⁹, o bien b) el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas.

⁶⁴ NEUMANN, U., *ibíd.*, par. 108.

⁶⁵ Remitimos a la citada en NEUMANN, U., *ibíd.*, par. 108.

⁶⁶ *Vid.* MIR PUIG, S., *ibíd.*, pp. 641 y ss.

⁶⁷ De esta misma forma se interpreta, de acuerdo con NEUMANN, la *Verdeckungsabsicht* del Código Penal alemán (NEUMANN, U., *ibíd.*, par. 99).

⁶⁸ El encubrimiento es impune para todo aquel que haya intervenido en el delito encubierto (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1995, 1 de marzo de 1996 y 24 de enero de 1998, todas citadas en CANCIO MELIÁ, M., *ibíd.*, p. 1472) y – salvo en el caso del auxilio a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito – “para los [encubridores] que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados” (art. 454 CP).

⁶⁹ “[T]raición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la

De ello todo ello se infiere que el ámbito de aplicación de ambos tipos sólo es susceptible de coincidir para las modalidades segunda y tercera del encubrimiento, en la medida en que se satisfagan sus requisitos típicos⁷⁰, y siempre que el autor del homicidio no haya intervenido en el delito encubierto ni sea familiar de un interviniente, con los límites que el artículo 454 CP establece.

2. Problemas de fundamentación

Las alternativas de fundamentación de esta agravante son, básicamente, las mismas examinadas ya en relación con el asesinato para facilitar la comisión de otro delito⁷¹. En este caso, no obstante, su pertinencia plantea más dificultades, de forma que, por ejemplo, en el Derecho alemán se han ido proponiendo diferentes restricciones de apreciación, que acaban por otorgarle un ámbito prácticamente coincidente con el de alevosía tal y como los tribunales españoles la entienden. Así, por ejemplo, se requiere que el hecho en su conjunto no responda a una singular relación de conflicto entre el autor y la víctima o que medie una especial deliberación o planificación (*Überlegung*) de la conducta homicida con respecto al delito que se quiere encubrir⁷².

A. Agravación basada en una mayor necesidad de pena

En relación con las teorías que pretenden fundamentar la agravante basándose en una mayor necesidad de pena sin hacer referencia alguna a las categorías de la teoría jurídica del delito, cabe remitirse en todo a lo expuesto *supra* en relación con el asesinato para facilitar la comisión de otro delito, habida cuenta de que la argumentación es idéntica en ambos supuestos⁷³.

Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos”.

⁷⁰ Observando el tenor literal del tipo, esto podría ser especialmente complejo en el caso de la segunda modalidad del encubrimiento pues, aunque el elemento de finalidad se expresa en términos muy similares (“para impedir su descubrimiento”), sería necesario poder afirmar que matar a la víctima es equivalente a “ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito”. Sin embargo, la amplia interpretación del tipo que lleva a cabo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo rebaja en buena medida estas dificultades (*vid.* CANCIO MELIÁ, M., *ibíd.*, p. 1473).

⁷¹ Lo que no implica necesariamente que los autores que se acojan a una postura al fundamentar la agravación en el asesinato para facilitar la comisión de otro delito adopten la misma en relación con el asesinato para evitar que se descubra. NEUMANN, por ejemplo, no cree que ambas presenten el mismo fundamento (NEUMANN, U., *ibíd.*, par. 90).

⁷² *Vid.* en este sentido, NEUMANN, U., *ibíd.*, par. 109; PEÑARANDA RAMOS, E., “Delito de asesinato...”, p. 499; y PERALTA, J.M., *ibíd.*, pp. 302-303.

⁷³ Tendemos a incluir en este grupo, aunque con ciertas dudas, pues no destaca, en este punto, por su claridad, la postura de NEUMANN, que fundamenta la agravación en “la especial peligrosidad de la situación, que resulta del intento de sustraerse de la responsabilidad penal, aun a costa de la destrucción de una vida

B. Agravación basada en un mayor contenido de injusto

a) Puesta en peligro de otros bienes jurídicos

La agravación puede tratar de fundamentarse igualmente en la apreciación de un mayor contenido de injusto, por lesionar una conducta homicida de este tipo otros bienes jurídicos además de la vida de la víctima. Respecto de la posibilidad de que tales bienes sean la dignidad humana o el principio de igualdad, nada cambia respecto a lo ya dicho *supra* en relación con ella. La opinión dominante es, sin embargo, que esta modalidad de homicidio *criminis causae* lesiona, además de la vida, los intereses estatales de administración de justicia como bien jurídico colectivo⁷⁴.

De acuerdo con una de las principales críticas que se dirigen contra esta teoría, el bien jurídico “administración de justicia” no tiene la suficiente entidad como para que su lesión justifique el paso del marco penal del homicidio al del asesinato⁷⁵. Esto, que en nuestra opinión es cierto, debería llevar a los autores que lo sostienen –y no siempre lo hace⁷⁶– a rechazar también una fundamentación objetiva del asesinato para facilitar la comisión de otro delito basada en la puesta en peligro anticipada de los bienes contra los que este otro delito atentaría, pues nada impide que uno de esos bienes sea, precisamente, la administración de justicia⁷⁷.

Más allá de ello, si el fundamento de la agravación fuera realmente una lesión de los intereses estatales de administración de justicia, habría que superar otro evidente problema de proporcionalidad de la sanción: la pena que se asigna en nuestro Ordenamiento al delito de encubrimiento, tipo penal que más claramente se asemeja a la agravante objeto del presente análisis, depende siempre de la pena señalada al delito encubierto, de forma que nunca puede imponerse al encubridor una pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto (cfr. art. 452 del CP). Por el contrario, en el asesinato para evitar que otro delito se descubra el incremento de la pena respecto del homicidio es constante: no depende en absoluto de cuál sea la pena asignada al delito que se pretende encubrir.

b) Ausencia total de justificación

En lo que a la ausencia total de justificación respecta, destaca de nuevo PERALTA, en cuya opinión –ya expuesta en relación con el asesinato para facilitar la comisión de otro delito– el fundamento de la agravante reside en su funcionamiento como indicador de una

humana. Con vistas a la necesidad de una protección preventivo-general de bienes jurídicos, puede conciliarse con el principio de culpabilidad la cualificación del homicidio en asesinato” (NEUMANN, U., *ibíd.*, par. 98).

⁷⁴ Esta es la postura defendida en Alemania por KÜHL y por RÜPING (KÜHL, K., *ibíd.*, par. 12; RÜPING, H., “Zur Problematik des Mordtatbestandes”, JZ, 1979, pp. 619 y ss., citado en PERALTA, J.M., *ibíd.*, p. 158).

⁷⁵ Así, NEUMANN, U., *ibíd.*, par. 97 y PEÑARANDA RAMOS, E., “Delito de asesinato...”, p. 498.

⁷⁶ No, al menos, como ya se dijo, en el caso de NEUMANN.

⁷⁷ Piénsese, por ejemplo, en un homicidio para facilitar la comisión de un quebrantamiento de condena (arts. 468 y ss. CP).

ausencia total de justificación en el hecho⁷⁸. El principal problema que esta teoría presenta es, una vez más, la ya analizada dificultad de conciliarla con la técnica legislativa del CP español y el hecho de que existan circunstancias de cualificación taxativas que determinen el paso del homicidio al asesinato.

C. Agravación basada en una mayor culpabilidad

a) Mayor culpabilidad por motivos especialmente reprochables

De conformidad con lo ya expuesto *supra*, el principal problema de estas teorías es, en nuestra opinión, que parten de una concepción de culpabilidad basada en el reproche a la actitud interna del autor (*Gesinnungsschuld*) insostenible en el Derecho penal liberal. No obstante, aun prescindiendo de estas críticas, es muy discutible que la intención de impedir que otro delito se descubra pueda reconducirse a la teoría de los “móviles abyectos”, como se ha hecho con la intención de facilitar su comisión. Antes al contrario, al menos para el caso en el que un autor o un partícipe pretenden evitar el descubrimiento de su propia actividad delictiva, lo más razonable parece sostener que su culpabilidad al matar se halla *atenuada*, no agravada⁷⁹.

Existe, pues, una diferencia fundamental entre matar con intención de facilitar la comisión de un delito ulterior y hacerlo para encubrir un delito previo: si bien en ambos casos es claro que el autor *instrumentaliza* la vida de la víctima para lograr sus propios fines, cuando mata para evitar el descubrimiento de un delito lo hace desde una situación de *conflicto* que hace *normativamente comprensible* la motivación encubridora. En el homicidio con intención de facilitar la comisión de otro delito, la vida de la víctima se interpone entre el autor y su meta de *lesionar otros bienes jurídicos*, finalidad que, evidentemente, el Ordenamiento no protege. Sin embargo, cuando el autor ha cometido ya el delito (o ha participado en él), la vida de la víctima entra en conflicto con el deseo del primero de *proteger otros bienes jurídicos* también valorados por el Ordenamiento, como su propia libertad. Esta situación de conflicto, si bien *no justifica* en absoluto la conducta del autor, sí puede, a nuestro juicio, *atenuar su culpabilidad*⁸⁰.

⁷⁸ PERALTA, J.M., *ibíd.*, pp. 202-203.

⁷⁹ En este mismo sentido crítica NEUMANN (par.37, 97 y 99), con razón, que la jurisprudencia reconduzca en ocasiones al asesinato “por motivos bajos” (*aus niedrigen Beweggründen*) los casos de motivación encubridora que, dadas las restricciones introducidas por ella misma en la interpretación de esta circunstancia, no podrían considerarse asesinatos para encubrir otro delito (NEUMANN, U., *ibíd.*, pars. 37, 97 y 99). Al contrario opina, en cambio, ESER (ESER, A., *ibíd.*, par. 32).

⁸⁰ Sostiene la opinión contraria PERALTA, que argumenta que existiría aquí “un paralelismo con el instituto de la *actio libera in causa* en la que si el autor se coloca dolosamente en la situación de perder su culpabilidad no puede luego reclamar una atenuación basada en ella” (PERALTA, J.M., *ibíd.*, pág. 303). Esta idea, empero, no consigue explicar la situación en que el autor del homicidio y el del delito encubierto son personas distintas, aunque especialmente cercanas, como se explicará *infra*, ni la situación en que el delito encubierto es un delito imprudente.

Mayores dificultades plantea el caso de los terceros que matan para evitar que se descubra el delito de otro sin haber intervenido en él como coautores ni como partícipes. Creemos que puede afirmarse, sin embargo –más allá de casos completamente excepcionales y cuya cabida en el tipo resulta, además, dudosa⁸¹– que también en este caso concurren por lo general situaciones de conflicto en las que la exigibilidad de la conducta conforme a Derecho queda reducida. Ello es así en la medida en que quien desea evitar que el delito de otro se descubra normalmente otorga un valor importante a los bienes jurídicos de quien ha cometido el crimen⁸².

b) Ausencia total de exculpación (o posibilidad de imputación personal plena de la muerte)

Por los mismos motivos ya expuestos, tampoco es posible reconducir la intención de evitar que otro delito se descubra a la teoría de PEÑARANDA RAMOS sobre el valor de la alevosía y el precio, recompensa o promesa en el delito de asesinato. De acuerdo con la opinión ya analizada del autor, estas circunstancias funcionan como indicadores de la existencia de contextos en los que la culpabilidad del autor no se haya en absoluto reducida, de forma que puede imputársele plenamente el injusto de haber causado la muerte de otro⁸³. De acuerdo con la opinión aquí defendida, sin embargo, la circunstancia objeto de estudio actúa, precisamente, de un modo opuesto al descrito por PEÑARANDA RAMOS para la alevosía y el precio, recompensa o promesa: lo hace como indicador de un contexto en el que la culpabilidad estará reducida en el plano de la exigibilidad, aun cuando esta idea pueda discutirse en relación con cada caso concreto.

3. Problemas concursales

En lo que a su aplicación se refiere, la figura del asesinato para evitar que otro delito se descubra plantea igualmente complejos problemas concursales que, como ocurría con el asesinato para facilitar la comisión de otro delito, acaban reduciendo su ámbito de aplicación no lesiva del principio *non bis in idem* a un grupo muy reducido de casos. En relación con esta modalidad, de nuevo, estos problemas sólo se perciben si se entiende, con la opinión

⁸¹ Un ejemplo podría ser el del padre cuya hija ha sido violada y, para evitar que se descubra este hecho, y con ello que la familia quede “deshonrada”, la mata. En este caso, ciertamente, no se presenta para el padre un conflicto entre bienes valorados por el Derecho, en la medida en que no se motiva en absoluto por el hecho de librar al violador de su hija de una pena. Sin embargo, resulta dudoso que estos casos puedan caber en el tenor de la circunstancia: aquí, que el hecho que el padre pretende evitar que se descubra sea un *delito* es puramente casual. En este sentido, el padre no está motivado estrictamente por “evitar que otro *delito* se descubra”. De hecho, si pudiera lograr que el delito y su autor *se descubrieran* sin que ello redundara en una “deshonra” para su apellido, probablemente lo haría.

⁸² De acuerdo con CANCIO MELIÁ, en ello precisamente se fundamenta la excusa absolutoria del art. 454 del CP, que declara impune el encubrimiento para los familiares de los intervinientes en el delito encubierto (CANCIO MELIÁ, M., *ibíd.*, p. 1472).

⁸³ PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios...* pp. 265 y ss.

dominante, que el desvalor añadido que la intención de encubrir aporta al homicidio para cualificarlo como asesinato consiste en una lesión del bien jurídico colectivo “administración de justicia”.

Tales dificultades se plantean, básicamente, en dos situaciones: (a) cuando el autor del homicidio es, a su vez, autor o partícipe del delito encubierto y (b) cuando el asesinato para evitar que otro delito se descubra cumple los requisitos del tipo de encubrimiento.

A. *Homicidio para el auto-encubrimiento*

En nuestra opinión, es posible defender que el Ordenamiento español tiene en cuenta, al determinar el marco penal de cada infracción, la lesión del bien jurídico “administración de justicia” que, por lo general, llevarán a cabo los intervinientes en el delito que, tras cometerlo, querrán eludir sus consecuencias penales. Podría argumentarse, de este modo, que hay una *parte de la pena* de cada delito que se corresponde con el desvalor inherente a la obstrucción de la administración de justicia que *típicamente lo acompañará*. La existencia de una circunstancia atenuante que consiste, precisamente, en que el autor confiese la infracción ante las autoridades⁸⁴ apoya esta conclusión: cuando, en el caso concreto, el delito cometido no es seguido por un ataque a la administración de justicia en forma de auto-encubrimiento, una parte de la pena simplemente desaparece⁸⁵.

Si se admite este razonamiento de partida y se acepta, además, que el fundamento de la cualificación del homicidio en asesinato es, para la circunstancia que aquí se analiza, una lesión de la administración de justicia como bien jurídico colectivo, entonces resulta muy difícil justificar, con respeto al principio *non bis in ídem*, que se castiguen a la vez el delito encubierto y el ataque contra la vida cualificado por la intención de impedir que ese otro delito se descubra. La solución correcta parece ser, por el contrario, que la aportación de desvalor de la circunstancia de cualificación al homicidio siga el principio de los actos posteriores co-penados⁸⁶ y quede consumida por el delito previo. En consecuencia, el autor debería ser castigado, a lo sumo, por el delito cuyo descubrimiento pretendía evitar en concurso real con un simple homicidio.

⁸⁴ Cfr. art. 21.4º CP.

⁸⁵ Otro argumento a favor de esta idea es la impunidad del delito de encubrimiento para los intervinientes en el delito encubierto (cfr. art. 451 CP).

⁸⁶ Los actos posteriores impunes, o mejor, co-penados “son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero que quedan consumidos por otro delito al cual siguen. La razón es que tales actos constituyen una forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior ni aumentan el daño producido por el mismo.” (MIR PUIG, S., *ibid.*, pág. 667). “Es el caso, por ejemplo, de los actos de receptación cuando son cometidos por quien previamente ha participado como autor o como cómplice del delito contra la propiedad” (MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Concursos...”, p. 333). Si esto se admite respecto de los actos de auto-receptación, no creemos que haya problema alguno en argumentar de forma análoga en relación con los actos de auto-encubrimiento.

De acuerdo con la argumentación expuesta, por tanto, si A mata a B y acto seguido también al único testigo de la muerte, C, para evitar que lo delate como autor, y se condena a A por el homicidio de B y del asesinato de C, se estará valorando dos veces la lesión del bien jurídico “administración de justicia”: la primera, al imponerle la pena completa por el homicidio de B, que de conformidad con los argumentos analizados *supra* ya tiene en cuenta tal lesión, y la segunda, al calificar como asesinato la muerte de C, en la medida en que el fundamento de la agravación reside precisamente en el ataque a aquellos intereses. En consecuencia, para no vulnerar el principio *non bis in ídem*, el desvalor que la intención de evitar el descubrimiento del homicidio de B aporta a la muerte de C debería quedar consumido en el homicidio de B y A debería ser considerado responsable de dos homicidios.

Pertenece a este grupo de situaciones el caso particularmente problemático de quien, tras cometer un delito contra la libertad sexual, mata a su víctima para evitar que el delito se descubra. Concurrirían, en esta situación, dos de las nuevas circunstancias de cualificación de asesinato propuestas en el Proyecto: la intención de evitar que otro delito se descubra –que supondría el paso del homicidio al asesinato– y el carácter subsiguiente del hecho a un delito contra la libertad sexual que el autor ha cometido sobre la víctima –que supondría la aplicación de la pena de prisión permanente revisable. En consecuencia, el autor debería ser condenado, en principio, por el delito sexual cometido en concurso real con un asesinato “hipercualificado”. Con independencia de cuál sea el fundamento de esta segunda agravación de la pena, cuestión que no es objeto del presente trabajo, la calificación penal de los hechos que *a priori* parece corresponder resulta insostenible. Por las mismas razones antes aducidas, la muerte de la víctima no podría ser calificada como asesinato sin vulnerar el principio *non bis in ídem*; la circunstancia de cualificación debería quedar consumida en el delito sexual a modo de un acto posterior co-penado. La calificación correcta, sería, pues, en este caso, la de homicidio agravado por la concurrencia de una de las circunstancias del apartado 1 del art. 140 CP (art. 138.2.a PR) en concurso real con el delito sexual.

B. Asesinato para encubrir y encubrimiento típico

La segunda situación que plantea problemas concursales engloba aquéllas en las que el asesinato para evitar que otro delito se descubra cumple, a la vez, el tipo de encubrimiento del art. 451 CP. Como se ha dicho al abordar el problema interpretativo (c), esto sólo puede ocurrir en las modalidades segunda y tercera del delito de encubrimiento, en tanto en cuanto se satisfagan sus requisitos típicos y siempre que el autor del homicidio no haya intervenido en el delito encubierto ni sea familiar de un interviniente, con los límites establecidos el art. 454 CP.

En estas situaciones, partiendo de la base de que tanto la punición del encubrimiento típico como el paso del homicidio al asesinato se fundamentan en una lesión de la “administración de justicia” como bien jurídico colectivo, castigar al autor a la vez como encubridor y como asesino constituiría una manifiesta violación del principio *non bis in ídem*. Habría

que calificar la situación, por tanto, como un concurso de leyes entre la circunstancia de cualificación de asesinato y el encubrimiento, que debe resolverse, a nuestro juicio, aplicando el principio de especialidad (artículo 8.1 CP) en favor del segundo. El autor podría ser condenado, en consecuencia, por un delito de encubrimiento en concurso ideal con un simple homicidio⁸⁷.

IV. CONCLUSIÓN

Las cuestiones apuntadas en este trabajo conducen a la conclusión, como mínimo, de la proyectada introducción en nuestro Derecho de estas nuevas circunstancias no será pacífica. Si el pre-legislador no se planteara su supresión y prosperara la Reforma incluyéndolas, quedaría para el legislador el difícil problema al que la Exposición de Motivos del Proyecto no ha dado respuesta: su justificación tanto desde un punto dogmático como político-criminal. Un problema para el que no parece haber solución.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CANCIO MELIÁ, M., “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Memento Práctico Penal 2011*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1463-1503.
- ESER, A., “StGB § 211 Mord” en *Kommentar zum StGB*, A. Schönke y C. Schröder (coords.), Editorial CH Beck, 28ª edición, Múnich, 2010.
- JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, trad. de E. Peñaranda Ramos, C. J. Suárez González y M. Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- KÜHL, K., “StGB § 211 Mord”, en *Kommentar zum StGB*, K. Lackner y K. Kühl (coords.), Editorial CH Beck, 27ª edición, Múnich, 2011.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, Editorial Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Autoría y participación delictiva”, en *Memento Práctico Penal 2011*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 295-317.
- “Concursos de leyes y de delitos”, en *Memento Práctico Penal 2011*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 329-339.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, 18ª edición, Valencia, 2010.

⁸⁷ De nuevo, no queda aquí espacio para la opción de resolver el concurso de leyes por alternatividad (art. 8.4 CP) y castigar por asesinato, sin tener en cuenta el encubrimiento, pues el propio art. 8 CP configura este criterio como subsidiario a todos los demás.

NEUMANN, U., “StGB § 211 Mord”, en *NOMOS-Kommentar zum StGB*, U. Kindhäuser, U. Neumann, y H. U. Paeffgen (coords.), Editorial Nomos, 4ª edición, Baden-Baden, 2013.

PEÑARANDA RAMOS, E. “Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP”, en *Estudio Crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, F.J. Álvarez García. (dir.) y J. Dopico Gómez-Aller. (coord.), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 486-509.

- *Estudios sobre la distinción homicidio-asesinato*, aún inédito.

PERALTA, J.M., *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 300.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Dignidad de la persona”, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, M. Aragón Reyes y C. Aguado Renedo (coords.), Editorial Thomson-Civitas, 2ª edición, Madrid, 2011, pp. 21-23.

