



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LA ALEVOSÍA EN EL DELITO DE ASESINATO. APARENTES CONFLICTOS TRAS LA REFORMA DE 2015

**The malice aforethought in the crime of murder. Apparent
conflicts after the 2015 reform**

Autor

Carlos Ansó de Miguel

Directora

Estrella Escuchuri Aisa

Facultad de Derecho
Junio 2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
I. INTRODUCCIÓN	1
II. CUESTIONES PREVIAS: ¿QUÉ ES EL ASESINATO? ¿QUÉ ES EL ASESINATO ALEVOSO?.....	1
III. CONCEPTO DE ALEVOSÍA	8
3.1. Concepto general	8
3.2. Compatibilidad con el dolo eventual.....	10
3.3. Alevosía sobrevenida.....	12
IV. CLASES DE ALEVOSÍA	14
4.1. Alevosía proditoria	16
4.2. Alevosía sorpresiva, súbita o inopinada	18
4.3. Alevosía por prevalimiento o desvalimiento	27
4.4. La denominada alevosía convivencial o doméstica.....	31
V. CUASIALEVOSÍA Y COMPATIBILIDAD DE LA ALEVOSÍA CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS	
ATENUANTES Y AGRAVANTES	32
5.1. Diferencias entre la alevosía y el abuso de superioridad	32
5.2. Compatibilidad de la alevosía con otras circunstancias atenuantes y agravantes	34
VI. EL ASESINATO ALEVOSO Y EL TIPO AGRAVADO DE HOMICIDIO POR LA MUERTE DE UN	
 MENOR DE DIECISÉIS AÑOS O PERSONA ESPECIALMENTE VULNERABLE POR RAZÓN DE EDAD,	
 ENFERMEDAD O DISCAPACIDAD	36
VII. LA HIPERCUALIFICACIÓN DEL ASESINATO DEL ART 140.1.1º CP EN CASO DE VÍCTIMAS	
 VULNERABLES: ¿PROBLEMAS DE <i>BIS IN IDEM</i>?	38
VIII. CONCLUSIONES	47
IX. BIBLIOGRAFÍA	50
X. JURISPRUDENCIA CITADA	52

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
Cit.	citado
Coord.	Coordinador/a
CP	Código penal
Dir.	Director/a
LO	Ley orgánica
Núm.	Número
Núm. Marg	Número marginal
p.	página
pp.	páginas
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TSJCYM	Tribunal Superior de Justicia de Castilla y la Mancha

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo está dedicado al estudio del delito de asesinato y concretamente a su modalidad alevosa. El objetivo es analizar el asesinato alevoso prestando especial atención a la forma en la que ha sido definido o transformado por las recientes modificaciones del CP. Se hará un análisis detallado, sobre todo desde una perspectiva jurisprudencial, no solamente de las características de la alevosía aplicada al delito de asesinato, sino también de todos aquellos factores que ponen en conflicto su significado y su aplicación. Concretamente, el trabajo se inicia con una serie de cuestiones previas, en las que se define el asesinato y la alevosía, para ponerlos en común y partir de esa base para desarrollar el contenido. Posteriormente, se procede a exponer las distintas clases de alevosía (planteando la polémica respecto de la alevosía sobrevinida) y su compatibilidad o incompatibilidad con circunstancias atenuantes o agravantes, de forma que sea posible comprender el alcance de la alevosía en el contexto normativo (se hace una comparación especialmente profunda con el abuso de superioridad, con el objetivo de identificar de forma precisa los límites que diferencian la conducta alevosa de la que no lo es).

Por último, se cuestiona la efectividad y congruencia penal de la prisión permanente revisable y se plantean dos importantes polémicas: la aplicación del homicidio agravado respecto del asesinato alevoso y, sobre todo, la problemática apreciación del tipo hiperagravado de asesinato, con la posible violación del principio *non bis in idem*. En relación con la última cuestión planteada, se critica la falta de claridad del TS, que perjudica la seguridad jurídica.

II. CUESTIONES PREVIAS: ¿QUÉ ES EL ASESINATO? ¿QUÉ ES EL ASESINATO ALEVOSO?

En nuestro CP el delito de asesinato se regula en los arts. 139 y 140 CP. Se discute si es un tipo agravado de homicidio o constituye un delito autónomo. Hoy se considera de

forma mayoritaria que el asesinato es un homicidio agravado, una de las «formas» del homicidio¹. El bien jurídico protegido, al igual que en el homicidio, es la vida humana².

En lo que se refiere a los elementos de la acción, debemos conocer la acción típica, que consiste en producirle la muerte a otra persona sin su voluntad, siempre que concurra alguna de las circunstancias establecidas en el art. 139.1 CP: alevosía; precio, recompensa o promesa; ensañamiento y la finalidad de facilitar la comisión de otro delito o de evitar que otro delito sea descubierto. Debemos tener en cuenta que con que concurra solamente una, ya deberemos calificar el delito como asesinato, pero en el caso de que concurran varias tendremos que acudir al asesinato agravado.

A continuación, explicaré brevemente las cuatro circunstancias calificativas³. La alevosía no aparece definida en este art. 139.1 CP, por lo que debemos remitirnos a la definición genérica que se hace en el art. 22.1º CP. Este artículo nos dice que la alevosía es la agravante que se aprecia cuando «el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». De esta manera, la alevosía concurre cuando el autor del delito contra la vida garantiza el resultado de muerte de la víctima, inhabilitando su defensa para evitar el daño que ésta pudiera suponer para el sujeto activo. Nace en el Derecho penal germánico, que establecía una diferenciación entre la muerte «a cara descubierta» de la provocada a traición. Esta idea se introdujo en España a través de las Partidas, para después sufrir una gran transformación histórica⁴. Es la circunstancia en la

¹ Sobre esta cuestión véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., en Álvarez García (Dir.)/Ventura Püschel (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial (I), Delitos contra las personas*, 3.ª ed. Comentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las LO 1 y 2/2019, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 173; GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 121; PEÑARANDA RAMOS, «Delitos contra las personas», *Memento práctico penal*, 2021, Francis Lefebvre, núm. marg. 7037-7042; FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, en Silva Sánchez (Dir.)/Ragués i Vallès (Coord.), Atelier, 2019, p. 39.

² ROMEO CASABONA, C. M.ª, «El homicidio y sus formas», en Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (Coords.), *Derecho penal. Parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 Y 2/2015, de 30 de Marzo*, Comares, Granada, 2016, p. 26.

³ ROMEO CASABONA, C. M.ª, «El homicidio y sus formas», cit., p. 27.

⁴ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*, cit., p. 120.

que voy a profundizar a lo largo de este trabajo, y la desarrollaré pormenorizadamente a partir del apartado siguiente.

La segunda circunstancia calificativa consiste en realizar el atentado contra la vida a cambio de precio, recompensa o promesa. Esta circunstancia también es genérica del art. 22 CP, recogida en el apartado 3º. La mayor gravedad se basa en la existencia de un estímulo económico como móvil para llevar a cabo un hecho tan grave como matar a una persona. Para que esta circunstancia concurra, es necesaria la existencia de dos personas: la que promete o paga y la que realiza el hecho. La oferta ha de ser anterior a la realización del hecho y no será necesario que quien realiza el hecho haya recibido la contraprestación, ni siquiera después de cometido el asesinato. Además, es importante entender que aunque la circunstancia calificativa hable de promesa, ha de entenderse que la contraprestación debe tener naturaleza económica, no siendo aceptable otra de cualquier otro tipo⁵. Sin embargo, desde otras perspectivas se defiende que puesto que se menciona la recompensa y promesa junto al precio se podría sostener una interpretación más amplia, siempre que se compruebe que realmente concurre el fundamento material específico de la agravante⁶.

La tercera circunstancia calificativa es el ensañamiento, que consiste en aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido (art 139.1.3º) y que también se recoge como circunstancia agravante genérica en el art 22.5º. La víctima ha de estar viva y el sufrimiento ha de corresponderse con dolor físico (padecimientos innecesarios para el resultado de muerte).

En último lugar tenemos la circunstancia del art 139.1.4º, que consiste en el atentado contra la vida cuya finalidad sea facilitar la comisión de otro delito o evitar que otro delito sea descubierto. Lo primero que debemos tener en cuenta es que esta modalidad ha sido introducida en la reforma del CP de 2015 y ya ha suscitado discusión en parte de la doctrina, que la considera innecesaria y desproporcionada, al elevar tanto la pena⁷.

⁵ Véase ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», cit., p. 29; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Asesinato», cit., p. 191; GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal español, Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 131.

⁶ FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 42.

⁷ ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», cit., p. 31.

Por otro lado, se cuestiona la posibilidad de la comisión por omisión del delito de asesinato, dado que su compatibilidad con las circunstancias del art. 139.1 CP puede resultar de difícil apreciación.

En el tipo subjetivo lo primero que debemos tener en cuenta es la necesidad del dolo. En el caso de que sea directo no nos aparece ninguna duda, pero el dolo eventual resulta más problemático. Algunos autores sostienen que el dolo debe ser directo respecto de las circunstancias calificativas (por ejemplo, debe hacer un dolo directo respecto de la alevosía) pero que sobre el resultado, el dolo puede ser solamente eventual⁸. Lo que está claro, en cualquier caso, es que es más fácil detectar el dolo directo respecto de las circunstancias calificativas: «[...] la forma en que se encuentran redactados los hechos probados, no deja lugar a dudas acerca de la pertinencia de la apreciación de la alevosía, debido a que en el marco de una confrontación verbal tuvo lugar una agresión desproporcionada, consistente en el apuñalamiento inopinado en una zona vital»⁹. Está totalmente descartado el asesinato imprudente, dado que la imprudencia es incompatible con las circunstancias calificativas del delito de asesinato.

En cuanto a la autoría, este delito no ofrece especialidades con respecto a las distintas variantes de autoría (art. 28, pfo. 1º) y de participación (arts. 28, pfo. 2º y 29) por lo que todas ellas son posibles¹⁰. En lo que respecta a la participación las opiniones se dividen en función de si se considera que el asesinato es un tipo agravado del homicidio lo que abre la posibilidad de romper la unidad del título de imputación o si se considera que es un delito autónomo¹¹.

Los actos preparatorios para el delito de asesinato se encuentran presentes en el art. 141 CP, y son punibles. Estos actos preparatorios son la provocación, la conspiración y la proposición, y deberá evidenciarse que se encuentran destinadas a la comisión de un delito

⁸ ARIAS EIBE, M. J., «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-02 (2005), p. 6.

⁹ STS (Sala de lo Penal) núm. 1315/2002, de 12 de septiembre (ECLI:ES:TS:2002:5243).

¹⁰ ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», cit., p. 35.

¹¹ Véase en relación con esto ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Asesinato», en Álvarez García (Dir.)/Ventura Püschel (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial (I), Delitos contra las personas*, 3.^a ed. Comentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las LO 1 y 2/2019, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 215 y ss. y GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal español, Doctrina y jurisprudencia*, cit., pp. 167 y s.

de asesinato. Para asegurarse de que no son actos preparatorios de un delito de homicidio, debe averiguarse que los actos preparatorios vayan dirigidos a asegurar alguna circunstancia calificativa del art. 139 CP. En caso de duda, se resolverá a favor del delito de homicidio¹².

A continuación, se encuentran los problemas suscitados en relación con los grados de ejecución del delito de asesinato. En relación con la tentativa es evidente que el resultado de muerte no puede producirse, aunque fuera perseguido por el autor¹³. De la misma manera, si la tentativa no lo es solamente del resultado, sino que se pretende provocar alguna de las circunstancias calificativas y no se logra, parece ser que nos encontraríamos ante el mismo delito en grado de tentativa (con la posibilidad de rebajar la pena, conforme al art. 62 CP).

El segundo supuesto problemático respecto de los grados de ejecución del delito se encuentra en el supuesto de que sí se haya producido el resultado de muerte, pero las circunstancias calificativas se hayan realizado de manera imperfecta. En este caso, si es cierto que la realización de la circunstancia no es plena, debemos calificar el delito como homicidio¹⁴.

En tercer lugar, se encuentra el supuesto en el que el autor intenta provocar la muerte de la víctima aprovechando alguna circunstancia calificativa y fracasa, pero posteriormente, y una vez que la circunstancia ha cesado, logra provocar el resultado de muerte. En este caso, debe apreciarse un concurso ideal de delitos entre el asesinato en grado de tentativa y el homicidio consumado¹⁵. El caso contrario (en el que la circunstancia calificativa no se encontraba presente en la tentativa, que sería de homicidio, pero sí acompañando finalmente al resultado de muerte) es menos problemático: la

¹² ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», cit., p. 36.

¹³ STS (Sala de lo Penal) núm. 527/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2699).

¹⁴ ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», cit., p. 36. En cambio GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal español, Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 165, consideran que hay que apreciar un concurso ideal entre asesinato en grado de tentativa y homicidio doloso consumado. También ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Asesinato», cit., p. 213.

¹⁵ GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal español, Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 166; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Asesinato», cit., p. 214.

calificación será la de asesinato consumado, al estar presente en la consumación la circunstancia calificativa. La alevosía sobrevenida es el ejemplo paradigmático de este supuesto¹⁶.

En el caso de que el sujeto activo haya desistido de su intención de matar a la víctima, y haya empleado medios para evitar el resultado, nos encontraremos ante un desistimiento en la tentativa (art. 16.2 CP) por lo que el sujeto quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado: «Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito». Lo que el art. 16.2 nos dice, por tanto, es que la responsabilidad penal del autor será la del delito que finalmente se haya cometido con los actos que, en principio, iban destinado a producir la muerte de la víctima. La jurisprudencia nos proporciona el ejemplo de un delito de lesiones¹⁷.

A continuación, considero pertinente explicar los tipos agravados del asesinato. Concretamente se regula un tipo agravado y varios hiperagravados.

El tipo agravado se recoge en el art. 139.2 CP: «cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior». Esto quiere decir que si concurren dos o más de las cuatro circunstancias calificativas del delito de las que acabamos de hablar, se deberá aplicar este tipo agravado. Este precepto desplaza, por tanto, el régimen de las agravantes comunes del art. 22. Es irrelevante que en el asesinato cometido hayan concurrido dos, tres o cuatro de las circunstancias, dado que la pena máxima no podrá rebasar la del art. 139.2 CP. Sin duda, el desplazamiento del régimen de las agravantes comunes persigue evitar la aplicación del art. 66 regla 4º CP, relativa a la medición de la pena en caso de que concurren agravantes genéricas, y que permitiría dar lugar a una pena mayor a la del art. 139.2 CP que, por tanto, pasa a funcionar como límite. El motivo por el que no se considera correcto aumentar la pena más allá del límite establecido por el art 139.2 es el

¹⁶ ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», cit., p. 37.

¹⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 1051/2002, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5627).

del respeto del principio de proporcionalidad¹⁸. En el caso de que concurriesen más de dos de las circunstancias calificativas, y teniendo en cuenta la redacción del art. 139.2 CP, los tribunales siguen teniendo un amplio margen para establecer la pena en función de la gravedad del injusto (entre veinte años y un día y veinticinco años) por lo que la proporcionalidad se mantiene en este caso, independientemente del límite del art 139.2, que solo trata de impedir un aumento excesivo de la pena.

Los tipos hiperagravados figuran en el art. 140 CP y determinan la aplicación de la prisión permanente revisable. El apartado primero se refiere al reo de asesinato que haya atentado contra la vida de menores de dieciséis años; personas especialmente vulnerables por su situación de edad, enfermedad o discapacidad; que previamente al asesinato hubiera cometido un delito contra la libertad sexual de la víctima o que perteneciese a un grupo u organización criminal. El 140.2 CP se refiere al reo de asesinato condenado por matar a más de dos personas.

Para que el art. 140.1 CP se aplique, como es evidente, deberá darse también alguna de las circunstancias calificativas del art. 139.1 CP. En cuanto al art. 140.2, relativo a la muerte de más de dos personas, parece estar pensado para hacer mayor el castigo de los asesinos en serie «La reforma prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los [...] asesinatos reiterados o cometidos en serie» (Preámbulo LO/2015. X).

Es importante señalar la pena que se prevé en este tipo hiperagravado, que es la de prisión permanente revisable. La extrema gravedad de esta pena, por su carácter permanente e indefinido, ha sido fruto de numerosas críticas, tanto de la doctrina¹⁹ como por parte de la jurisprudencia.

¹⁸ ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», cit., p. 32.

¹⁹ SOLAR CALVO, P., «STS 713/2018, de 16 de enero de 2019, sobre prisión permanente revisable: primer varapalo judicial a una pena cuestionada», en *La ley digital* 2283/2019, p. 5.

III. CONCEPTO DE ALEVOSÍA

3.1. Concepto general

Como ya hemos dicho, la alevosía se define como la circunstancia agravante que debe apreciarse cuando «el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

Se discute sobre el fundamento y naturaleza de la alevosía debido a que se mantienen distintos enfoques sobre el carácter objetivo, subjetivo o mixto de esta circunstancia. En general la doctrina considera que supone una mayor gravedad de lo injusto, aunque alguna opinión relaciona esta circunstancia con una mayor culpabilidad²⁰. Se indica por parte de algún sector de la doctrina que para explicar su fundamento habría que atender a la definición legal de alevosía y considera que el específico desvalor residiría no solo en la mayor peligrosidad de la acción para la víctima, sino también de una específica preparación o planificación del hecho²¹.

El TS exige los siguientes elementos para apreciar la alevosía: «1. En primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. 2. En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. 3. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido,

²⁰ Véase sobre ello GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal español, Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 128. En su opinión supone una mayor gravedad de lo injusto y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Asesinato», cit., pp. 178 y ss.

²¹ Véase PEÑARANDA RAMOS, «Delitos contra las personas», *Memento práctico penal*, 2021, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, núm. marg. 7055. Para GÓMEZ MARTÍN, V., «Asesinato», en Corcoy Bidasolo (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de reforma del Código penal, tomo 1*, 2.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p. 50, supone un incremento de la peligrosidad de la conducta para la lesión del bien jurídico. No creen, sin embargo, que necesariamente suponga mayor peligrosidad GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal español, Doctrina y jurisprudencia*, cit., pp. 128-129.

eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y 4. En cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades»²².

La alevosía implica la finalidad de asegurar la ejecución y correlativamente la de evitar los riesgos que puedan proceder del agredido²³. Es fundamental entender que para que la alevosía pueda ser apreciada, debe ser necesaria la seguridad en la ejecución del delito y la indefensión de la víctima, que deben ser deliberadamente buscadas (o aprovechadas) por el agresor. Este conocimiento del aprovechamiento de las circunstancias es el elemento subjetivo de la alevosía²⁴. La circunstancia agravante de alevosía debe verse integrada en todo caso por un elemento subjetivo, ya que es necesaria, como ya hemos visto, la voluntad de emplear medios específicos destinados a garantizar el daño y a evitar el posible peligro que encierra la defensa del ofendido. A pesar de esto, hay casos en que esta circunstancia agravada ha resultado, polémicamente, objetivada por la jurisprudencia del TS desde hace más de un siglo. Este es el caso en el que el delito contra las personas que se produzca traiga como consecuencia la muerte de un niño, de un anciano o de un inválido.

En los casos anteriormente citados, la aplicación de la agravante de alevosía, en lugar de la circunstancia de abuso de superioridad, resulta forzado para parte de la doctrina²⁵. Los sujetos pasivos que permiten objetivizar la agravante de alevosía son, efectivamente, especialmente vulnerables (niños, ancianos e inválidos, como ya hemos dicho) pero esto no

²² Entre otras, SsTS núm. 778/2017, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4375); 247/2018, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:2003); núm. 716/2018, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82), núm. 241/2019, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1507). De acuerdo con ella, BERDUGO GARCÍA-MAESTRO, M.^a J., «Reforma del homicidio doloso y asesinato», en Abadías Selma/Bustos Rubio, *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, J. M Bosch Editor, Barcelona, 2020, p. 26

²³ Insisten en que ambas finalidades tienen que ir unidas GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal español, Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 21.

²⁴ ARIAS EIBE, M. J., «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 1. Véase también ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Asesinato», cit., p. 184, que identifica el elemento subjetivo con la utilización de modalidades comisivas que tiendan al aseguramiento de la ejecución sin riesgo y critica las opiniones que exigen una especial animosidad o cobardía en el sujeto.

²⁵ Vid. ALTES MARTÍ, M. A., *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del n.º 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 124.

significa que su vulnerabilidad haya sido perseguida o provocada por quien ofende. En estos casos, no existe esa intención de provocar indefensión, sino que la indefensión es una circunstancia completamente ajena a la voluntad del delincuente.

A pesar de lo dicho anteriormente, la alevosía no se excluye simplemente porque la víctima haya tenido conocimiento de la posibilidad de la agresión. Tampoco se excluye cuando el agredido tenga alguna posibilidad de defensa, ya que esta, muchas veces, puede ser casi ilusoria (una víctima desarmada que es atacada por un individuo que utiliza un arma de fuego)²⁶.

3.2. Compatibilidad con el dolo eventual

Resulta polémica la compatibilidad de la circunstancia agravante de la alevosía con el dolo eventual. Esta cuestión no ha sido resuelta de forma unánime ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, ya que en principio parece que el carácter tendencial de la alevosía exige que el sujeto tenga dolo directo, y nunca eventual. En la doctrina se suele rechazar la posibilidad de admitir la realización del asesinato con dolo eventual basándose en la idea de que las circunstancias del delito tienen que estar dirigidas en relación de medio a fin a la producción del resultado de muerte²⁷. A pesar de esto, existen quienes se impulsan a defender que aunque siempre exista dolo directo respecto a la circunstancia, puede no existir respecto del resultado del delito en cuestión. De esta manera, en sede dogmática, se puede sostener que un sujeto puede actuar sin intención directa de cometer el resultado, pero con la intención de utilizar los medios, modos o formas tendentes a producir ese resultado, que de alguna manera acepta²⁸.

El asesinato alevoso, teniendo en cuenta lo que ya se ha explicado de la alevosía, implica necesariamente matar a alguien de forma dolosa, necesariamente intencionada, buscando la muerte como resultado. Como el dolo eventual no persigue ese resultado

²⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 1011/1997, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:1997:4994).

²⁷ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*, cit., p. 151; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Asesinato», cit., p. 212; ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», cit., p. 34.

²⁸ ARIAS EIBE, M. J., «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 6.

directamente, nos encontramos con la duda de la compatibilidad de ambas cuestiones, ya que el autor asume la muerte como posible riesgo.

Para resolver esta cuestión, la jurisprudencia ofrece una respuesta: «puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima. Pues asegurar la acción agresiva no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de matar, sino que se puede actuar solo con el fin de causar un peligro concreto de muerte, asumiendo el probable resultado. De modo que la selección del medio y de la forma de ejecución puede ser muy intencionada y planificada, y en cambio, el fin que conlleva ese hecho puede quedar más difuminado o abierto para el sujeto agresor, por no tener un especial interés o una directa intención de asegurar el resultado concreto de muerte. Lo cual no quiere decir que no lo asume o acepte dado el riesgo elevado que genera con su acción (dolo eventual)»²⁹.

Esta afirmación de la sentencia del año 2015 es corroborada por la jurisprudencia más reciente, que llega a afirmar contundentemente la compatibilidad entre la alevosía y el dolo eventual: «La jurisprudencia de esta Sala ha declarado la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual»³⁰, haciendo referencia a la constante postura favorable a la compatibilidad del TS a lo largo del tiempo³¹. Concretamente, el TS termina afirmando en 2018 que «no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima –aseguramiento de la ejecución– y que al mismo tiempo continúe la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados»³². Esto constituye una clara aceptación de la compatibilidad entre el asesinato y el dolo eventual.

²⁹ STS (Sala de lo Penal) núm. 114/2015, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:824).

³⁰ STS (Sala de lo Penal) núm. 203/2018, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1442).

³¹ SsTS (Sala de lo Penal) núm. 415/2004 de 25 de marzo (ECLI:ES:TS:2004:2077), núm. 653/2004 de 24 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3549), núm. 543/2009 de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:3360), núm. 618/2012 de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5332), y la núm. 539/2017 de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2017:2824).

³² STS núm. 128/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1013).

Teniendo en cuenta las sentencias citadas se llega a la conclusión de que la alevosía tiene que llevarse a cabo con dolo directo de primer grado, pero ello no implica necesariamente que el resultado (la muerte) tenga que ser deseada con ese tipo de dolo. En conclusión, cabe plantearse supuestos con dolo eventual: un ejemplo puede producirse cuando el ánimo del autor consiste en someter la voluntad de una persona mediante el uso de fármacos, para poder cometer un abuso sexual. El autor introduce las sustancias sedantes y altamente tóxicas en la bebida de la víctima, que la ingiere y, posteriormente, y debido a los efectos del sedante, sufre una parada cardio-respiratoria y muerte. En este caso, el autor no perseguía la muerte de la víctima, pero igualmente verter a escondidas la droga en la bebida de la víctima es una conducta alevosa. Además, el autor debe ser consciente de los riesgos de provocar una sobredosis a una persona para producirle una inconsciencia capaz de ser mantenida en un periodo relativamente extenso de tiempo. De esta manera, al ser la conducta alevosa, y al ser el resultado más que previsible (dolo eventual) nos encontraríamos ante un asesinato alevoso.

Evidentemente, no cabe la alevosía en los delitos imprudentes ni en los de comisión por omisión.

3.3. Alevosía sobrevenida

El problema planteado por la alevosía sobrevenida es si un delito puede calificarse como asesinato aunque la circunstancia de alevosía no concurra desde el principio de la ejecución. Es decir, la cuestión discutida es si la alevosía puede surgir posteriormente.

La apreciación de la alevosía sobrevenida precisa de un requisito, que es la necesidad de un cambio sustancial en las circunstancias. Solo estará presente ese cambio sustancial si, por ejemplo, el actor deja inconsciente a una persona golpeándole la cabeza contra un cristal y aprovecha después esa indefensión para coger un cuchillo y provocar con él la muerte de la víctima, no produciéndose si solamente sigue apuñalando a una persona ya inconsciente por anteriores puñaladas.

Si la agresión, inicialmente no alevosa, se desarrolla sin solución de continuidad, produciéndose los últimos golpes o ataques a la víctima estando ya esta en un estado de total debilitamiento a causa de los golpes, no habría alevosía sobrevenida, al ser la acción única sin existir la posibilidad de distinguir fases en la ejecución. La indefensión de la

víctima, como se puede extraer del ejemplo anterior, tiene su causa en la producción de un «cambio cualitativo en la situación». De esta manera, pueden identificarse dos fases en la ejecución del delito, separadas por el cambio cualitativo que permite la apreciación de la alevosía sobrevenida³³. Ese «cambio cualitativo en la situación», que permite identificar el inicio del nuevo ataque alevoso puede originarse por diversos factores, entre los que el Tribunal Supremo destaca los tres siguientes: «La alteración sustancial en la potencia agresiva respecto del instrumento utilizado, la alteración sustancial producida en el lugar anatómico destino de la agresión, o una alteración sustancial en la fuerza empleada»³⁴.

La mayoría de la jurisprudencia³⁵ y doctrina³⁶ considera que no es necesario que el autor haya conseguido realizar los fines de la circunstancia (el aseguramiento de la ejecución o el haber logrado evitar el riesgo de la reacción defensiva de la víctima) para poder apreciar la alevosía, ya que esta ha sido considerada una circunstancia de tendencia³⁷. De todas formas, para aplicar la alevosía no se ha venido considerando suficiente, ni por parte de la jurisprudencia ni de la doctrina con la concurrencia de elementos objetivos como la existencia de medios que provoquen la indefensión de la víctima y la anulación del riesgo para el autor. Ese cambio sustancial de las circunstancias no es suficiente, por sí mismo, para poder apreciar la alevosía, dado que ésta exige un elemento subjetivo³⁸.

La jurisprudencia está de acuerdo en que en el marco de una pelea, los intervinientes pueden prever un ataque del resto de contendientes. De esta manera, los ataques, si llegan a producirse, no resultarían desprevenidos, por lo que la alevosía «sobrevenida» tendría

³³ BOCANEGRA MÁRQUEZ, J. «Delitos Contra la Integridad Física», *Revista General del Derecho Penal* 34 (2020), p. 2.

³⁴ STS (Sala de lo Penal) núm. 434/2020, de 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2889).

³⁵ STS (Sala de lo Penal) núm 505/2004, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2004:2620).

³⁶ CERESO MIR, J., *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, B de f, Montevideo–Buenos Aires, 2008, p. 374; FERRER SAMA, Comentarios..., I, p. 337.

³⁷ CERESO MIR, J., *Derecho penal. Parte general, II*, cit., p. 374; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte especial*, 22.ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Pelegrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 48; PEÑARANDA RAMOS, «Delitos contra las personas», cit., núm. marg. 7059.

³⁸ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*, cit., p. 124: «La opinión dominante exige para aplicar la alevosía la concurrencia de un elemento subjetivo: la finalidad de asegurar la ejecución y de evitar los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima».

difícil encaje en este tipo de situaciones³⁹. Aún así, se ha llegado a admitir la posibilidad de apreciar la alevosía en el caso de que se produzcan «saltos cualitativos en la agresión» lo suficientemente significativos respecto de la riña previa. El ejemplo más claro y utilizado por la jurisprudencia es aquel en el que uno de los participantes saca una pistola, sin haber hecho uso de ella previamente. Por otra parte, incluso en el caso de que el conflicto previo haya sido físico, se puede apreciar la alevosía en el caso de que se hayan sacado armas que no se habían mostrado en una fase anterior de la pelea (de esa forma, tendríamos el mismo «cambio cualitativo» en la situación).

IV. CLASES DE ALEVOSÍA

En primer lugar, es importante señalar las diferencias existentes entre el concepto legal de alevosía (el presente en el CP) y el concepto jurisprudencial. En un primer momento, la jurisprudencia del TS ha sostenido que el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se encuentra en aniquilar las posibilidades de defensa de la víctima⁴⁰. Esta definición concuerda con la presente en el CP, ya que aniquilar las posibilidades de defensa concuerda con el contenido del art. 22.1 CP (emplear medios, modos o formas que tiendan a asegurar la ejecución de un delito contra las personas, en este caso de asesinato).

El problema que puede encontrarse con respecto al concepto de alevosía, es que no parece ser respetado por algunas de las modalidades de alevosía que vamos a ver a continuación. Por ejemplo, la alevosía sorpresiva no tiene por qué conllevar la utilización de esos medios, modos o formas (por ejemplo, el ánimo del autor puede ser atacar de repente a la víctima en un momento en el que, casualmente, esta no se pueda defender por motivos ajenos a la actuación del autor). Pero más claro aún es el caso de la alevosía por desvalimiento. En este caso, el autor no tiene nada que ver con las circunstancias que hacen vulnerable a la víctima, y ni siquiera puede saberse si esa vulnerabilidad es uno de los motivos por los que el autor decide llevar a cabo el ataque supuestamente alevoso. En

³⁹ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*, cit., p. 126.

⁴⁰ SsTS núm. 37/2010 de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2010:922) y 598/2011 de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4302).

resumen, el autor no puede aniquilar las posibilidades de defensa de una persona que ya carecía de ellas, por ser desvalida.

Para salvar este problema, la jurisprudencia del TS amplió el concepto de alevosía en posteriores sentencias⁴¹, considerando que la alevosía concurría no solamente en los casos en los que el autor aniquilase las posibilidades de defensa de la víctima, sino también en aquellos casos en que el autor se aprovechara de una situación de indefensión, siendo completamente indiferentes las causas de dicha indefensión. Lo que está ocurriendo, definitivamente, es que con el objetivo de dar cobertura jurídica al desvalimiento bajo la circunstancia de la alevosía, el TS ha necesitado elaborar un concepto propio de la alevosía al margen del concepto legal, que sea independiente de este al no girar en torno a la actuación del autor (como hace el legal, en el que solamente encaja la aniquilación de la defensa de la víctima) y que se base en la situación previa de indefensión de la víctima⁴².

Lo que esto evidencia es que el concepto legal de la alevosía, al no tener en cuenta la indefensión de la víctima al margen de la actuación del autor, es insuficiente⁴³. Esa insuficiencia del concepto legal es lo que motivó la creación de ese distinto concepto jurisprudencial mediante las sentencias del TS, que tuviese como base el estado de indefensión de la víctima independientemente de la actuación del autor⁴⁴.

La jurisprudencia del TS, por tanto, pone de relieve que la alevosía no reside en el empleo de medios, modos o formas de ejecución, ya que el TS considera que la esencia de la alevosía reside en la indefensión. Los medios, modos o formas de ejecución solo serán relevantes en los casos en que produzcan indefensión, que es lo realmente definitorio. Esto es lo que explica que también pueda apreciarse alevosía cuando exista una indefensión que tenga un origen ajeno a la actuación del autor (niños, desvalidos, etc.). Sin embargo, gran parte de la doctrina considera que deberían excluirse del concepto de alevosía aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo se encuentre imposibilitado físicamente para

⁴¹ SsTS (Sala de lo Penal) núm. 114/2015 de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:824) y 314/2015 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2446).

⁴² MASIP DE LA ROSA, L. I., *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, p. 473.

⁴³ PUIG PEÑA, F., «Alevosía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo II, Edit. Francisco Seix, Barcelona, 1950, p. 559.

⁴⁴ SANVICENTE SAMA, A., «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía», *Revista General de Derecho*, Año VI, Núm. 65, Febrero, 1950, p. 79

defenderse. De esta manera, el ataque a un niño recién nacido, de un paralítico o de un ciego no podrá considerarse alevoso⁴⁵.

En los epígrafes siguiente analizaremos los distintos tipos de alevosía siguiendo la clasificación que habitualmente maneja la jurisprudencia.

4.1. Alevosía proditoria

La primera modalidad es la denominada alevosía proditoria, leve o traicionera⁴⁶. Esta es la forma más característica de alevosía, ya que se refiere a aquellos supuestos en los que el ataque va precedido de trampa, celada, lazo, acecho, insidia, apostamiento o asechanza. Estos medios consisten en una clara forma de ocultamiento, engaño o artificio, por lo que son el ejemplo paradigmático de alevosía. Cumpliéndose este requisito, está claro que el autor actúa a traición y sobre seguro, creando una situación que impide a la víctima conocer la intención dañina del autor⁴⁷.

La ocultación o engaño puede ser solamente moral (cuando el autor solamente oculta sus intenciones) o también físico (en el caso de que el autor se oculte a sí mismo, como sucede en el caso de una emboscada, o cuando esconde un utensilio peligroso con el que atacar a la víctima, como sucede con la trampa). Es precisamente en el caso del engaño moral en el que entra en juego la confianza entre la víctima y el autor, ya sea fingiendo amistad o disimulando enemistad, como dijo FRANCESCO CARRARA⁴⁸. En cualquier caso, esa idea de confianza no sirve por sí sola para justificar la apreciación de la alevosía, salvo en el caso de que la ruptura de la confianza fuese lo que produjera la indefensión de la víctima. Hemos de tener en cuenta que la confianza ha perdido valor con el paso del tiempo en lo que se refiere a la apreciación de la alevosía. Esto es así precisamente porque la idea de traición, con el aprovechamiento de la confianza que puede suponer, y la de

⁴⁵ SANVICENTE SAMA, A., «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía», cit., p. 78.

⁴⁶ SsTS núm. 37/2010 de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2010:922) y 598/2011 de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4302).

⁴⁷ ARIAS EIBE, M. J., «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», 2005, cit., p. 14.

⁴⁸ CARRARA, F., *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial, Volumen I*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 175.

alevosía, se encuentran profundamente desligadas en la actualidad, no como antiguamente⁴⁹.

El artículo 22.1 CP no castiga el carácter traidor del autor, sino el de sus actos. Son los actos los que pueden ser calificados de traidores en el caso de que provoquen la indefensión de la víctima. De este modo, en el caso de que haya traición, pero con esto no se causa la indefensión de la víctima, entonces habrá que negar la alevosía. Un ejemplo puede ser el de un autor que espera a su víctima, a la que conoce bien, en la puerta de su casa, hasta que sale. En el caso de que no sea una emboscada (porque no se encuentre oculto el autor, por ejemplo) ni haya empleado otros medios alevosos, el hecho de esperar a la víctima en el portal de su casa para atacarla después no implica necesariamente un ataque alevoso⁵⁰.

Por todo lo anterior, está claro que aunque la alevosía y la traición fueran de la mano en un pasado, en la actualidad son conceptos que han evolucionado hasta volverse independientes⁵¹.

De todos modos, la confianza no es el único concepto que se ha encontrado asociado tradicionalmente con la alevosía proditoria. La premeditación fue una agravante del Código Penal de 1973 (art. 10.6) y tenía relación con la alevosía si entendemos que un ocultamiento, ya sea físico o moral, suele conllevar una cierta premeditación (dónde esconder un arma, por ejemplo, o qué mentira contar para justificar una determinada situación óptima para el ataque alevoso). De esta manera, se podría pensar que la premeditación puede causar la indefensión de la víctima. Para terminar la relación entre la premeditación y la alevosía, es evidente que aunque la definición legal de alevosía permita ser vinculada a la preparación o planificación de unos hechos, esto no significa que la planificación sea el fundamento de la alevosía. Es cierto que son compatibles, porque en algunos casos de alevosía (proditorio, que es de la que estamos hablando) la indefensión de la víctima trae causa de la preparación del autor, pero esto no significa que la planificación sea lo esencial de la alevosía. Esto es así porque existen otros muchos casos de alevosía en

⁴⁹ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*, cit., pp. 123-124.

⁵⁰ STS (Sala de lo Penal) núm. 211/2011 de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2230).

⁵¹ CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La alevosía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, pp. 26 y ss.

los que la indefensión se causa por el autor sin preparación previa alguna (por ejemplo, en el caso de ataques sorpresivos en los que el autor se decide en el mismo momento).

Esta diferenciación entre alevosía y preparación se encuentra presente tanto en nuestra jurisprudencia⁵² como en la doctrina⁵³. De hecho, la preparación ni siquiera constituye el fundamento de los casos de alevosía en los que sí existió dicha planificación o preparación previa (emboscadas, etc.) porque incluso en estos casos el desvalor propio de la alevosía no se presenta antes de la ejecución, sino durante la misma, porque es en el momento de la ejecución en el que se lleva a cabo el empleo de medios, modos o formas tendentes a eliminar la defensa de la víctima⁵⁴.

4.2. Alevosía sorpresiva, súbita o inopinada

En segundo lugar tenemos la alevosía sorpresiva, súbita o inopinada. Esta se identifica con un ataque fulgurante e inesperado para el sujeto pasivo, de forma que no permite a este último eludirlo de ninguna manera. En este caso, veo el problema de que, en un ataque por la espalda, puede ser difícil distinguir cuándo estamos ante una alevosía proditoria y cuándo ante una sorpresiva. En cualquier caso, parece que la diferencia sustancial entre ambas formas de alevosía es que en la segunda es requisito imprescindible no solamente la posición vulnerable de la víctima, sino también lo repentino del ataque y, por tanto, lo inesperado del mismo (en la alevosía proditoria, lo más importante es que la víctima se encuentre desprevenida).

En cualquier caso, algo más que tienen en común las dos formas de alevosía que ya hemos visto es que no basta con la situación de indefensión de la víctima, sino que es necesario el empleo de los medios, modos o formas que anulen la capacidad defensiva de la víctima (es decir, es necesaria una conducta activa del autor tendente a aniquilar la defensa del sujeto pasivo). La diferencia entre esta modalidad alevosa y la proditoria es que los medios empleados son de distinta naturaleza: en la alevosía proditoria el autor hace

⁵² STS (Sala de lo Penal) núm. 575/2011 de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:3886).

⁵³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte especial*, 22.^a edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Pelegrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 49: «La alevosía no exige ningún tipo de premeditación o preparación y puede surgir en el mismo momento en que se ejecuta el hecho».

⁵⁴ CARRARA, F., *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial*, Volumen I, cit., p. 182.

uso de la emboscada, la celada, la trampa o la asechanza, mientras que en la sorpresiva emplea un ataque súbito, inesperado, repentino o imprevisto sobre la víctima⁵⁵.

Es necesario aclarar, en primer lugar, que aunque esta modalidad se denomine sorpresiva, no basta con la sorpresa para calificar un ataque como alevoso. Es necesario que la sorpresa provoque la situación de indefensión, tal y como se deduce del concepto jurisprudencial de alevosía que se ha mostrado anteriormente. El hecho de que la sorpresa solo alcance la consideración de alevosa cuando provoque la falta de defensa ha llevado al TS a una reinterpretación del significado de «sorpresivo» dentro del ámbito de la alevosía⁵⁶. El TS aporta como dato decisivo para deducir lo sorpresivo, repentino e inesperado de un ataque mortal el hecho de no esperar el propio ataque por no haber razón para que se produjese. A partir de esta afirmación, podemos entender que lo sorpresivo, repentino o inesperado de un ataque solo determina su condición alevosa en el caso de que las características del ataque eliminen la posibilidad de una posible reacción defensiva de la víctima. Lo sorpresivo, inesperado, o repentino adquiere así un significado alevoso cuando este carácter provoque, por sí mismo, la indefensión de la víctima: «cabe por el contrario que, sin haber imaginado o previsto antes que pudiera ser atacada alguna vez por el sujeto por falta de razones o causas para ello, la agresión se inicie y materialice de modo no incompatible con una posible reacción defensiva por parte de la víctima y sin asegurar el agresor el resultado. En este segundo caso solo en tal sentido podrá calificarse la agresión como “suceso inesperado” pero sin que lo sorpresivo del hecho lo sea también de “su material forma de ejecución”, desde la perspectiva de la indefensión que es la que interesa en la alevosía»⁵⁷. Lo «sorpresivo» en la alevosía, por tanto, no es simplemente «lo que no se podía esperar» sino que es algo que solo puede determinarse a partir de la forma de ejecución, en la medida en que cause la indefensión de la víctima. Desde el punto de vista de la alevosía, por tanto, la sorpresa no está en que la víctima no pueda esperar el ataque, sino en que la sorpresa sea crucial a la hora de impedir la defensa de la víctima: sorprender a la víctima es hacer imposible su defensa.

⁵⁵ STS (Sala de lo Penal) núm. 122/2010 de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:910): «[...] la [alevosía] súbita o inopinada, en la que la agravante se caracteriza por el ataque imprevisto, fulgurante y repentino....».

⁵⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 863/2010, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5298).

⁵⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 863/2010, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5298).

Esta forma de entender la «sorpresa» es el único que encaja con el fundamento último de la alevosía, que consiste en la eliminación del derecho a la defensa. Tal y como dice el TS, la sorpresa solo puede considerarse alevosa si aniquila la capacidad de reacción de la víctima⁵⁸.

A pesar de lo expuesto anteriormente, sigue siendo posible la situación en la que se pudiera prever un ataque y, a pesar de eso, este pudiera ser considerado alevoso, en el caso de que la ejecución no dejara ninguna posibilidad de defensa por ser repentina y sorpresiva: «Cabe así que la previsión anticipada de su hipotética ejecución no impida lo alevoso del ataque si en el momento de su realización se ejecuta tan repentina y sorpresivamente que no se deje a la víctima margen alguno de reacción defensiva»⁵⁹. Esta precisión del TS es importante, dado el enorme caso de ataques que se realiza a personas que previamente habían sido amenazadas de muerte. No permite anular el carácter alevoso de un ataque mortal el hecho de haber amenazado de muerte a la víctima. Estas amenazas no se efectúan para poner sobre aviso a la víctima, sino únicamente para perturbar su estado de ánimo, y no sirven para la defensa de la víctima en caso de que se lleve a cabo un posterior y fulgurante ataque por la espalda días después de la formulación de la amenaza. La jurisprudencia del TS hace estas precisiones para no condenar a una persona amenazada a un constante estado de alarma, quitando responsabilidad al autor del delito, y cargándola sobre la víctima. Un ejemplo paradigmático es el de las bandas juveniles que viven en constante riesgo por la posibilidad de ataque de bandas rivales, sin que por ella tengan la obligación legal de estar prevenidos⁶⁰.

Ahora cabe plantearnos las dificultades que ofrece una situación problemática de cara a la apreciación de la alevosía, que es la riña previa. Ya hemos dicho que existe la

⁵⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 437/2010 de 16 de abril (ECLI:ES:TS:2010:3532): «El carácter sorpresivo de la acción no es la esencia de la alevosía, sino una de sus formas. En la jurisprudencia de esta Sala, lo esencial es la indefensión de la víctima frente al autor».

⁵⁹ STS (Sala de lo Penal) 863/2010 de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5298).

⁶⁰ STS (Sala de lo Penal) núm. 708/2010 de 14 julio (ECLI:ES:TS:2010:4124): «En el caso, es cierto que el agredido pertenecía a un grupo o banda rival de la que lleva a cabo el ataque, pero ello no supone que permanentemente deba estar en guardia, con su defensa preparada, atento a una posible agresión procedente de sus rivales». Véase también STS (Sala de lo Penal) núm. 696/2011 de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:5631): «Debiendo tenerse en cuenta que la Jurisprudencia ha venido a sentar que la desconfianza que puede despertar una amenaza previa, en este caso entre amigos, tiene un carácter necesariamente relativo...».

posibilidad de que un ataque sea sorpresivo, por no poderse prever el ataque, y sin embargo no entenderlo como alevoso porque la ejecución permite posibilidades de defensa a la víctima. Un ejemplo puede ser el de un ataque cuando la víctima va paseando por la calle. No espera un ataque, por lo que la aparición de un agresor le sorprenderá, pero si este agresor se posiciona frente a la víctima y la ataca de frente, la víctima podrá defenderse. La situación de la riña previa es distinta a los supuestos citados anteriormente, y es este momento, en que ya hemos establecido el significado de lo «sorpresivo» como carácter que permite calificar un ataque como alevoso, en el que podemos discutir sobre la apreciación de la alevosía en este caso conflictivo.

Si esta modalidad alevosa se caracteriza por la sorpresa, dicho factor sorpresivo parece quedar anulado en los supuestos en los que existió con anterioridad una disputa. Este un supuesto muy similar al de las amenazas, y el TS ha seguido un criterio general que consiste en entender la «riña previa» como un elemento negativo con relación a la alevosía sorpresiva: «Generalmente se ha excluido la alevosía en los supuestos en los que el ataque se realiza en el marco de una pelea o discusión violenta previa, pues se entiende que en esos casos puede considerarse la existencia de posibilidades de defensa por parte del sujeto atacado en cuanto puede afirmarse que debe estar precavido ante una posible agresión de su contendiente»⁶¹. Sin embargo, este criterio general ha cambiado posteriormente.

Si pensamos bien en la situación de la «riña previa» es evidente que de la misma no se puede deducir con toda seguridad el hecho de la víctima realmente pudiera prever el ataque. Un enfrentamiento previo entre el autor y la víctima no garantiza que la víctima pudiera prever el ataque posterior del autor. En el tratamiento jurisprudencial de la «riña previa» existió una presunción normativa por la que se daba por hecho que la disputa previa es aviso suficiente de un futuro ataque, aunque no lo sea realmente. Un enfrentamiento previo entre el autor y la víctima no es suficiente para negar lo «sorpresivo» de un ataque. El factor sorpresivo, en la alevosía, consiste en una forma de ejecución que aniquile la defensa y a pesar de que la víctima pudiera prever un ataque por existir una disputa previa, el autor siempre podrá ejecutarlo de tal modo que la «sorprenda»

⁶¹ STS (Sala de lo Penal) núm. 841/2010 de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:5289).

eliminando su capacidad defensiva⁶². Es decir, la víctima puede prever un ataque, pero no su naturaleza (la disputa previa puede consistir en una pelea en la que se empleen los puños, pero la víctima no puede esperar que su contrincante utilice de repente una pistola para dispararle a bocajarro).

Estas afirmaciones me permiten mencionar el caso de las mujeres sometidas a violencia de género, que en un momento dado resultan muertas por un ataque de su abusador. Estos casos constituyen un ejemplo más que representativo de la problemática discutida. En este sentido, me parece más que acertada la postura del TS en otra de sus sentencias, en la que la sorpresa no se vincula a la previsión del ataque sino a la forma en la que el autor ejecuta el ataque, aniquilando las posibilidades defensivas de la víctima y, provocándole, de esta manera, la necesaria indefensión: «Pues bien, en el presente caso puede afirmarse que concurren todas las vertientes de la alevosía que se acaban de describir, por lo que los argumentos del Recurso, por el hecho de que la víctima estuviera genéricamente prevenida respecto del peligro que para ella representaba la actitud de su esposo, resultan inaceptables, pues lo cierto es que la agresión de éste, en el momento de realizarse, se produjo de forma totalmente sorpresiva y sin posibilidades reales de defensa por parte de la víctima, como ya hemos visto que se afirma en el relato de hechos de la recurrida»⁶³.

Por otra parte, es cierto que no todos los casos de riña previa son comparables a los de violencia de género. Existen ocasiones en que quien termina siendo víctima no ha jugado un papel pasivo en el enfrentamiento previo, siendo un claro ejemplo el caso de los abusadores que resultan finalmente asesinados por aquellos de quienes han abusado durante años. En estos casos es igualmente justificable que quien generó el enfrentamiento deba esperarse un ataque posterior, ya que el comportamiento en el enfrentamiento previo le hace de alguna manera responsable en de haber incitado el ataque.

Esta es la posición que sostuvo parte de la doctrina alemana, entre ella la autora alemana ANETTE GRÜNEWALD, que considera que la muerte alevosa (o asesinato) se

⁶² GÓMEZ RIVERO, C., «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 4, 2000, p. 46.

⁶³ STS (Sala de lo Penal) núm. 424/2010 de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2010:2901).

excluye en el caso de que la víctima haya dado algún motivo jurídicamente relevante al autor que sea merecedor de consideración a la hora de reducir lo injusto al ocasionarle la muerte. En este caso ocurriría una muerte «cum causa», por lo que el hecho debería ser calificado únicamente como homicidio. La circunstancia de «alevosía sorpresiva» y su definición de aprovechamiento de la falta de prevención de la víctima (y su consiguiente indefensión) ya no se interpreta de forma fáctica (estudiando si realmente la víctima se encontraba desprevenida) sino de forma normativa. Lo que esta parte de la doctrina se pregunta, por tanto, es si la víctima ha irrumpido en la esfera jurídica del autor previamente, provocando una conexión que imposibilitaría la calificación de alevosía sorpresiva.⁶⁴

Existen ciertos inconvenientes a este caso concreto de «deber de estar prevenido» por ejemplo, en el caso de que exista un margen temporal excesivamente amplio entre la agresión de la víctima y el atentado contra la vida del anterior autor. Si, por ejemplo, la agresión de la víctima al autor sucedió unos meses antes del atentado contra la vida, independientemente de la gravedad de la agresión (lesiones o incluso un atentado contra la vida, por ejemplo) el paso del tiempo hace que la anterior agresión no resulte jurídicamente tan relevante como para suprimir la alevosía de un delito. El autor del anterior delito debería estar, por tanto, indefinidamente prevenido, y esto se traduce en una condena a futuro de la víctima a estar permanentemente en guardia⁶⁵. Por otra parte, también puede suceder el caso en el que la ofensa producida al autor fuera sumamente poco relevante por su escasa gravedad (por ejemplo, un insulto, por sí solo, puede ser considerado un delito de bagatela, por lo que la obligación de estar prevenido de un ataque de muerte puede ser claramente excesivo).

Se utilizan una serie de argumentos para superar estos problemas. En cuanto al margen temporal, GRÜNEWALD considera que la irrupción de la víctima en la esfera jurídica del autor ha de ser inmediatamente anterior al hecho y, en relación con la ofensa

⁶⁴ Citada por MASIP DE LA ROSA, L. I., *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, p. 401.

⁶⁵ CASTELLÓ NICÁS, N., «El asesinato y sus circunstancias», *Cuadernos de política criminal*, n.º 64, 1998, pp. 20 y ss.: «Exigir una especial cautela a la víctima, haciendo recaer sobre ella el peso de la responsabilidad sobre su persona, no es de recibo...».

de la víctima, debe ser jurídicamente relevante. A pesar de esto, sigo considerando que este deber de prevención carece de justificación, ya que conllevaría que siempre que la víctima ofrece al autor un motivo (que tuviese la suficiente relevancia jurídica), la víctima deberá estar obligada a estar prevenida, excluyéndose la alevosía con independencia de cómo se ejecute el ataque. Esto significa que es irrelevante cómo realice el ataque el autor, ya que la alevosía estará excluida tanto si ataca de frente como si lo hace por la espalda. En mi opinión, la apreciación de la alevosía no puede depender de si la víctima ha dado o no motivos suficientes al autor, sino del modo en que se ejecuta el ataque, por lo que no estoy de acuerdo con este «deber de estar prevenido».

Por todo lo explicado anteriormente, considero que no hay justificación suficiente para aceptar la irregularidad que supone el «deber de estar prevenido», ni siquiera en los casos de una anterior ofensa por parte de la víctima. Es cierto que la situación del autor en este tipo de supuestos es muy delicada, y es fácil empatizar con la situación de indefensión que suele haber sentido el autor de este tipo de atentados contra la vida. Considero aceptable, e incluso una obligación, reducir la pena de este tipo de delitos, dado que la reprochabilidad penal es mucho menor, pero considero que el «deber de estar prevenido» debe ser mantenido, dado que la previsibilidad del ataque es exactamente igual en casos como estos y en los de amenazas que hemos visto anteriormente. La alevosía es exactamente la misma en estos delitos y en los anteriormente descritos, por lo que considerarla inexistente de la manera descrita por la autora alemana GRÜNEWALD considero que es solamente una ficción en aras de rebajar una pena que debe ser menor, pero por motivos distintos:

Partiendo de la idea de que el injusto es menor, hay muchas soluciones más razonables que la idea del «deber de protección» para justificar una minoración de la pena. En primer lugar, en los casos de abuso, la posibilidad de pedir ayuda no es tan asequible como se podría pensar. Una persona sometida no se puede permitir razonar con la misma claridad con la que lo haría alguien que tiene un pensamiento realmente libre e independiente. En ocasiones, cuando un individuo se encuentra totalmente sometido a la voluntad de un tercero, tiene muy difícil pedir ayuda, al sentirse muchas veces culpable por hacerlo (ejemplos tenemos a cientos, como el del famoso pianista británico James Rhodes, que fue amenazado por su abusador con la muerte de sus padres o con algo peor si hacía

público el maltrato recibido, y que aún a día de hoy se siente culpable por contarlo en público, habiendo asimilado erróneamente su mente que hacerlo es algo perjudicial que traerá graves problemas a sus familiares o seres queridos).

En estos casos tan extremos, que tampoco son tan poco frecuentes como se podría pensar, son posibles otras soluciones mejores que el deber de prevención para justificar un ataque frente al abusador. En caso de que realmente sea acreditada la dificultad (por motivos psicológicos o de cualquier otro tipo) podría argumentarse la legítima defensa del art. 20.4 CP. La enajenación mental, dada la rabia o frustración que puede tener una víctima de maltrato, puede ser otra solución. En cualquier caso, en el caso de que estas circunstancias fueran apreciadas, el deber de protección dejaría de ser necesario.

En cualquier caso, al margen de los motivos que la víctima pueda proporcionar al autor, la idea de un «deber de estar prevenido» resulta rechazable por todos los motivos que ya han sido expuestos: la víctima no debe tener un deber de estar prevenido, por significar esto un deber de protegerse. Existe el derecho a la legítima defensa (art. 20.4 CP) pero no puede existir un deber de hacerlo, dado que esto solamente significa la manera de descargar al ordenamiento jurídico del deber de protección, imponiéndoselo a la víctima.⁶⁶

Por otro lado, la imposición del deber de protección a la víctima puede traducirse en la concesión de un margen o derecho para atacarla. Esto es así porque si el autor puede argumentar que la víctima debía estar prevenida, podrá justificar no recibir toda la dureza del reproche penal (eludiendo la alevosía y siendo condenado solamente por el delito de homicidio). Además, este deber de prevención cuestiona la función de protección del Derecho Penal. Este deber de prevención (o de protección) da paso a una forma personal, ajena al Derecho, de resolver conflictos que, en realidad, son constitutivos de delitos públicos.

Efectivamente, teniendo en cuenta todo esto, el TS ha rectificado su postura en lo relativo a la «riña previa», llegando a decir en 2013 que «el automatismo interpretativo que

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 2006, pág. 83. ROXIN, Claus, *Cuestiones básicas de la teoría del injusto*, Edit. Trotta, Madrid, 1995, p. 69.

tradicionalmente venía excluyendo la alevosía en casos de riña mutuamente aceptada hace años que quedó superado»⁶⁷. Esta rectificación se ha llevado a cabo de dos maneras.

La primera, por la vía indirecta de admitir la posibilidad de una alevosía sorpresiva sobrevenida. Esta alevosía sorpresiva sobrevenida encuentra su significado en la idea de que una disputa anterior no niega necesariamente la presencia de alevosía sorpresiva, ya que la sorpresa puede sobrevenir a la disputa: «Dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, que es la que se postula por la parte recurrente en este caso, la jurisprudencia de la Sala distingue los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también considera alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada»⁶⁸.

Por otra parte, el TS también ha tomado en ocasiones la opción de definir dos excepciones para su doctrina de la «riña previa»: «Es cierto que hay una doctrina reiterada de esta Sala que considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito (SSTS. 12.5.93, 10.6.94, 24.7.2000), pero tal doctrina, dice la STS. 24.4.2000, tiene una doble matización: 1ª. Que no exista un cambio cualitativo importante, pues puede haber alevosía cuando, por ejemplo, en una riña meramente verbal, de repente uno de los contendientes saca un arma de forma inesperada para matar o lesionar. 2ª. Que no haya cesado el incidente anterior, pues cuando éste se ha dado por terminado y después hay una agresión súbita puede concurrir esta agravante. Por ello es compatible la alevosía con una discusión previa, cuando uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una

⁶⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 62/2013, de 29 de enero relativa al conocido caso de Marta del Castillo (ECLI:ES:TS:2013:178).

⁶⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 474/2011, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:3781).

actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se deslice hacia una agresión desproporcionada que coja de sorpresa al acometido (SSTS. 892/2007 de 29.10, 912/2009 de 23.9)»⁶⁹.

Como vemos, la primera excepción es la del cambio cualitativo en las circunstancias del que ya habíamos hablado. En segundo lugar, tenemos la continuidad del incidente que provocó el delito contra la vida, porque en caso de que la continuidad existiese, tampoco podríamos apreciar la alevosía.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, está claro que poco o nada se mantiene de la antigua doctrina jurisprudencial de la «riña previa» y del «deber de estar prevenido» que suponía, dado que las excepciones no parecen serlo realmente, ya que no se oponen a una regla general, sino que la eliminan.

4. 3. Alevosía por prevalimiento o desvalimiento

La tercera forma de alevosía es la de prevalimiento, desvalimiento e indefensión. Esta se caracteriza por el aprovechamiento, por parte del sujeto activo, de una especial situación de indefensión de la víctima. La diferencia con las anteriores formas de alevosía es que en esta, la situación de vulnerabilidad es siempre accidental y, por tanto, no se encuentra provocada por el sujeto activo. En la alevosía por desvalimiento, por tanto, el autor se aprovecha de las circunstancias personales de la víctima que facilitan la ejecución del delito⁷⁰.

El TS considera que la alevosía por desvalimiento puede ser de dos tipos: constitutiva o accidental: «También puede haber alevosía como consecuencia de la particular situación de la víctima, ya por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.), ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc.)»⁷¹. Lo que el TS diferencia, entonces, es una alevosía que tenga origen en el desvalimiento derivado de la propia condición de una persona (minusvalía, edad...) que es la constitutiva, de otra

⁶⁹ STS (Sala de lo Penal) núm. 856/2014, de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5442).

⁷⁰ ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», cit., p. 28.

⁷¹ STS (Sala de lo Penal) núm. 460/2010 de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2563).

alevosía originada por una situación temporal de indefensión por la que esté pasando la víctima (sueño, sometimiento al efecto de drogas...). De esta manera, nos encontramos ante dos formas de desvalimiento distintas.

La doctrina mayoritaria, en general, rechaza la postura jurisprudencial que admite el desvalimiento como un elemento constitutivo de la alevosía. La razón se encuentra, tal y como hemos explicado anteriormente, en la desconexión entre el concepto legal y el jurisprudencial de alevosía. En el CP es el sujeto activo el que debe aniquilar la posibilidad de defensa del ofendido con concretos medios, modos o formas; si el ofendido no puede defenderse por su condición, ajena a la voluntad del autor, la alevosía se encuentra ausente. Así dice MUÑOZ CONDE: «Según reiterada jurisprudencia, la muerte de niños, ancianos, impedidos, etc., debe estimarse siempre como alevosa y, por tanto, como asesinato [...]. Este criterio es incompatible con el sentido literal de la definición legal transcrita, porque en estos casos el sujeto activo no emplea “en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente asegurarla”, sino que se encuentra con una situación no provocada ni buscada por él. Por otra parte, tampoco hay en estos casos posible reacción defensiva por parte del ofendido, faltando con ello el segundo requisito objetivo de la alevosía»⁷². En la misma línea, MIR PUIG señala: «Por tratarse de una agravante referida a los procedimientos de comisión (“medios, modos o formas en la ejecución”), en la doctrina se ha señalado la improcedencia de su estimación por el hecho de que el sujeto pasivo sea un niño o un ser indefenso constitucionalmente»⁷³.

Tradicionalmente se ha admitido dentro de la modalidad de asesinato el cometerlo sobre una persona absolutamente indefensa, al margen de la alevosía. Por el contrario, en el CP actual, esa absoluta indefensión no encuentra cabida, por lo que se utiliza el concepto de alevosía de una forma incoherentemente amplia para dar cobertura a supuestos que, por el contrario y en la regulación actual, deberían ampararse por el abuso de superioridad: «Así, la jurisprudencia ha estimado frecuentemente que la muerte de un niño es siempre alevosa (calificándola, por tanto, como asesinato, art. 139 CP), cuando en realidad, si sólo existe la inferioridad propia de la edad –sin interposición de medios alevosos–, debe

⁷² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 22.^a ed., cit., p. 47.

⁷³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, Reppertor, 9.^a edición, Barcelona, 2011, p. 634.

acudirse a la circunstancia de abuso de superioridad»⁷⁴. En la misma línea, CEREZO MIR sostiene lo siguiente: «[...] el Tribunal Supremo considera que concurre alevosía siempre que se dé muerte o se causen lesiones a un niño, un anciano, un ciego o un inválido. Esta tesis, que llegó a hallar acogida en algunos de los modernos textos prelegislativos españoles, me parece insostenible, pues si el sujeto no ha elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir los riesgos para su persona dimanantes de la posible defensa de la víctima cabrá aplicar la agravante de abuso de superioridad, pero no la de alevosía»⁷⁵.

Quizá uno de los motivos por los que no se aplica la agravante de abuso de superioridad, y se trata de argumentar la necesidad de una mayor pena mediante una concepción jurisprudencial de la alevosía distinta a la legal, es porque los supuestos de desvalimiento tampoco encajan a la perfección con el abuso de superioridad. En el abuso de superioridad se exige un gran desequilibrio entre las fuerzas del autor y de la víctima, pero no la ausencia total de capacidad de defensa: «Si la capacidad de defensa no resulta anulada, sino ostensiblemente disminuída [sic], operará la agravante de abuso de superioridad»⁷⁶.

De todas formas, tampoco debería usarse el criterio de abuso de superioridad teniendo en cuenta que, según el TS, la superioridad de la que se abusa no debe ser inherente al delito: «La superioridad de la que se abusa no ha de ser inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así»⁷⁷. Esta misma jurisprudencia respecto del abuso de superioridad debería aplicarse también al caso de la alevosía, dado lo relacionado que están ambos conceptos jurídicos. La jurisprudencia no debería reconocer el carácter alevoso de los casos de desvalimiento si respetase el requisito de no inherencia que aplica respecto de la circunstancia de abuso de superioridad. Siguiendo el argumento del TS en lo relativo al abuso de superioridad, la apreciación de la alevosía no resulta

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Edit. Tirant lo Blanch, 8.ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2010, p. 490.

⁷⁵ CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II., cit.*, pp. 696 y s.

⁷⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 211/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2230).

⁷⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 233/2011, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2036).

congruente en muchos casos con motivo de la inherencia: por ejemplo, no se puede elegir que un tetrapléjico pueda levantarse y defenderse, ni que un niño tenga las proporciones y la madurez para salvarse del peligro. Si se quiere atacar a una persona que, por casualidad, se encuentra desvalida, no tiene sentido apreciar la alevosía, que es propia de la conducta del autor que busca directamente, de forma activa, anular la defensa del ofendido.

En cualquier caso, lo que parece patente es que el supuesto de desvalimiento constituye un supuesto que no parece amparable ni por la alevosía⁷⁸, en la que la sustenta la jurisprudencia; ni por el abuso de superioridad, que es la más importante postura doctrinal. De todas formas, dado que parecen ser estas dos opciones las únicas que permiten agravar la pena del que comete un mayor injusto por producir la muerte de una persona desvalida, el abuso de superioridad es la mejor solución, dado que en el caso del abuso de superioridad no se exige el empleo de medios, modos o formas para provocar la indefensión «mientras que en la alevosía la ventaja del agresor se reside en los medios, modos o formas de ejecución empleados, en el abuso de superioridad la ventaja reside en la inferioridad de la víctima»⁷⁹.

De todas formas, no encuentro sentido a detenerme más en este punto, dado que desde la reforma del CP de 2015 se puede acudir al homicidio agravado del art. 138.2 a) CP, aplicable en el caso de que la víctima sea menor de dieciséis años o una persona especialmente vulnerable con motivo de su edad, enfermedad o discapacidad.

En muchos casos es posible que resulte complicado distinguir entre una forma y otra de alevosía. De todas formas, en mi opinión, este es un problema de escasa importancia práctica, ya que si existen distintas situaciones alevosas es porque es necesario aclarar en qué casos hay alevosía y en cuáles no. Lo importante, por tanto, es saber si hay o no alevosía (independientemente de la clase de alevosía que mejor encaje en la situación concreta) para poder aplicar la agravante.

⁷⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 519/2012, de 15 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4588): «La situación asimétrica de capacidades en que se encontraban los acusados y la víctima no es suficiente por sí sola para dar por satisfechas las exigencias que para tal agravación requiere el artículo 22.1ª del Código Penal».

⁷⁹ ARIAS EIBE, J. M., «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», *La ley digital*, 2756/ 2006, p. 3.

4. 4. La denominada alevosía convivencial o doméstica

El TS ha incluido un cuarto caso de alevosía: la alevosía convivencial o doméstica⁸⁰. La STS 527/2021, de 29 de junio la ha designado como una modalidad basada en la relación de confianza que trae causa de la convivencia entre la víctima y el agresor, que genera en esta primera una total despreocupación respecto de cualquier eventual ataque que pueda tener origen en las acciones del acusado⁸¹.

La Sala de lo Penal del TS introduce en dos importantes sentencias el concepto de la «perspectiva de género»⁸² para referirse a los casos en los que se produce un aprovechamiento específico (demostrado con la prueba practicada) por el hecho de ser la víctima una mujer (con la consecuente superioridad física del agresor), y por la situación de indefensión que sufre en el ámbito doméstico, donde no espera recibir un ataque (resultando éste sorpresivo). Ambos casos, según el TS, fueron considerados tentativas de asesinato precisamente por la concurrencia de la alevosía en la comisión del hecho delictivo. La anulación de la defensa de la víctima por los motivos que ya hemos explicado, nos permiten apreciar la alevosía considerándola con una perspectiva de género, al ocurrir los hechos sobre la mujer e incluso delante de sus hijos, con el mayor aseguramiento de la acción. Una mujer no espera ser agredida en su hogar y por su propia pareja, independientemente de que la tendencia alevosa y la indefensión de la víctima deban ser probadas igualmente.⁸³

⁸⁰ Indica FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41 que esta modalidad no es plenamente autónoma sino que se utiliza como refuerzo de las modalidades habituales de alevosía.

⁸¹ Véase también STS (Sala de lo Penal) núm. 299/2018, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2370). Véase PEÑARANDA RAMOS, «Delitos contra las personas», cit., núm. marg. 7067. Lo valora positivamente, aunque cree que podría incluirse en las otras modalidades ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Asesinato», cit., p. 187.

⁸² SsTS (Sala de lo Penal) núm. 247/2018, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:2003) y núm. 282/2018, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2182).

⁸³ MAGRO SERVET, V., «Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género», *La ley digital* 11416/2018, 09/02/2021, p. 8.

La perspectiva de género de la que hemos hablado se encuentra ligada en cierta manera con la alevosía convivencial o doméstica⁸⁴, si bien esta última no parece requerir en todo caso que el agresor sea el hombre y la víctima, la mujer. Esta alevosía deriva únicamente de la relajación de los recursos defensivos debidos a la imprevisibilidad de un ataque llevado a cabo por la persona con la que a víctima convive diariamente. Concretamente, en 2017 el TS dice lo siguiente: «Aun cuando la víctima trató de defenderse del ataque con las manos, la Sala entiende que el ataque es alevoso, resaltando que el mismo quebranta la atmósfera de confianza que rige en el propio hogar, clima de confianza acentuado por la presencia de los tres hijos menores de edad; configurando así un escenario que, declara el Tribunal, ha sido bautizado en algunos precedentes jurisprudenciales con la plástica expresión “alevosía doméstica” o “alevosía convivencial”»⁸⁵.

V. CUASIALEVOSÍA Y COMPATIBILIDAD DE LA ALEVOSÍA CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES

5.1. Diferencias entre la alevosía y el abuso de superioridad

La circunstancia agravante de abuso de superioridad es conocida también como alevosía menor, de menor grado o incluso como cuasialevosía⁸⁶. No es la finalidad de este trabajo detenerse excesivamente en esta agravante, ya que no es el tema principal, pero considero necesario dar alguna pincelada que me permita diferenciarlo claramente de la alevosía para, de esta manera, poder entender mejor esta última. Esta alevosía de menor grado presenta unas características propias que es necesario precisar. En los párrafos siguientes trataremos los aspectos más importantes del abuso de superioridad, teniendo en cuenta lo que la doctrina y la jurisprudencia tienen que decir al respecto.

⁸⁴ SsTS (Sala de lo Penal) núm. 16/2012, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2012:409), 527/2012 de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4691), y 765/2017, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4286).

⁸⁵ STS (Sala de lo Penal) núm. 765/2017, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4286).

⁸⁶ ARIAS EIBE, M. J., «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», cit., p. 1.

En primer lugar, es necesario distinguir el abuso de superioridad del disfraz y del aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente. Estas dos últimas agravantes son distintas de la primera, ya que el disfraz no supone la creación de una posición de autoridad y el aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas tampoco implica necesariamente que esa superioridad se esté dando. De esta manera, debemos tener claro que el abuso de superioridad debe entenderse separadamente respecto de estas otras agravantes. Para poder apreciar la circunstancia agravante de abuso de superioridad, es necesario que exista una notoria o notable desproporción o desequilibrio de fuerzas físicas, psíquicas, anímicas, desequilibrio circunstancial o de otra especie. Esta desproporción o desequilibrio debe darse entre las fuerzas del sujeto activo o de los sujetos activos, y el sujeto pasivo. Este desequilibrio puede ser de muy distintos tipos, desde el personal numérico (varios atacantes contra una sola víctima) hasta el generacional (cuando la víctima es un niño) el terapéutico (la víctima es un anciano o cualquier otra persona desvalida con motivo de invalidez o enfermedad) o el medial o instrumental (cuando los atacantes utilicen armas)⁸⁷.

El fundamento de la agravación de la pena se encuentra en la mayor gravedad de lo injusto, dada la especial vulnerabilidad de la víctima que es atacada por quien goza de una posición de superioridad, o incluso de autoridad. Todo esto conlleva una mayor facilidad en la ejecución del hecho, la patente desproporción entre las fuerzas ofensivas y defensivas y, en consecuencia, un mayor desvalor de la acción⁸⁸.

En estos momentos, lo que realmente nos interesa es entender dónde está el límite que separa el abuso de superioridad de la alevosía, tal y como la hemos estado estudiando. Para empezar, y además de en su ámbito subjetivo, se diferencian en su ámbito de aplicación, ya que la alevosía solo puede aplicar a los delitos contra las personas por imposición del art. 22.1ª, mientras que el abuso de superioridad es una gravante genérica que puede aplicarse a cualquier delito. Por otro lado, la alevosía conlleva la utilización de

⁸⁷ ARIAS EIBE, M. J., «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», cit., p. 1.

⁸⁸ ARIAS EIBE, M. J., «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», cit., p. 2.

medios, modos o formas tendentes a lograr la indefensión de la víctima. En el abuso de superioridad, la situación de superioridad puede no provenir de unos medios concretos dirigidos a mermar la defensa de la víctima. La situación de superioridad puede ser anterior e independiente del delito posteriormente cometido, sin que esto exima del mayor desvalor de la acción.

Además, la alevosía se caracteriza por tratar de evitar los riesgos que para el sujeto activo tenga la defensa de la víctima, mientras que esa precaución no es tomada en cuenta en la agravante de abuso de superioridad. Por otro lado, y como evidencia el hecho de que uno de los nombres con el que se identifica al agravante de abuso de superioridad sea el de cuasialevosía o alevosía de segundo grado, parece evidente entender que existe una diferencia cuantitativa⁸⁹. En la alevosía debe existir la búsqueda de una completa indefensión, mientras que en el abuso de superioridad es suficiente con que la capacidad de defensa de la víctima quede debilitada.

Por descontado, es evidente que la alevosía y el abuso de superioridad son incompatibles, como ya habíamos explicado anteriormente⁹⁰.

5.2. Compatibilidad de la alevosía con otras circunstancias atenuantes y agravantes

La doctrina no encuentra problema en compatibilizar la alevosía con circunstancias atenuantes como la enajenación mental, por ejemplo, aun teniendo en cuenta que esta última, en ocasiones, altera las emociones del sujeto actor hasta el punto de evitarle ser consciente de la realidad de sus actos. Esto se debe a que la alevosía supone un plus de antijuridicidad y se refiere a la ejecución del hecho y no a su preparación. Por el contrario, las circunstancias atenuantes con las que vamos a relacionar la alevosía conllevan una minoración en la culpabilidad. Esto nos permite llegar a la conclusión de que la alevosía y

⁸⁹ ARIAS EIBE, M. J., «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», cit., p. 3. GÓMEZ MARTÍN, V., «Asesinato», en Corcoy Bidasolo (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de reforma del Código penal, tomo 1*, 2.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p. 52, considera que en el abuso de superioridad las posibilidades de defensa de la víctima se ven reducidas o disminuidas en menor medida que en la alevosía.

⁹⁰ En contra de esta opinión GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal español, Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 129.

estas circunstancias atenuantes no resultan incompatibles al tener finalidades distintas⁹¹, como señala la jurisprudencia que afirma la compatibilidad entre la alevosía y la enajenación mental incompleta.

En la STS de 16 de octubre de 1985 se señala la diferencia que existe entre la alevosía y la eximente incompleta de trastorno mental transitorio: la primera se centra en el modo de obrar, mientras que la segunda lo hace en el estado psíquico del sujeto. Esto significa que, mientras no se hallen anuladas y siempre que el agente tenga el suficiente grado de discernimiento para conocer la forma e instrumentalidad que ha tenido su conducta, ambas circunstancias serán compatibles al descansar sobre ámbitos distintos (la alevosía sobre el obrar, y el trastorno mental transitorio, sobre el «querer»).

Algo parecido sucede con la circunstancia atenuante por grave adicción del art 21.1 CP. La alevosía y la grave adicción pueden concurrir en un mismo caso, por lo que su compatibilidad es evidente.

Es de señalar también la compatibilidad de la alevosía con la circunstancia atenuante de haber procedido el culpable a resarcir el daño de la víctima o a confesarse culpable, ya que la alevosía y esta atenuante pertenecen a momentos distintos (la primera forma parte del comportamiento delictivo, mientras que la segunda sucede después del delito).

Por otro lado, es cierto que la alevosía no es compatible con todas las atenuantes, ya que no lo es, por ejemplo, con la eximente incompleta de legítima defensa (en esto la doctrina⁹² es unánime, al entender que los elementos subjetivos no pueden existir simultáneamente).

Por otro lado, también debe estudiarse la compatibilidad de la alevosía con las circunstancias agravantes. No es compatible con la circunstancia agravante de disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de las circunstancias del lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del

⁹¹ ARIAS EIBE, M. J., «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-02 (2005), cit., p. 22.

⁹² CAMARGO HERNANDEZ, C., *La alevosía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, p. 95 ss; vid. ALTES MARTI, M. A., *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, pp. 286 a 289.

delincuente, del art 22.2 CP⁹³. Esta incompatibilidad se debe a que el aprovechamiento de estas circunstancias es alevoso por definición, si bien es cierto que en el caso de que el objetivo del disfraz o del abuso o aprovechamiento tengan como finalidad únicamente evitar que el hecho sea atribuido a su autor, la agravante será compatible con la alevosía, pero si tiene como finalidad colaborar en evitar la defensa del ofendido y el riesgo del actor, la incompatibilidad es manifiesta⁹⁴. La STS de 17 de noviembre de 1998 explica que las circunstancias agravantes del art. 22.2 CP tienen en común la intención de debilitar la defensa del ofendido, por lo que serían subsumibles en la agravante más genérica de la alevosía, no pudiendo apreciarse independientemente.

VI. EL ASESINATO ALEVOSO Y EL TIPO AGRAVADO DE HOMICIDIO POR LA MUERTE DE UN MENOR DE DIECISÉIS AÑOS O PERSONA ESPECIALMENTE VULNERABLE POR RAZÓN DE EDAD, ENFERMEDAD O DISCAPACIDAD

Como ya hemos señalado anteriormente la jurisprudencia reconoce la llamada alevosía por desvalimiento que consiste en aprovecharse de una situación de desamparo de la víctima, así por ejemplo en el caso de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves... La doctrina⁹⁵ se plantea si la reforma de 2015 ha supuesto la eliminación de la alevosía por desvalimiento en aquellos casos que se puedan considerar incluidos en el tipo agravado de homicidio que se comete sobre menor de dieciséis años de edad, o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 138.2 a) CP). Así por ejemplo MUÑOZ CONDE considera que ya no se podría sostener «la interpretación de que toda muerte de un ser desvalido es automáticamente alevosa»⁹⁶.

Sin embargo, el TS ha manifestado que la regulación de los arts. 138 a 140 no debe suponer un cambio en la interpretación. En la STS 80/2017, de 10 de febrero indica que

⁹³ GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*, cit., p. 129.

⁹⁴ ARIAS EIBE, M. J., «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 28.

⁹⁵ Sobre ello véase VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «La jurisprudencia sobre la nueva regulación del delito de asesinato», *Diario La Ley*, n.º 9726, 2020, p. 5.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 22.ª ed., cit., p. 47.

«una gran parte de los casos en que la víctima es menor de edad o persona especialmente vulnerable serán supuestos de alevosía. Pero no todos necesariamente. De lo contrario carecería de sentido la previsión del homicidio agravado que recoge el vigente art. 138.2 a) CP). El homicidio agravado por razón de la víctima ha de tener su propio campo de acción: aquel en que no exista alevosía». Y añade que «son imaginables sin excesivo esfuerzo supuestos en que pese a ser la víctima menor de 16 años o vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía. Sería entonces aplicable el homicidio agravado del art. 138.2. a) CP. Pensemos en el homicidio sobre un adolescente de 15 años capaz de desplegar su propia defensa. O incluso, excepcionalmente, en niños en compañía de personas que las protegen y por tanto revierten la situación de indefensión connatural a la corta edad y complexión física en formación y por ello muy débil, si el menor fuese atacado cuando está solo [...]». Según el TS en los casos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad) o la enfermedad o discapacidad física o mental determinen por sí solas la alevosía habrá que aplicar el tipo básico de asesinato. Y concluye «la muerte de un ser desvalido que suponga por sí alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1ª CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2 a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8 reglas 1 y 4 CP)». La STS 520/2018, de 31 de octubre y recientemente la de 5 de mayo de 2020 reiteran estos planteamientos. En una sentencia más reciente de 2021 cuyo ponente es Martínez Arrieta⁹⁷ se hace también eco de lo anterior pero se incide en que el autor tenga que crear o forzar esa situación: «Es factible, de acuerdo a nuestra jurisprudencia fundar la alevosía en la situación de desvalimiento de la víctima que por su edad, su situación psicofísica u otra situación análoga está en una situación objetiva de indefensión pero se requiere que del relato fáctico resulte que el autor sea consciente y aproveche esa situación para la prosecución de la acción». En ese caso concreto aunque constaba que el autor conocía la situación de desvalimiento no se indicaba nada respecto de ese aprovechamiento y por ello aplican el art. 138 CP agravado por la situación de especial vulnerabilidad de la víctima.

⁹⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 462/2021, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2172).

Según PEÑARANDA RAMOS, para valorar la compatibilidad de la postura sostenida por el TS y el tipo agravado del homicidio hay que distinguir dos tipos de supuestos:

a) En relación con los menores de dieciséis años, indica este autor que teniendo en cuenta que el TS aprecia alevosía por desvalimiento en relación con niños de corta edad (entre tres meses y cuatro años), el art. 138.2 CP podría reservarse para los casos en los que hasta ahora la menor edad de la víctima determinaba la apreciación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad.

b) En el caso de que la muerte se cause a una persona especialmente vulnerable por razón de su edad avanzada, enfermedad o discapacidad es más difícil establecer planteamientos claros, pero propone también atender a los criterios que se utilizan para delimitar la alevosía del abuso de superioridad. Es decir, atender a si la conducta ha supuesto una completa exclusión de las posibilidades de defensa del ofendido o solo las ha disminuido de forma notable⁹⁸.

De esta manera, podemos determinar que un delito podrá ser calificado como homicidio agravado en aquellos casos en los que la edad o la enfermedad de la víctima no impidan que emplee medios defensivos. Si la víctima puede defenderse, no habrá alevosía y el delito será homicidio agravado. Si, por el contrario, la edad o la enfermedad de la víctima impiden totalmente su defensa, concurrirá alevosía y aplicaremos el asesinato hiperagravado del art. 140.1.1^a ⁹⁹.

VII. LA HIPERCUALIFICACIÓN DEL ASESINATO DEL ART 140.1.1º CP EN CASO DE VÍCTIMAS VULNERABLES: ¿PROBLEMAS DE *BIS IN IDEM*?

La LO 1/2015 introdujo unos supuestos que se han denominado hiperagravados y que determinan, como hemos dicho antes, la imposición de la pena de prisión permanente revisable. El Tribunal Supremo ha cuestionado la prisión permanente revisable como pena correspondiente a estas modalidades de asesinato hiperagravado. Lo ha hecho mediante la

⁹⁸ Véase PEÑARANDA RAMOS, E., «Delitos contra las personas», *Memento práctico penal*, 2021, Francis Lefebvre, núm. marg. 7014.

⁹⁹ BERDUGO GARCÍA-MAESTRO, M.^a J., «Reforma del homicidio doloso y asesinato», en Abadías Selma/Bustos Rubio, *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, cit., p. 262.

STS 716/2018, de 16 de enero de 2019, que analiza la redacción jurídica que se dio en 2015 a la prisión permanente revisable teniendo como base los principios básicos que rigen en materia penal. La sentencia se pronuncia abiertamente en contra de la prisión permanente revisable, llegando a decir que «compromete a perpetuidad la libertad del condenado, y también su propia dignidad (los comentaristas patrios clásicos de los códigos decimonónicos afirmaban que quitaba toda esperanza y eliminaba el rasgo esencial del hombre, la sociabilidad)»¹⁰⁰

Parte de la doctrina apoya la crítica a la deshumanización que existe detrás de la prisión permanente revisable y que encuentre cabida en esta sentencia. Es de valorar, sobre todo, en una época de constante modificación del CP, que lo está volviendo cada vez más punitivo: «El TS no sólo ha señalado los defectos de técnica legislativa de la prisión permanente revisable, que, no olvidemos, van a impedir su aplicación en una parte importante de los supuestos que contempla; y que en general, dificultan enormemente llegar a la pena proporcionada y justa. El TS ha ido más allá, apuntando a las diferencias claves entre esta pena y los ordenamientos en que dice inspirarse, sus consecuencias deshumanizadoras y el peligroso contexto de inflación punitiva en que actualmente nos desenvolvemos»¹⁰¹.

De todas formas, y aparte de la doctrina, la postura en contra de la prisión permanente revisable se ha manifestado en otras sentencias, como la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019, que realiza una serie de consideraciones con relación al alcance y al ámbito de la reforma de 2015 y a la nueva sistematización de los tipos del delito de asesinato. Esta sentencia llega a decir que «con el adjetivo añadido de revisable, que no evita la posibilidad de que integre prisión por vida, aunque paradójicamente se afirma su constitucionalidad, porque existe posibilidad de que no sea perpetua o si se prefiere, porque su «permanencia no es inexorable» manifestando una crítica implícita a la constitucionalidad de una pena que, de facto, puede ser aplicada de por vida y sin límite temporal.

¹⁰⁰ STS (Sala de lo Penal) núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:82].

¹⁰¹ SOLAR CALVO, P., «STS 713/2018, de 16 de enero de 2019, sobre prisión permanente revisable: primer varapalo judicial a una pena cuestionada», cit., p. 5.

Otra crítica es la de la falta de alternativas a la pena y de un establecimiento personal de la misma: «Además, se implanta como pena única, sin alternatividad ni posibilidad de individualización judicial»¹⁰².

Además de lo anterior ha recibido especial atención tanto por la doctrina como por la jurisprudencia la relación que cabe establecer entre el asesinato cuando se entiende que concurre la alevosía por prevalimiento y el tipo hiperagravado de asesinato previsto en el art. 140.1.1.^a referido a los casos en que la víctima es menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Se plantea si con la aplicación del 140 se vulneraría el principio *non bis in idem*, dado que el asesinato hiperagravado correspondiente a la vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad de la víctima (art. 140.1.1.^a CP) que lleva aparejada una pena de prisión permanente revisable, tiene su fundamento en una situación de indefensión que ya se encontraría apreciada en el caso del asesinato alevoso (art. 139.1.1.^a CP). Esto se puso de manifiesto en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de CP de 2012 pues consideraba que si en la valoración de la alevosía se había tenido en cuenta la edad de la víctima o su especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad para valorar la eliminación de la defensa de la víctima apreciar la circunstancia del art. 140.1 CP no sería posible sin vulnerar la prohibición de *non bis in idem*.

Frente a este problema, se han planteado diversas posibles soluciones por parte de la jurisprudencia del TS. La primera consistiría en considerar que la modalidad hiperagravada no debe ser apreciada debido a la vulneración del principio *non bis in idem*; y la segunda consistiría en la afirmación de que los dos tipos penales son diferentes, teniendo cada uno un ámbito de aplicación distinto, con lo que esta modalidad hiperagravada no vulneraría el principio *non bis in idem*¹⁰³. Esta opción, por otra parte, ha evolucionado volviéndose cada vez más amplia.

La primera opción pone de manifiesto la aparente contradicción resultante de que se valore dos veces la indefensión de la víctima: en primer lugar para apreciar el tipo básico

¹⁰² STS 716/2018, de 16 de enero de 2019.

¹⁰³ VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «La jurisprudencia sobre la nueva regulación del delito de asesinato», *Diario La Ley*, n.º 9726, 2020, pp. 12 y 13.

de asesinato y, en segundo lugar, para apreciar la vulnerabilidad especial del tipo agravado. Esto lleva a quienes defienden esta postura a no considerar aplicable el tipo hiperagravado: «una vez apreciada la alevosía que cualifica el asesinato, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión, con quiebra del principio *non bis in idem*»¹⁰⁴. La consecuencia de esta postura consiste en negar la aplicación de la hiperagravación por considerar que aplicarla conllevaría una doble imposición prohibida. La especial vulnerabilidad es la que ha provocado la especial indefensión que ha servido para cualificar la alevosía.

Así en la STS 716/2018 se enjuicia un supuesto en el que se apreció asesinato alevoso apoyándose en que la situación de indefensión de la víctima provenía tanto del ataque sorpresivo como de la especial situación de la vulnerabilidad de la víctima por su enfermedad o discapacidad (la víctima había sufrido un ictus y tenía dificultades de movilidad). En este caso el TS consideró que no era posible aplicar la hiperagravación del art. 140.1.1.^a porque se incurriría en una doble valoración ya que las circunstancias de la edad y la discapacidad habían determinado la indefensión de la víctima y habían cualificado el hecho como asesinato. Añade además que «tampoco resulta posible escindir las diversas modalidades de alevosía» para entender que sorpresiva y proditoria cualifican el asesinato y la de desvalimiento lo hipercualifica ni tampoco fundamentar el asesinato en el ensañamiento y acudir luego al tipo hipercualificado por la vulnerabilidad de la víctima.

Sin embargo, posteriormente el TS pretende armonizar ambos tipos penales, para que puedan ser apreciados en casos diferentes.

En la STS 520/2018, de 31 de octubre se explica que en el caso de que las circunstancias que conllevan la vulnerabilidad (como la edad en el caso del supuesto, en el que nos encontramos con una víctima de 88 años) determine por sí sola la alevosía, deberemos aplicar el tipo básico de asesinato. Por el contrario, si en el mismo supuesto la alevosía es independiente de la condición de la víctima (el autor, en este caso, ataca a su víctima por la espalda) nos encontraríamos ante una alevosía independiente de la avanzada edad de la víctima, por lo que se habría producido un ataque claramente alevoso a una

¹⁰⁴ STS (Sala de lo Penal) núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:82).

persona que, además, es especialmente vulnerable. Esto explica que la alevosía y la vulnerabilidad sean compatibles, al ser independientes y no suponer la apreciación de ambas calificaciones una vulneración del *non bis in idem*. En este caso, sí sería aplicable la pena del art. 140 CP, de acuerdo con esta tesis.¹⁰⁵

En el supuesto de la sentencia, el asesino atacó por la espalda (alevosía sorpresiva e inopinada) a una anciana de 88 años, que por su edad era evidentemente vulnerable. Al deberse la alevosía al ataque repentino y por la espalda, y no necesariamente a la avanzada edad de la víctima, la alevosía y la vulnerabilidad resultan compatibles: «Concurre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía, vulnerabilidad) que, por tanto, resultan compatibles. 1. La alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresiva e inopinada), un estrangulamiento inesperado con un cable, que no dejaba capacidad de reacción. Habría alevosía fuese cual fuese la edad y condición de la víctima. 2. La agravación de especial vulnerabilidad se basa en la ancianidad y situación de la víctima. Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay *bis in idem* sino un legítimo *bis in altera*»¹⁰⁶.

Encontramos otro ejemplo de esta tesis en un caso más reciente. Es el supuesto de un sobrino que propina una brutal paliza a su tía utilizando diversos objetos y sus propios puños, con la intención de producirle la muerte. La víctima era especialmente vulnerable por tener una discapacidad global del 62%, lo que conlleva una especial dependencia y desvalimiento por las limitaciones funcionales propias de su discapacidad. El TS entendió que en este supuesto que la alevosía era compatible con la situación de especial vulnerabilidad del art. 140.1 CP al tener ambas fundamentos jurídicos distintos¹⁰⁷. Otro ejemplo de esta tesis lo encontramos en otra importante sentencia de 2018. En este caso no se plantea imponer la pena de prisión permanente revisable, dado que los tres asesinatos planeados por el autor quedaron en tentativa. Independientemente de esto, se discute sobre si la alevosía es independiente o no de la edad de una de las víctimas (menos de dieciséis años, concretamente de tres años de edad) y se decide que sí. En este supuesto, el autor vierte sustancias tóxicas reiteradamente en los alimentos que van a consumir sus víctimas.

¹⁰⁵ Véase PEÑARANDA RAMOS, cit., núm. marg. 7111.

¹⁰⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 520/2018, de 31 de octubre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:3687]

¹⁰⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 320/2021 de 21 de abril de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:1406].

Lo hace allanando la morada de sus víctimas en repetidas ocasiones, utilizando una copia de sus llaves y tras asegurarse de que la vivienda se encuentre vacía. El hecho de conocer los horarios de sus víctimas y aprovechar ese conocimiento y la posesión de las llaves para garantizar poder verter las sustancias en los alimentos, es motivo suficiente para apreciar la alevosía. El atentado contra la vida del menor es igualmente alevoso por las razones anteriormente citadas, que son independientes de la corta edad del niño (lo que permite apreciar la alevosía y el intento de asesinato a un menor de dieciséis años sin vulnerar el principio *non bis in idem*¹⁰⁸.

El caso paradigmático de asesinato hiperagravado del art. 140.1.^a sería aquel en el que la alevosía no tuviera nada que ver con la edad o la enfermedad de la víctima. Es decir, cuando se base en elemento distintos de esas circunstancias, y no suponga «una vulneración del principio “*non bis in idem*”, sino un legítimo “*bis in altera*”»¹⁰⁹. Un ejemplo puede ser, según BERDUGO GARCÍA-MAESTRO, el del envenenamiento de un menor de quince años, en el que el asesinato es alevoso por el medio empleado (veneno) y además, especialmente grave por la escasa edad de la víctima¹¹⁰.

Más recientemente la jurisprudencia ha acabado formulando una tesis más amplia, distinta a las dos anteriores. En posteriores sentencias, el TS considera aplicable el art. 140 CP en otros casos en los que esta diferenciación entra la alevosía y la vulnerabilidad no parece tan clara. La sentencia más importante que respalda esta última tesis del TS es la del conocido «crimen de Pioz» en el que un individuo mata alevosamente a sus tíos y a los dos hijos de éstos (de uno y de tres años). En este supuesto, la alevosía respecto del asesinato de los menores parece englobada en la especial vulnerabilidad que representa una edad tan temprana, pero aún así el TS ha considerado que procedía la pena hiperagravada del art. 140 CP.

La STS de 5 de mayo de 2020¹¹¹, justifica la hiperagravación en el hecho de que el legislador creó el asesinato hiperagravado del art. 140 debido al convencimiento de que la

¹⁰⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 700/2018 de 9 de enero de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:24].

¹⁰⁹ STS (Sala de lo Penal) núm. 367/2019, de 18 de julio de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:2337].

¹¹⁰ BERDUGO GARCÍA-MAESTRO, M.^a J., «Reforma del homicidio doloso y asesinato», cit., p. 262.

¹¹¹ STS (Sala de lo Penal) núm. recurso 10461/2019, de 5 de mayo de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:814].

muerte alevosa de ciertas personas necesitadas de especial protección (como son dos niños, en este caso) siempre será más grave que la muerte, también alevosa, de otra persona que, por ejemplo, se encuentre dormido o bajo los efectos de ciertas sustancias. El problema, en casos como este, es que la alevosía parece idéntica. ¿Por qué el asesinato de una persona especialmente vulnerable, que no pueda defenderse por razón de circunstancias como la edad o la discapacidad, debe ser más penado que la muerte de un adulto sano que se encuentre inconsciente por el efecto de las drogas y que, debido a esta circunstancia, se encuentre en una posición de aún mayor indefensión? La alevosía y la vulnerabilidad en el caso de la víctima vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad no parecen ser necesariamente compatibles. Esta es la postura que defendió el TSJCLM.

El TSJCLM anuló la condena de prisión permanente revisable impuesta por la Audiencia Provincial de Guadalajara por el asesinato de los niños: «[...] En efecto en el caso examinado la situación de desvalimiento de los menores, "dada su corta edad" tal y como resulta del contenido de la sentencia apelada, su especial vulnerabilidad junto con el ataque sorpresivo, mientras aquellos eran presas del terror y permanecían abrazados, integra la situación de indefensión que posibilita la apreciación de la agravante de alevosía del artículo 139.1.1.^a del Código Penal sin que sea posible en estos casos estimar "la hiper agravación" del art. 140.1.1.^a del Código Penal con base a la situación de vulnerabilidad, so pena de incurrir en proscrita doble valoración o ne bis in ídem de la circunstancia que cualificó el asesinato [...]»¹¹²

El TSJCLM, por tanto, consideró que aplicar el art. 140.1.1^a CP incurriría en una vulneración del principio *non bis in idem*, por lo que no condenó a dos prisiones permanentes revisables por el asesinato de los niños. El TS estimó los recursos de casación formulados por las acusaciones particulares, a las que se adhirió el Ministerio Fiscal, para poner punto y final a esta cuestión.

La respuesta que da el TS en su sentencia es la siguiente: «Como ya hemos dicho en la citada STS 367/2019, 18 de julio, la condición de la víctima menor de 16 años de edad supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador, y que no

¹¹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y la Mancha (Sala de lo Civil y de lo Penal) núm. 310/2019, de 13 de junio de 2019 [ECLI:ES:TSJCLM:2019:1558].

implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*) que impida la calificación en el art. 140.1.1º del Código Penal de los hechos referidos»¹¹³. Lo que queda asentado, por tanto, es que el asesinato de los menores de edad, al margen del de otras personas especialmente vulnerables, debe recibir un castigo mayor.

Cuando el TS dice que la edad de la víctima, inferior a dieciséis años, supone un fundamento jurídico distinto, hace referencia a que el interés del legislador autor de la reforma del CP (y, por tanto, de la hiperagravación del delito de asesinato) no tiene en realidad fundamento en la imposibilidad de defensa (requisito de la alevosía) sino en que el desvalor del asesinato es más intenso: «[...] el art. 140.1.1 del Código Penal no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1 esto es, la muerte de un menor ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso [...]»¹¹⁴.

La conclusión, por tanto, es que el legislador no construyó la figura del asesinato hiperagravado en atención a la imposibilidad de defensa de la víctima, que es en realidad una exigencia de la alevosía. El hecho de que el legislador se refiera a personas especialmente vulnerables lleva a pensar en la alevosía, pero lo que el legislador defiende es que es más grave el asesinato cometido sobre un menor de dieciséis años solamente por el hecho de su corta edad, independientemente de que además se tenga que apreciar la alevosía para que podamos hablar de asesinato y no de homicidio agravado: «la redacción del tipo hipercualificado del art. 140.1.1 del Código Penal es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental. Y ese enunciado –pese a sus

¹¹³ STS núm. recurso 10461/2019, de 5 de mayo de 2020.

¹¹⁴ STS núm. recurso 10461/2019, de 5 de mayo de 2020.

deficiencias técnicas— es algo más que un mecanismo de protección de las personas a las que el autor mata prevaleciéndose de su imposibilidad de defensa»¹¹⁵.

Un dato importante a tener en cuenta es que el ponente de esta sentencia es Manuel Marchena Gómez, presidente de la Sala de lo Penal del TS desde 2014. Que el ponente sea precisamente el presidente de la Sala indica la importancia de esta sentencia, y la firmeza con la que el TS sienta jurisprudencia en la fundamentación del tipo hiperagravado de asesinato.

Otro ejemplo lo encontramos en el supuesto de una madre que provocó la muerte de hija de 9 años. Le suministró medicamentos en la comida y en la bebida y, cuando estaba adormilada (no inconsciente) la asfixió con una almohada. Quedó acreditado que no pudo haber defensa por parte de la víctima, que, por supuesto, era menor de 16 años. En este caso, el TS repite que se pretende un castigo más grave en los asesinatos de menores que los causados a personas mayores con alevosía, debido a la mayor antijuridicidad que comporta la acción teniendo en cuenta la edad de la víctima¹¹⁶.

La justificación de la apreciación del art. 140 CP se encuentra en el mayor desvalor presente en el asesinato de un niño, frente al asesinato de un mayor de edad cuya capacidad defensiva ha sido reducida de otras maneras (como mediante el caso de drogas) y dice así: «El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección»¹¹⁷. Por otra parte, la jurisprudencia del TS consolida esta afirmación, ya que dice textualmente: «La literalidad de esta circunstancia hipercualificante, aparenta atender principalmente a la especial protección de estas personas menores o vulnerables, más que al mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, al no mencionar a las

¹¹⁵ STS (Sala de lo Penal) núm. recurso 10461/2019 de 5 de mayo de 2020.

¹¹⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 678/2020 [ECLI:ES:TS:2020:4188]

¹¹⁷ VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «La jurisprudencia sobre la nueva regulación del delito de asesinato», *Diario La Ley*, n.º 9726, 2020, p. 21.

personas accidentalmente privadas de aptitud para defenderse (dormidas, drogadas o ebria en la fase letárgica)»¹¹⁸.

Como conclusión, la justificación del tipo hiperagravado no se encuentra en el empleo de los medios, modos o formas en que consiste la alevosía, sino en el mayor desvalor que se produce al asesinar a una persona que precisa especial protección. Al ser distinto el fundamento de ambas circunstancias (alevosía y asesinato de una persona especialmente vulnerable) el principio *non bis in idem* se ve respetado¹¹⁹.

VIII. CONCLUSIONES

La alevosía es la circunstancia agravante que se aprecia cuando el autor de un delito contra las personas emplea en la ejecución medios, modos o formas destinados a asegurar la consecución del resultado, sin el riesgo que le pudiera suponer la defensa del ofendido. Para entender bien este concepto, en este trabajo se ha planteado primeramente su contenido y, posteriormente, las clases: Proditoria, sorpresiva, por desvalimiento y la novedosa alevosía convivencial o doméstica, introducida por el TS en recientes sentencias, que definen como alevoso el aprovechamiento de la relación de confianza originada por la convivencia entre la víctima y el agresor para que éste último realice el ataque contando con la despreocupación de la víctima.

Asimismo se han discutido sus diferencias con el abuso de superioridad y su compatibilidad con otras circunstancias agravantes y atenuantes.

La reforma del CP del año 2015 incluye dos importantes novedades relacionadas con el concepto de la alevosía: el tipo agravado de homicidio por la muerte de un menor de dieciséis años o persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad; y la hipercualificación del asesinato del art. 140 CP. Ambas han suscitado debate en la doctrina, por su relación con el concepto de la alevosía. Este trabajo ha estado dirigido a aclarar el concepto de la alevosía y sus distintas modalidades, para poder

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:82]

¹¹⁹ PINTO PALACIOS, F., «Alevosía, *non bis in idem* y prisión permanente revisable. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, n.º 9799, 2021.

entender bien su significado y la solución que la jurisprudencia ha encontrado a los dilemas originados por las modificaciones del CP.

El homicidio agravado se considera aplicable en casos específicos en los que la víctima es un sujeto aparentemente desvalido (menores de dieciséis años, ancianos, enfermos y discapacitados) por lo que la alevosía por desvalimiento parece característica de los delitos que conducen a la muerte de estas personas. El problema es que, en el caso de que apreciemos la concurrencia de alevosía por desvalimiento, el delito debería ser de asesinato y no de homicidio agravado. La solución se encuentra en la posibilidad de defensa de la víctima: si la víctima podría defenderse, el delito será homicidio y, si no, asesinato alevoso.

El tipo hiperagravado de asesinato del art. 140.1.1ª CP supone un aparente conflicto con el principio *non bis in idem*. Este asesinato hiperagravado está previsto para los casos en que la víctima es una persona especialmente vulnerable. Esto parece conllevar una doble imposición de pena en aquellos delitos que sean calificados como asesinatos por la conducta alevosa del autor: Si el autor actuó sobre una persona que, por su especial vulnerabilidad, no podía defenderse, la ausencia de posibilidad de defensa de la víctima sería castigada dos veces (por la alevosía y por la especial vulnerabilidad)

El TS ha ido ofreciendo distintas tesis para solucionar este problema. La postura más reciente se encuentra en la STS núm. recurso 10461/2019, de 5 de mayo de 2020. Esta sentencia tiene como ponente al presidente de la Sala de lo Penal del TS, Manuel Marchena Gómez, ha dado una respuesta definitiva. La aparente doble imposición que parecía conllevar el tipo hiperagravado de asesinato no existe, dado que la hiperagravación se justifica en un fundamento distinto al de la alevosía: la mayor gravedad de un delito cometido contra una persona especialmente vulnerable.

Por otra parte, la doctrina tiene reacciones variadas frente a estas respuestas jurisprudenciales. Algunos autores apoyan la jurisprudencia del TS, mientras que la mayoría se opone argumentando que la muerte de desvalidos debería basarse en el abuso de autoridad.

Independientemente de que el TS defienda los casos en que la hiperagravación del art. 140.1.1ª encuentra fundamento, esto no significa que el TS acepte sin reservas la pena

de la prisión permanente revisable. Este trabajo también contiene las reservas que el TS ha planteado frente a esta pena, llegando incluso a cuestionar su constitucionalidad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALTÉS MARTÍ, M. A., *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., en Álvarez García (Dir.)/Ventura Püschel (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial (I), Delitos contra las personas, 3.ª ed. Comentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las LO 1 y 2/2019*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.

ARIAS EIBE, José Manuel, «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», *La ley digital*, 09,02,2021.

BERDUGO GARCÍA-MAESTRO, M.^a J., «Reforma del homicidio doloso y asesinato», en Abadías Selma/ Bustos Rubio, *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, J. M Bosch Editor, Barcelona, 2020.

BOCANEGRA MÁRQUEZ, J. «Delitos Contra la Integridad Física», *Revista General del Derecho Penal* 34 (2020).

CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953

CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 64, 1998.

CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, Parte Especial, Vol. I.*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945.

CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, Ed. B de f, Montevideo–Buenos Aires, 2008.

FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, en Silva Sánchez (Dir.)/Ragués i Vallès (Coord.), Atelier, 2019

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 2006.

GÓMEZ MARTÍN, V., «Asesinato», en Corcoy Bidasolo (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de reforma del Código penal, tomo 1*, 2.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2019.

GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 4, 2000.

GRACIA MARTÍN, Luis y VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

MAGRO SERVET, V., «Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género», *La ley digital* 11416/2018. 09/02/2021.

MASIP DE LA ROSA, L. I., *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2017.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, Reppertor, 9.^a edición, Barcelona, 2011.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte especial*, , 22.^a edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Pelegrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 8.^a edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2010.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Delitos contra las personas», *Memento práctico penal*, Francis Lefbvre, 2021.

PINTO PALACIOS, F., «Alevosía, non bis in idem y prisión permanente revisable. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario la ley*, nº 9799, 25 de febrero de 2021.

PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo II, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1950

ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», en Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (Coords.), *Derecho penal. Parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de Marzo*, Comares, Granada, 2016.

ROXIN, Claus, *Cuestiones básicas de la teoría del injusto*, Edit. Trotta, Madrid, 1995.

SANVICENTE SAMA, Alejandro, «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía», en *Revista General de Derecho*, Año VI, Núm. 65, Febrero, 1950.

SOLAR CALVO, P., «STS 713/2018, de 16 de enero de 2019, sobre prisión permanente revisable: primer varapalo judicial a una pena cuestionada», en *La ley digital* 2283/2019.

VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «La jurisprudencia sobre la nueva regulación del delito de asesinato», *Diario La Ley*, n.º 9726, 2020.

X. JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1011/1997, de 12 de julio de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:4994]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1315/2002, de 12 de septiembre de 2002 [ECLI:ES:TS:2002:5243]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 415/2004, de 25 de marzo de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:2077]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 653/2004, de 24 de mayo de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:3549]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 543/2009, de 12 de mayo de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:3360]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 37/2010, de 22 de enero de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:922]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 122/2010, de 25 de febrero de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:910]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 437/2010, de 16 de abril de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:3532]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 424/2010, de 27 de abril de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:2901]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 460/2010, de 14 de mayo de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:2563]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 708/2010, de 14 julio de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:4124]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 863/2010, de 11 de octubre de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:5298]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 211/2011, de 30 de marzo de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:2230]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 233/2011, de 11 de marzo de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:2036]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 696/2011, de 18 de mayo de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:5631]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 474/2011, de 23 de mayo de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:3781]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 575/2011, de 22 de mayo de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:3886]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 598/2011, de 17 de junio de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:4302]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 841/2010, de 6 de octubre de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:5289]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 16/2012, de 20 de enero de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:409]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 519/2012, de 15 de junio de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:4588]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 527/2012, de 20 de junio de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:4691]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 618/2012, de 4 de julio de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:5332]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 62/2013, de 29 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:178] (El conocido caso de Marta del Castillo)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 527/2014, de 1 de julio de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:2699]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 856/2014, de 26 de diciembre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5442]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 114/2015, de 12 de marzo de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:824]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 314/2015, de 4 de mayo de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:2446]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 80/2017, de 10 de febrero de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:455]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 539/2017, de 12 de julio de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:2824]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 765/2017, de 27 de noviembre de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4286]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 778/2017, de 30 de noviembre de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4375]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 716/2018, de 16 de enero de 2018 [ECLI:ES:TS:2019:82]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 128/2018, de 20 de marzo de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1013]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 203/2018, de 25 de abril de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1442]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 247/2018, de 24 de mayo de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:2003]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 282/2018, de 13 de junio de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:2182]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 299/2018, de 19 de junio de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:2370]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 520/2018, de 31 de octubre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:3687]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 700/2018 de 9 de enero de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:24]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:82]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 241/2019, de 9 de mayo de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:1507]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 434/2020, de 9 de septiembre de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:2889]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. recurso 10461/2019, de 5 de mayo de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:814] (no consta el número de resolución)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 320/2021 de 21 de abril de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:1406]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 462/2021, de 27 de mayo [ECLI:ES:TS:2021:2172]