



Universidad de Valladolid



PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL:

**LA ALEVOSÍA EN LA ACTUALIDAD:
ESTUDIO HISTÓRICO-JURÍDICO Y DE
POLÍTICA LEGISLATIVA**

Presentada por JOSÉ MATEOS
BUSTAMANTE para optar al grado de
Doctor por la Universidad de Valladolid

Dirigida por:
Dra. MERCEDES ALONSO ÁLAMO

Índice

I – Introducción	9
II – Etimología.....	16
III – Evolución histórica y antecedentes de la alevosía	19
III.1 – Las circunstancias agravantes del homicidio en el derecho romano	19
III.1.1 – El “crimen inter sicarios” o asesinato violento	19
III.1.2 – Abuso del procedimiento capital	20
III.1.3 – Envenenamiento.....	21
III.1.4 – Incendio intencionado y delitos cometidos en un naufragio.	23
III.1.5 – Conclusiones	24
III.2 – La alevosía en el derecho penal altomedieval	25
III.2.1 – Delitos llamados “alevosía” o “aleve”, o cuyos autores son llamados “alevosos”	27
III.2.1.1 - Causar heridas o daño en otro, o cuando se ha dado fianza de salvo o treguas.....	27
III.2.1.2 – Infracciones de carácter administrativo, judicial o fiscal.	28
III.2.1.3 – Organización de bandos, tumultos o riñas.....	30
III.2.1.4 – Adulterio de la mujer.....	31
III.2.1.5 – Homicidio	31
III.2.1.6 – Otras infracciones de naturaleza diversa.....	32
III.2.1.7 – Conclusiones sobre el uso del término “alevoso” en los fueros medievales	33
III.2.2 – Delitos de traición en los fueros medievales	35
III.2.3 – La alevosía en el Fuero Real	37
III.2.4 – Conclusiones sobre las figuras semejantes a la alevosía en los fueros medievales	38
III.3 – La alevosía en las Partidas	39

III.4 – La alevosía en el Ordenamiento de Alcalá	43
III.5 – La alevosía en la Novísima Recopilación	44
III.6 – La alevosía en la codificación penal española	47
III.6.1 – El código penal de 1822	47
III.6.2 – El proyecto de código criminal de 1831	51
III.6.3 – El proyecto de código criminal de 1834	53
III.6.4 – El código penal de 1848 y la reforma de 1850	54
III.6.5 – El código penal de 1870	57
III.6.6 – El código penal de 1928	62
III.6.7 – El código penal de 1932	64
III.6.8 – El código penal de 1944 y el Texto Refundido de 1973	65
III.6.9 – La propuesta de anteproyecto de código penal de 1983.....	65
III.6.10 – El anteproyecto de código penal de 1992	65
III.6.11 – El anteproyecto de código penal de 1994	65
III.6.12 – El código penal de 1995	66
III.7 – Conclusiones	66
IV – La alevosía en el derecho comparado	69
IV.1 – Alemania	70
IV.2 – Francia. El “guet-apens” o acecho	71
IV.3 – Italia. Los “medios insidiosos”	79
IV.4 – Portugal	83
IV.5 – Estados Unidos. La doctrina de la “deadly weapon”	88
IV.6 – Brasil	92
IV.7 – El derecho internacional humanitario. La perfidia	99
V – El fundamento de agravación de la alevosía	108
V.1 – Las fases del fundamento de agravación de la alevosía.....	108
V.1.1 – Primera fase: la alevosía como traición	109
V.1.2 – Segunda fase: la alevosía como aseguramiento del hecho	110
V.1.3 – Tercera fase: la alevosía como cobardía o falta de riesgo..	111

V.2 – El fundamento de agravación de la alevosía en la doctrina	111
V.3 – El fundamento de agravación de la alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	122
V.4 – Análisis crítico de las principales corrientes en la doctrina y la jurisprudencia	129
V.4.1 – La alevosía como deslealtad	131
V.4.2 – La alevosía como aseguramiento del hecho	135
V.4.3 – La alevosía como aseguramiento del autor (cobardía)	138
V.5 – Conclusiones.....	140
VI – La naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía	144
VI.1 – En la doctrina	146
VI.2 – En la jurisprudencia del Tribunal Supremo	162
VI.3 – Conclusiones y toma de postura.....	169
VII – La naturaleza jurídica de la alevosía.....	175
VII.1 – En la doctrina	176
VII.1.1 – Autores anteriores a la teoría del delito	176
VII.1.2 – Autores dentro del marco de la teoría del delito	180
VII.1.2.1 – Autores que defienden una mayor antijuricidad o un mayor injusto	184
VII.1.2.2 – Autores que defienden una mayor culpabilidad.....	190
VII.1.3 – Autores que sitúan la naturaleza jurídica de la alevosía fuera de la teoría del delito	195
VII.2 – En la jurisprudencia del Tribunal Supremo	201
VII.3 – Conclusiones y toma de postura.....	204
VII.3.1 – La naturaleza jurídica del aseguramiento del resultado....	210
VII.3.2 – La naturaleza jurídica del aseguramiento del autor	212
VII.3.2.1 – La imposible fundamentación del aseguramiento del autor de lege lata	212
VII.3.2.2 – Consideraciones de lege ferenda	218

VIII – Elementos de la alevosía.....	222
VIII.1 - El elemento normativo de la alevosía.....	222
VIII.1.1 – La evolución del elemento normativo de la alevosía en la codificación española	222
VIII.1.1.1 – En el código penal de 1822.....	223
VIII.1.1.2 – En el proyecto de código penal de 1831	225
VIII.1.1.3 – En el código penal de 1848 y la reforma de 1850	225
VIII.1.1.4 – En el código penal de 1870.....	226
VIII.1.1.5 – En el código penal de 1928.....	227
VIII.1.1.6 – En el código penal de 1932.....	228
VIII.1.1.7 – En el código penal de 1944 y en el texto refundido de 1973.....	229
VIII.1.1.8 – En la propuesta de anteproyecto de 1983, los anteproyectos de 1992 y 1994 y en el código penal de 1995	229
VIII.1.1.9 – Conclusiones sobre la evolución del elemento normativo	229
VIII.1.2 – Análisis sobre el elemento normativo en la actualidad	230
VIII.1.2.1 – En la doctrina	231
VIII.1.2.1.1 – Autores que identifican la expresión “delitos contra las personas” con los delitos comprendidos en los Títulos I a IV del Libro Segundo del código penal.....	231
VIII.1.2.1.2 – Autores que identifican la expresión “delitos contra las personas” con los delitos que materialmente consistan en homicidio o lesiones, independientemente de su colocación sistemática.....	233
VIII.1.2.1.3 – Autores que identifican la expresión “delitos contra las personas” con aquellos delitos en los que la víctima es una persona	238
VIII.1.2.1.4 – El estudio del elemento normativo de la alevosía en la tortura. Remisión a la inherencia.....	239

VIII.1.2.2 – En la jurisprudencia del Tribunal Supremo	240
VIII.1.3 – Conclusiones y toma de postura	242
VIII.2 – El elemento objetivo de la alevosía	249
VIII.2.1 – Introducción. El aspecto objetivo-final de la alevosía.....	249
VIII.2.2 – Los “medios alevosos” desde una perspectiva objetiva. Modalidades de alevosía. La alevosía en casos de omisión.....	250
VIII.2.2.1 – En la doctrina	250
VIII.2.2.2 – En la jurisprudencia. Estudio particular de la alevosía convivencial	262
VIII.2.2.3 – Conclusiones sobre los medios alevosos, modalidades de alevosía y alevosía omisiva.....	273
VIII.2.2.3.1 - Consideraciones especiales sobre la “alevosía convivencial” o “doméstica”	280
VIII.2.4 – El momento de la alevosía. Especial referencia a la alevosía decaída y a la alevosía sobrevenida.....	297
VIII.2.4.1 – En la doctrina	298
VIII.2.4.2 – En la jurisprudencia del Tribunal Supremo	303
VIII.2.4.3 – Conclusiones y toma de postura	305
VIII.3 – El elemento subjetivo de la alevosía.....	310
VIII.3.1 – En la doctrina	310
VIII.3.2 – En la jurisprudencia del Tribunal Supremo	321
VIII.3.3 – Conclusiones y toma de postura	323
IX – El error en la alevosía.....	332
IX.1 – El error en las circunstancias del hecho	332
IX.2 – Particularidades del error en la alevosía.....	335
IX.3 – Conclusiones y toma de postura.....	337
X – Los efectos de la alevosía	341
X.1 – Introducción. La identidad de la alevosía.....	341
X.2 – El triple efecto de la alevosía en el código penal español.....	342

X.2.1 – Breve excursu: el sistema de circunstancias en el derecho penal español.....	343
X.2.2 – El efecto cualificante general de la alevosía.....	347
X.2.3 – El efecto de la alevosía en el homicidio. Breve excursu: la naturaleza del delito de asesinato	349
X.2.4 – El efecto de la alevosía en las lesiones	356
X.2.5 – La inherencia de la alevosía en el delito de tortura.....	357
XI – La comunicabilidad de la alevosía	364
XI.1 – Primer excursu: la posibilidad de aplicación del artículo 65 del código penal a la parte especial	365
XI.2 – Segundo excursu: la naturaleza de las circunstancias en atención a los epígrafes primero y segundo del artículo 65 del código penal ...	368
XI.3 – La alevosía como circunstancia perteneciente al segundo epígrafe del artículo 65 del código penal	373
XI.4 – La comunicabilidad de la alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	378
XI.5 – Conclusiones y toma de postura.....	379
XII – La compatibilidad de la alevosía con otras circunstancias agravantes	383
XII.1 – Compatibilidad con el abuso de superioridad y las “cuasialevosías” o “alevosías menores”	383
XII.2 – Compatibilidad con la nueva circunstancia del artículo 140.1.1ª del código penal	386
XII.2.1 – El debate sobre la alevosía en casos de víctimas naturalmente indefensas anterior a la reforma de la L.O. 1/2015	386
XII.2.2 – El debate sobre la alevosía en casos de víctimas naturalmente indefensas posterior a la reforma de la L.O. 1/2015	389
XII.2.3 – La postura del Tribunal Supremo sobre la alevosía en casos de víctimas naturalmente indefensas y la compatibilidad entre la	

alevosía y la nueva circunstancia del artículo 140.1.1ª del código penal	396
XII.2.4 – Conclusiones y toma de postura	402
XIII– Conclusiones generales	411
XIV – Bibliografía	420

I – Introducción

La película del año 1968 “2001: Odisea en el espacio”, del director Stanley Kubrick, comienza con una pacífica escena en la que un grupo de homínidos prehistóricos disfruta relajadamente de un estanque de agua. Se ven interrumpidos, sin embargo, por una tribu rival, que los ahuyenta con gritos y gestos violentos. En su retiro, descubren un misterioso monolito que, al igual que en otros momentos de la película, simboliza un salto en el progreso evolutivo o tecnológico: tras el descubrimiento del monolito, el que parece ser el líder del grupo agarra despreocupadamente un hueso del suelo, y poco a poco comienza a golpear un cráneo de los mismos restos hasta pulverizarlo por completo: ha descubierto que el hueso puede ser utilizado como un arma. Con su nueva tecnología, nuestro grupo de homínidos vuelve al estanque de agua donde ahora es el grupo que los expulsó quien disfruta del lugar. Tras un intercambio de gruñidos amenazantes entre los líderes de ambos grupos, el homínido que blande el hueso golpea a su rival hasta matarlo, ahuyentando al resto de miembros del grupo ocupante.

Este episodio se titula, no por casualidad “el amanecer de la Humanidad”. Para Kubrick, el uso del hueso como herramienta mortal, empleada por los homínidos (ahora ya Hombres) para sobreponerse a sus congéneres y obtener mejores condiciones de vida, es no solamente un rasgo propio de la Humanidad, sino lo que la define: antes del empleo del hueso, nuestro individuo no era un Hombre; adquiere esta condición solamente tras su descubrimiento, y con ello da luz a una nueva especie.

Evidentemente, “2001: Una odisea en el espacio” es una obra de ficción. Los hechos que allí se relatan no sucedieron realmente y no puede identificarse un solo momento prehistórico en el que el ser humano realmente comience a existir. Pero sí representa simbólicamente una idea

que en distintas teorías de la evolución humana se ha venido imponiendo con carácter general: que el empleo de herramientas por parte de los individuos del género *Homo* resultó determinante para la evolución de la especie. Así, las distintas fases de la evolución (bipedismo, uso de herramientas, evolución de la dieta y cambios cerebrales) representa momentos clave para la distinción entre el *Homo Sapiens* y sus antepasados.

El uso de herramientas entendido como el aprovechamiento de objetos de la naturaleza (palos, piedras, etc.) para finalidades del individuo o la elaboración de mecanismos sencillos a partir de estos objetos no es exclusiva, sin embargo, del ser humano. Los chimpancés o los babuinos las emplean habitualmente, pero también lo hacen animales más alejados de nuestra rama: los córvidos, familia de pájaros que incluye a cuervos, urracas o cascanueces, emplean también herramientas, incluso modificándolas: por ejemplo, parten ramas hasta un tamaño determinado que les permita introducirlas en los agujeros de los árboles para así empalar gusanos u otras presas. No es casualidad, probablemente, que esta familia de aves tenga un cerebro particularmente avanzado comparado con el resto de sus congéneres.

También resulta raro encontrar, en la naturaleza, especies que no posean propiedades biológicas que les ayuden en la supervivencia, tanto frente a adversidades naturales como el clima como frente a otros individuos de los que protegerse o de los que alimentarse. Buena parte de las especies existentes disponen de medios inherentes de este tipo: piénsese, por ejemplo, en el grosor o dureza de la piel (incluso caparazones óseos), el camuflaje aportado por un color de pelo similar al del entorno, o la presencia de auténticas “armas naturales” como garras, dientes o cuernos. Estas características existen precisamente porque son las que mejor permiten sobrevivir a sus individuos. Algunas de ellas son incluso

más complejas, e implican no solamente una ventaja natural por las propias características del individuo, sino un empleo consciente y voluntario de esas características de una forma determinada: el pez víbora es una especie que habita en las profundidades de los océanos, donde la oscuridad es absoluta, y posee una espina dorsal con un fotóforo, un órgano que produce luz con la que atrae a sus presas. Aún podemos alejarnos más del ser humano en la búsqueda de comportamientos que emplean determinados medios para asegurar el resultado: la belleza de las flores y su variedad de color se explica porque solamente las más exuberantes y llamativas resultan atractivas para los organismos que las polinizan (abejas, mariposas, etc.), y por lo tanto son las especies florales que más tienden a sobrevivir en entornos naturales. El color de las flores es, como la piel de los elefantes o los colmillos de los lobos, un mecanismo natural que busca asegurar la supervivencia.

Tenemos que resistir la tentación, evidentemente, de referirnos a estos comportamientos o fenómenos naturales como “alevosos”. La alevosía es una institución jurídico-penal que, como tal, solamente existe en tanto en cuanto es sistematizada y codificada por un sistema jurídico. No puede extenderse el concepto de “alevosía” a cualquier comportamiento en el que el sujeto (humano o no) emplea medios cualificados para la obtención del resultado. Pero, siendo esto cierto, también lo es que las instituciones jurídicas parten de una realidad preexistente: si se tipifica un determinado delito, por ejemplo, es porque ese comportamiento existe ya en la sociedad y se considera socialmente desvalorado. La alevosía no existe hasta que se prevé expresamente en un ordenamiento jurídico, pero los comportamientos que recoge esa figura sí son preexistentes: tanto es así que están en la propia esencia del ser humano, e incluso, como hemos visto, de toda la evolución.

Nos encontramos aquí con una primera característica extrajurídica de la alevosía: la mayor parte de los comportamientos alevosos son “naturales”, en el sentido de que la naturaleza y la evolución tienden a recompensar este tipo de actividades, no a castigarlas. La alevosía como figura jurídica se sitúa, por lo tanto, en una dirección antinatural: en el estado natural de las cosas los comportamientos que aseguran el resultado manteniendo indefenso al autor ayudan al individuo, le permiten sobrevivir mejor y ayudan a conseguir obtener ventajas sobre el resto de los individuos de su entorno: hablemos del color de una flor, del cuerno de un rinoceronte o de un hueso empleado por un homínido como arma, son ventajas naturales obtenidas evolutivamente que ayudan al individuo.

Quizá precisamente en ello debemos encontrar los motivos del rechazo a los comportamientos de tipo alevoso, tanto en España como en otros países de nuestro entorno: el aprovechamiento de las mejores circunstancias posibles naturalmente por parte del sujeto parece estar en contra de la esencia del contrato social: éste consiste, en la concepción hipotética de autores como Locke, Rousseau o Hobbes, en la renuncia personal por parte de los ciudadanos de las sociedades primitivas de determinados comportamientos en favor de un ente abstracto, el Estado, tenga éste una estructura más o menos formal. Estos comportamientos a los que renuncian los sujetos son aquellos que dañan a la comunidad de manera ilegítima: sobre todo comportamientos violentos, pero también fraudulentos o engañosos. Tiene sentido que, en ese contexto, la alevosía o figuras semejantes sean especialmente rechazables, en tanto en cuanto su empleo supone un paso más en la ruptura del contrato social y la vuelta al estado de naturaleza: si atenta contra la sociedad quien lleva a cabo comportamientos naturales que se ha pactado voluntariamente abandonar, más aún atenta quien lleva a cabo estos comportamientos empleando las “armas naturales” del ser humano: herramientas especialmente peligrosas, emboscadas, engaños, etc. Así, por ejemplo, así se refiere el espectro del

rey Hamlet, en la obra del mismo nombre de William Shakespeare a su muerte, producida por envenenamiento mientras duerme: *“homicidio cruel, como todos lo son; pero el más cruel y el más injusto y el más aleve”*¹. Resulta llamativo también, en el estudio que veremos más adelante de la doctrina española, cómo a la alevosía se le reservan los calificativos más duros. A modo de ejemplo, véase cómo se refiere PACHECO a la circunstancia: *“la alevosía es una de las mayores vilezas que pueden rebajar a un delincuente, y también uno de los peligros que alarman más a la sociedad entera. El alevoso es semejante al reptil, que llega callado, arrastrándose, sin anunciar su ira, sin dar lugar para la defensa. Por lo mismo que le falta a él el peligro, por lo mismo es mas abyecto y mas odioso. La ley debe hacer con él lo que con los reptiles hacemos: aplastarlos sin misericordia. Esta es una circunstancia agravante, que inspira el instinto, y que la reflexion aprueba y consagra. No tiene lugar en todos los delitos, pero ennegrece bien aquellos sobre los que cae”*².

La alevosía es parte integral de nuestro derecho penal. Sus raíces biológicas, culturales y sus antecedentes jurídicos no justifican, por sí mismos, su pervivencia, pero sí nos sirven para comprender que, si existen las instituciones jurídicas artificiales, que no descansan en un latir real de las sociedades, ni en los fundamentos biológicos y psíquicos de la personalidad humana, ni en la cultura, desde luego la alevosía no es una de ellas.

La importancia de la alevosía no es por lo tanto anecdótica ni histórica. La circunstancia se alega a diario en los tribunales y se emplea por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como estudiaremos en este trabajo, de formas originales e innovadoras. Su estudio dogmático, sin

¹ SHAKESPEARE. W., *Hamlet*, Acto I, Escena XII.

² PACHECO J. F., *El código penal concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, 1856, pg. 218.

embargo, sí ha quedado relativamente atrasado, pues la última monografía publicada sobre la cuestión fue publicada hace casi más de veinticinco años. Si bien es cierto que la circunstancia se trata en casi cualquier manual de derecho penal, se tiende a hacer de manera superficial, sin entrar con profundidad en los numerosos problemas interpretativos que la alevosía conlleva. Igualmente, el grueso de las discusiones doctrinales más importantes sobre esta circunstancia se ha producido, en nuestro país, en el segundo tercio del siglo XX, siendo que los trabajos más recientes en los que se trata la alevosía lo hacen, como hemos dicho, no profundizando excesivamente en las numerosas cuestiones sobre la circunstancia que no han sido aún, a nuestro entender, satisfactoriamente resueltas.

Este trabajo se plantea con la intención de sistematizar y analizar, con la máxima humildad, estas cuestiones. Los capítulos II, III y IV se dirigen a la contextualización gramatical y espaciotemporal de la circunstancia, analizándose la etimología de la palabra “alevosía”, la evolución histórica de la figura en nuestro derecho y las figuras con las que guarda cierta relevancia en los países de nuestro entorno. A continuación, en los capítulos V, VI y VII se trata la cuestión de la naturaleza de la alevosía, y ello desde tres puntos de vista: su fundamento de agravación político-criminal, esto es, cuáles son las causas por las que se mantiene la alevosía en nuestro sistema pena, su naturaleza objetiva, subjetiva o mixta, y su naturaleza jurídica, es decir, cómo se entronca la alevosía en los distintos análisis sobre el desvalor del delito. El siguiente bloque, compuesto por los capítulos VIII, IX y X, trata sobre los distintos elementos de la alevosía, concretamente el elemento normativo, el elemento objetivo y el elemento subjetivo. A continuación, en el tema XI, se analizan cuáles son los efectos de la circunstancia. Por último, se analizan en los capítulos XII, XIII y XIV problemas específicos de la alevosía como son su comunicabilidad a los partícipes del delito, cuestiones sobre el error y su compatibilidad con otras circunstancias con las que puede entrar en

conflicto. Finalmente, se retomarán las conclusiones de los distintos apartados para enumerarlas y sistematizarlas con mayor claridad.

II – Etimología

El origen de la palabra “alevosía” no es una cuestión sobre la que haya acuerdo en la doctrina, pues son varias las teorías que han buscado tal origen en distintos conceptos anteriores. No ayuda a tal estudio el hecho de que, como veremos, el propio uso de la palabra “alevosía” no es constante, empleándose a veces los conceptos de “a traición” o “traidor”. Mientras que el origen de la palabra “traidor” es indiscutido (del latín “*traditor*”), no sucede igual con la voz que ahora nos ocupa, “alevosía”, que proviene de “alevoso” y ésta a su vez de “aleve”.

La primera teoría que podemos encontrar cronológicamente sitúa al origen de la palabra “aleve”, al igual que “traidor”, en la lengua latina, proveniente del verbo “*allevare*”, cuyo significado puede traducirse por “levantarse” o “alzarse”. Esta postura es adoptada por el Diccionario de la Real Academia hasta su decimosegunda edición de 1884.

En la decimotercera edición, sin embargo, la Real Academia adopta una teoría que repetirá también en ediciones posteriores: el origen germánico de la palabra “alevosía”, proveniente del gótico “*levian*”, traducido como “hacer traición”. Filólogos como Gamillscheg se adscriben también a esta postura, entendiendo el origen de “aleve” de la palabra “*at-lêweis*”, “traición”, apuntando además que esta derivación del concepto gótico original se da sólo en la Península Ibérica. Los pocos juristas que han tratado el origen etimológico de la palabra parecen también adscribirse a esta teoría (así, por ejemplo, ARIAS EIBE³ o ALTÉS MARTÍ⁴).

³ ARIAS EIBE, M. J., *La circunstancia agravante de alevosía, estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 7, 2005, pg. 9.

⁴ ALTÉS MARTÍ, M. A., *La alevosía (estudio de determinados aspectos de la agravante del Nº 1 del Art. 10 del código penal)*, Universidad de Valencia, 1982, pgs. 8-9.

No son éstas, sin embargo, las únicas dos explicaciones sobre el origen de la palabra. La que adopta hoy en día la Real Academia Española, de hecho, sitúa al origen de la palabra “aleve” en la voz árabe hispánica “*al'ayb*”, proveniente a su vez del árabe clásico “*ayb*”, y que traduce como “defecto”, “tacha”, “acción culpable” o “nota de infamia”. Esta teoría es también defendida por COROMINAS ya en 1954⁵.

No nos posicionaremos aquí en esta cuestión sobre el origen de la palabra; ni es el objeto del trabajo ni se podría aportar una visión experta en el tema, si bien sí se pueden extraer algunas conclusiones: en primer lugar, el uso exclusivo de la palabra “alevosía” en la Península Ibérica debería decantar el debate hacia una de las dos opciones de lenguajes propios de ésta; a saber, el visigótico y el árabe peninsular, descartando en principio el origen latino de la palabra. Otro indicio, que, sin embargo, no nos permitimos tomar como definitivo, nos lo da la frecuencia de uso de las palabras “aleve”, “alevoso” o “alevosía” durante la Alta Edad Media, empleadas más habitualmente, como indica GARCÍA GONZÁLEZ, en los Fueros del noroeste de la Península, como veremos en su apartado correspondiente⁶. Este empleo mayor de estas palabras en zonas en las que la incidencia de la cultura árabe fue menor puede conducirnos a la conclusión de que el origen es el gótico, donde la cultura visigoda tuvo mayor permanencia en el tiempo. Sin embargo, como veremos más adelante, el significado de la palabra gótica “*at-lewêis*”, “traición”, es más restringido que el de la árabe, “*al'ayb*”, “acción culpable”, y lo cierto es que en los fueros medievales “alevoso” se usa para definir al autor de una gran cantidad de delitos diferentes, que van más allá de los delitos de traición, dándosele, de hecho, un significado muy genérico y equivalente a “delincuente”.

⁵ COROMINAS, J. *Diccionario crítico-etimológico de la lengua castellana*, Vol. 1, 1954, pgs. 108-109.

⁶ GARCÍA GONZÁLEZ, J. *Traición y Alevosía en la Alta Edad Media*, Anuario de Historia del Derecho Español Nº 32, 1962, pgs 329-345.

La cuestión, como puede comprobarse, no puede ser respondida de manera categórica. Sin embargo, cabe aquí destacar ya dos ideas: que en el lenguaje visigótico la idea de "alevosía" conduce ya a la idea de traición, mientras que en el árabe hispánico su significado es más general, que es el uso que precisamente se hará de "alevoso", "aleve" y "alevosía" en los fueros medievales.

III – Evolución histórica y antecedentes de la alevosía

III.1 – Las circunstancias agravantes del homicidio en el derecho romano

La figura del homicidio en el derecho romano es de una complejidad notable. En primer lugar, por la escasez de la regulación del "parricidium" que, a pesar de definir en la última época de la República sólo al homicidio de parientes, se aplicaba inicialmente a cualquier homicidio intencional. En segundo lugar, por la extensión que tuvo el procedimiento de persecución del homicidio, que acabó aplicándose a una gran cantidad de delitos. No siendo éste un trabajo sobre la figura general del homicidio, sin embargo, se acota mucho más la cuestión: procede ahora buscar antecedentes de la figura actual de la alevosía, que podemos situar en las siguientes figuras, contenidas todas ellas en la "*Lex cornelia de sicariis et veneficis*", dictada en el año 81 A.C. por Sila⁷:

III.1.1 – El "crimen inter sicarios" o asesinato violento

Se dirigía esta figura contra los que emplearan armas para matar o contra quien las portara. Sin embargo, esta ley sólo se aplicaba contra quien lo hiciera fuera de su casa, y se dirigía en exclusiva contra asesinos (sicariis) y ladrones (latrones). Desde muy pronto, sin embargo, se comenzó a aplicar esta ley contra cualquier persona que hubiera dado muerte a otro hombre de manera violenta, e igualmente fue aplicada contra

⁷ El contenido de la "*Lex cornelia de sicariis et veneficis*" es recogido por MARCIANO en el Digesto de Justiniano (libro XIV de las Instituciones): "*Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit, cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit: quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur. 2. Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit: quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur: quive magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit ut publica lege reus fieret. 2. Et qui hominem occiderit, punitur non habita differentia, cuius condicionis hominem interemit.*".

las coacciones practicadas por sujetos portando armas, aunque no se hubiera producido muerte alguna.

Tanto la intención original de la ley como su extendida aplicación posterior nos dejan al menos dudas sobre en qué medida puede verse en esta regulación un antecedente de la alevosía. Indudablemente, se puede decir que tras esta Ley cornelia se considera el homicidio con armas un homicidio agravado, lo cual recuerda a la alevosía, pero el hecho de que bajo la misma categoría de delitos (evidentemente, con menor pena, pero con idéntica fundamentación) se englobe, por ejemplo, el mero hecho de llevar armas, e igualmente el hecho de que tales previsiones no se aplicaran en el propio domicilio más parecen indicar que el fundamento de tal agravación no es el propio de la alevosía, la imposibilidad de defensa o una mayor capacidad lesiva de los medios empleados. El fundamento de la agravante parece tener más bien una explicación basada en la plurilesividad de la conducta, esto es, en concreto por la alteración del orden público que produce el porte y uso de armas, lo cual explicaría que la agravante no se produjera cuando el homicidio con armas se realizaba dentro del domicilio, que igualmente explica que cayera también bajo la regulación de este precepto el hecho de portar armas sin usarlas, comportamiento que en absoluto podía ser considerado como tentativa en el derecho romano. Tampoco podemos dejar de lado otro elemento de esta Ley cornelia: el hecho de que esta figura agravada sólo se aplicara a bandidos o sicarios parece situar también el fundamento de la agravante en lugares distintos de la alevosía: o bien el puro ánimo de lucro, o bien una figura equivalente, quizá, a la agravación consistente en actuar por precio, promesa o recompensa.

III.1.2 – Abuso del procedimiento capital

La misma “*Lex cornelia de sicariis et veneficis*” castigaba también

como homicidio agravado la muerte de un ciudadano producida en un procedimiento capital en el que aún no se hubiera dictado sentencia. En este caso no se consideraba el hecho como cometido por el magistrado en el ejercicio de sus funciones sino fuera de ellas, siendo por lo tanto una pura acción privada y susceptible de ser castigada mediante la figura del homicidio.

No exploraremos más esta forma agravada del homicidio, pues ya con su propia definición podemos comprobar que nada o poco tiene que ver con la alevosía actual, siendo más bien una forma de premeditación agravada cuando el resultado final fuera la muerte del procesado.

III.1.3 – Envenenamiento

Regulaba también la “*Lex cornelia de sicariis et veneficis*” el empleo de venenos u otras sustancias igualmente peligrosas para ejecutar la muerte. Igualmente se castigaba por este delito a quienes preparaban, confeccionaban, regalaban o vendían el veneno a otro con propósito de matar.

Podemos ver, en esta figura, un posible antecedente de la alevosía, o al menos una figura cuya fundamentación es similar, pues se castiga el matar mediante un procedimiento especialmente dañino. Los hechos de preparación, confección o suministro de veneno, sin embargo, se encuentran en el interés preventivo y caen, en palabras de MOMMSEN, “*bajo la acción de la policía de las industrias*”⁸.

En épocas posteriores a la publicación de la Ley cornelia, se castigaron en base a ésta otra multitud de actuaciones consistentes,

⁸ MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*, Tomo II, 1905, traducción de DORADO MONTERO, P., 1976, Temis, pg. 114.

genéricamente, en dañar el cuerpo. Así, por ejemplo, adquirió condición de envenenamiento la provocación de un aborto por parte del marido a la mujer, el uso de filtros amorosos o sustancias contra la esterilidad, o la castración. La extensión del envenenamiento a estos comportamientos no responde, sin embargo, al mismo fundamento, y debe explicarse en el hecho de que no existieran previsiones legales que castigaran tales comportamientos, habiendo de reajustarse a una de las figuras anteriores.

También con fundamento en el envenenamiento se castigaba el homicidio cometido mediante la magia. En la cultura romana la magia era no sólo aceptada sino defendida, pero sólo en lo que se refería a la adivinación, no a la alteración mágica del mundo. Las Doce Tablas castigaban el hecho de usar procedimientos mágicos para obtener los frutos de las cosechas de otros⁹, y ya en el primer año del mandato de Tiberio se equiparó mediante un senadoconsulto la magia realizada dolosamente, entendiéndose por esto con un propósito al envenenamiento, cayendo así bajo la regulación anterior¹⁰. Es de destacar, sin embargo, que, aunque el fundamento del castigo era semejante, el “homicidio mágico” era considerado de los peores delitos que podían cometerse, hasta el punto de que cuando se concedían amnistías generales era habitual excluir únicamente a los procesados por este delito.

La definición de “magia dolosa” era, como se puede comprender, complicada, pero se definía así, según MOMMSEN, “*todo hecho maravilloso o sorprendente que se ejecutara en mala forma o con malos fines*”¹¹. Al igual que en el caso del envenenamiento, también se castigaba la posesión o elaboración de libros que enseñaran a la práctica de la magia.

⁹ La Ley de las XII Tablas, en concreto la Ley VII, 8, castiga el comportamiento de “*qui fruges excantassit*”.

¹⁰ Así lo indica MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*, Tomo II, 1905, traducción de DORADO MONTERO, P., 1976, Temis, pg. 118.

¹¹ MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*, Tomo II, 1905, traducción de DORADO MONTERO, P., 1976, Temis, pg. 118.

III.1.4 – Incendio intencionado y delitos cometidos en un naufragio.

Estas dos figuras, que la ley cornelia recogía conjuntamente, establecían en realidad dos delitos claramente diferenciados, o, aún más, un delito (el incendio) junto a un grupo de delitos heterogéneo cuyo factor común es el lugar o las circunstancias de la comisión (durante un naufragio).

Ambas figuras, sin embargo, son claramente diferentes, si bien el poco desarrollo en la propia ley y en su aplicación dificultan la correcta comprensión de su fundamento y contenido preciso. Podemos asumir, no obstante, que el delito de incendio intencionado era un delito autónomo basado en el peligro que supone la realización de estas conductas para la vida o los bienes ajenos. No responde, por lo tanto, a la lógica de la alevosía, como sí haría si se regulara la comisión de otros delitos mediante el incendio, en cuyo caso tendría éste una condición de agravante de la comisión básica fundamentada en la mayor capacidad dañina del fuego y la menor capacidad de defensa que permite este medio, sino que este delito se coloca, más bien, en la órbita de los delitos de peligro.

Sí tiene más que ver con la alevosía, sin embargo, la segunda previsión. Podemos comenzar destacando la generalidad de su aplicación (cualquier delito cometido en un naufragio) de la que dice MOMMSEN: “*es imposible fijar con exactitud la esencia o hechos constitutivos de esta figura delictuosa*”¹². Esto sucede, a nuestro entender, porque en realidad la comisión de delitos durante un naufragio no era una figura delictiva propia, sino que lo que recoge la "*Lex cornelia de sicariis et veneficis*" cuando dice "*qui naufragium supresserit*" es la agravación de la comisión de otros delitos

¹² MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*, Tomo II, 1905, traducción de DORADO MONTERO, P., 1976, Temis, pg. 121.

en esta circunstancia. Podemos ver varios posibles fundamentos en esta agravación: podría decirse, por ejemplo, que la mayor gravedad de los delitos en estas situaciones se debe a la omisión del deber de socorro en que incurre quien, en lugar de esforzarse por ponerse a sí mismo o a los demás a salvo, delinque, pero también puede pensarse en que la agravante se basa en la menor posibilidad de defensa y persecución del autor, así como la mayor facilidad de éste para cometer el delito sin riesgos por la situación caótica en la que se producen. No se puede decir, evidentemente, que esta previsión de la ley cornelia equivalga sin más a la alevosía actual, pero sí es un importante antecedente.

III.1.5 – Conclusiones

No se puede concluir, de lo examinado hasta ahora sobre las previsiones de la “*lex cornelia de sicariis et veneficis*”, que existiera una figura similar a la alevosía que conocemos actualmente. La mayoría de estas figuras (el envenenamiento, el uso de armas y hechizos) tenían una aplicación muy limitada, sin regular una genérica comisión agravada, sino formas específicas a las que les falta la nota de generalidad que un concepto global de alevosía requiere. Esta regulación fragmentada de medios comisivos agravados no permite pues considerar que en el derecho romano existiera, genéricamente, la consideración de que cometer un delito contra las personas por medios cualificados fuera considerado en sí mismo más grave; aún más, hemos visto cómo el fundamento de la agravación de, por ejemplo, el homicidio cometido con armas no era probablemente la mayor capacidad lesiva de éstas, la ausencia de posibilidades de defensa por parte de la víctima o el aseguramiento del resultado, sino la alteración del orden público que el porte de armas provocaba. Además, como ya hemos dicho, cuando el fundamento sí parece ser esta menor capacidad de defensa o facilidad comisiva, como es en el caso de los delitos cometidos durante un naufragio, falta la nota de generalidad que permita

hablar de una genuina alevosía.

No hay que, sin embargo, minimizar la importancia que estas figuras tienen en el estudio histórico de la agravante que nos ocupa. Si bien el camino de ésta hacia la regulación actual no surge del derecho romano, sino que, como veremos, deriva de los delitos de traición medievales, ya podemos encontrar en la "*Lex cornelia de sicariis et veneficis*", que venía a completar la escasísima regulación que del homicidio (llamado "*parricidium*") preveía la Ley de las XII Tablas, la toma en consideración de los medios comisivos en el delito de homicidio. No hay una norma general que de forma abstracta prevea la mayor gravedad de un delito contra las personas cuando se tiende a asegurar el resultado sin riesgo para el autor, pero encontramos ciertas previsiones para situaciones concretas (el envenenamiento y el naufragio, habiendo visto que el fundamento de la mayor gravedad homicidio con armas no es ese aseguramiento del resultado y menor riesgo para el autor) en las que la regulación parece descansar sobre estos conceptos. La preocupación del derecho no sólo por el resultado de una acción, sino también por los medios comisivos, es un primer paso hacia la alevosía que, sin embargo, no tendrá una clara continuidad en los sistemas jurídicos derivados del derecho romano.

III.2 – La alevosía en el derecho penal altomedieval

Quizá por la propia naturaleza de los fueros altomedievales, normas que se iban otorgando a determinadas zonas a medida que se iban reconquistando para incentivar su repoblación, encontramos en éstos una gran diversidad de preceptos en los que pueden verse figuras con ciertas semejanzas con la actual alevosía. La unificación y clarificación de estos conceptos no sucederá, sin embargo, hasta más adelante, en las Partidas, en la Nueva y en la Novísima Recopilación, y ya por fin a partir del código penal de 1822, pero esto no hace menos interesante el estudio de los

fueros, en la medida en que el concepto de alevosía que finalmente acabará cristalizando en los ordenamientos citados anteriormente encuentra su precedente inmediato en aquellos.

Sobre esta cuestión, cabe hacer un par de reflexiones previas: en primer lugar, que no se percibe en la regulación de figuras semejantes a la alevosía en los fueros que en esta materia éstos fueran influidos por el derecho romano. Los fueros medievales son, en palabras de CAMARGO HERNÁNDEZ, “*típica expresión del Derecho Germánico en España*”¹³, y no hay continuidad entre la regulación romana y ellos. Así, a pesar de que en la “*Lex cornelia de sicariis et veneficis*” encontrábamos figuras que, no pudiendo definirse como una regulación de la alevosía moderna, sí se encontraban lo suficientemente cerca como para ser un claro antecedente, esta evolución histórica del precepto se corta, arrancando de nuevo con el derecho altomedieval de los Fueros. Esto explica también, probablemente, por qué en la actualidad la alevosía no existe como tal en otros ordenamientos de estados donde se aplicó el derecho romano: porque la figura no surge de éste, sino del derecho germánico.

Una segunda consideración previa que hemos de hacer, y que ya hemos apuntado brevemente antes, es que en los Fueros no encontramos una regulación sistemática y unívoca de un concepto asimilable a la alevosía. Más al contrario, la terminología “traidor”, “aleve” y “alevoso” se usa confusamente, mezclándose tales conceptos para definir delitos muy diferentes. Para DE HINOJOSA se puede encontrar un elemento común en ellos: son figuras que producen una pérdida general de la paz, designándose a sus autores como “enemigo de todo el concejo” (“*totius concilii inimicus*”) junto a “proditor”, “traditor”, “traydor” o “alevoso”¹⁴. DE

¹³ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 7.

¹⁴ DE HINOJOSA Y NAVEROS, E. *El Elemento Germánico en el derecho español*, Dykinson, 2019, pgs. 58 a 64.

HINOJOSA entiende así que tales delitos tienen como denominador común el poder considerarse “*delitos de traición*”¹⁵, que pueden a su vez dividirse en dos tipos: los que constituyen una desobediencia a la autoridad judicial, y, más habitualmente, los que traen causa en la infracción de un determinado deber de fidelidad.

Para el estudio de los distintos Fueros y las normas similares a la alevosía que en él se contenían seguiremos la metodología de GARCÍA GONZÁLEZ, agrupando los distintos delitos que se pueden extraer de los mismos y refiriendo después en qué fueros aparecen¹⁶.

III.2.1 – Delitos llamados “alevosía” o “aleve”, o cuyos autores son llamados “alevosos”

III.2.1.1 - Causar heridas o daño en otro, o cuando se ha dado fianza de salvo o treguas

Esta figura, que aparece en fueros de León (Zamora¹⁷ y Alba de Tormes¹⁸), en el de Coria¹⁹, en el de Escalona²⁰ y en el de Soria²¹, agrava

¹⁵ DE HINOJOSA Y NAVEROS, E. *El Elemento Germánico en el derecho español*, Dykinson, 2019, pg. 58.

¹⁶ GARCÍA GONZÁLEZ, J. *Traición y Alevosía en la Alta Edad Media*, Anuario de Historia del Derecho Español Nº 32, 1962, pgs 329-345.

¹⁷ Fuero de Zamora 85: “*Otrossi todo omne que demandar tregua a otro omne de que se tema, delela luego fasta que vayan ante los iuyzes pora fazer quanto ellos mandaren por derecho sobre aquello quel demanda la tregua. Ese la dar non quisier, peche X mr., e depues, se sobrelo lo ferrir, sea aleyvoso por elo*”.

¹⁸ Fuero de Alba de Tormes 17: “*(...) e si lo matare, peche DC maravedis, e sea traydor e alevoso... e fueren esquerir e falaren esquisa que lo firio o que lo messo, pechen los fiadores CCC moravedis, e sea alevoso*”.

¹⁹ Fuero de Coria 40: “*Qui ferir o mesar a vezino sobre salva fee o livores fezier, peche C maravedis, el quereloso reçiba la meatad e los elcaldes e los VI la otra meatad. E asaquenlo por alevoso del conçejo*”. También Fuero de Coria 372: “*(...) e si lo ferier sobre salva de, peche la calonna doblada e vaya por alevoso del conçejo e del quereloso, e estos fiadores que levaron la salfa fe pechen el aver*”.

²⁰ Fuero de Escalona: “*(...) e si quisiere fuera de el termino exiir dé fiadores, que non faga mal en Escalona, ni en so término, ni a so contenedor, ni a home de Escalona, ni en so termino; e si lo firiere el sea alevoso, e los fiadores pechen la caloña y el daño (...)*”.

²¹ Fuero de Soria 493: “*Otrossi ssea dado por traydor (...) que ffiriere o matare a otro sobre*

la conducta del que mata o hiere a otro cuando se ha entregado una garantía de carácter jurídico (fianza o tregua) de que no va a cometer tales hechos. El fundamento de tal agravación parece la doble infracción del derecho que supone matar, por un lado, e incumplir una obligación jurídica, por otro. Sin embargo, de estos delitos puede extraerse también que el fundamento de la agravación sea la vulneración de una legítima expectativa de defensa de la víctima, aquí garantizada con derechos reales, consideración que coloca a estas figuras mucho más cerca de la actual alevosía.

III.2.1.2 – Infracciones de carácter administrativo, judicial o fiscal

Se encuentran aquí una gran variedad de infracciones poco graves, que se denominan como "traición y alevosía", denominación que normalmente se reserva para delitos de gravedad mucho más alta. Para GARCÍA GONZÁLEZ tal anomalía se explica como la "*manifestación de una política enérgica para remozar en algún momento de la historia del respectivo municipio, sus instituciones locales en fase de descomposición*"²².

Estas infracciones tienen una naturaleza muy distinta. Así, podemos encontrar la indebida percepción de determinadas prestaciones

tregua o sobre ffiadores de salvo" y Fuero de Soria 494: "(...) *cayaquel es traydor e mereçe la pena qui quebranta la tregua*".

²² GARCÍA GONZÁLEZ, J. *Traición y Alevosía en la Alta Edad Media*, Anuario de Historia del Derecho Español N° 32, 1962, pg 331.

pecuniarias (en los fueros de Alba de Tormes²³, Molina²⁴, Salamanca²⁵, Plasencia²⁶, Madrid²⁷ y Usagre²⁸), falsedad de alcaldes, mayordomos, escribanos o demás fedatarios así como la omisión de estos comportamientos por oficiales u otros miembros del concejo (fueros de Coria²⁹ y Plasencia³⁰), faltar al secreto debido (Fuero de Salamanca³¹), anomalías judiciales en la exigencia de prendas o su no devolución por parte de alcaldes, jueces o sus delegados (Fuero de Salamanca³²), desempeñar un cargo del concejo existiendo una incompatibilidad para ello (Fuero de Usagre³³), dar un juicio indebido en determinados casos (fueros

²³ Fuero de Alba de Tormes 146: "*Los alcaldes del conceyo, en aquella su alcaidia metan iurados bonos omnes de las aldeas por guarda de ladrones e de sobervios; e non tomen de ellos ninguna cosa por iuradia de aquel anno, fueras si fizieren otras cosas por que. E si lo tomaren, sean alevosos por ello, e pechen L maravedis al castiello si provado fuere por verdat*".

²⁴ Fuero de Molina, página 90: "*Todo alcalde que dineros tomare de mientre que en el alcaidia fuere, salvo las calonnas que a el pertenecen, por algun juyzio o por alguna querella, si provadol fuere, salga ende por alevoso et por prejuizio de mas, peche cient maravedis*".

²⁵ Fuero de Salamanca 335: "*El ioyz non pida carneros perlas aldeas, ni coma, si non sobre sobre su calona. Si comiere, ysca por alevoso e por periurado e por menos valiente*".

²⁶ Fuero de Plasencia 170: "*(...) Et si aquellos mayordomos alguna compostura con algunos fizieren ho alguna cosa tomaren sin alcalde, exeán por alevosos del portiello, et pechen XX mrs (...)*".

²⁷ Fuero de Madrid 115: "*(...) e esta calonia coiala un jurado e uno alcalde e uno fiador; e si por mengua destos coiedores lo perdiere el conceio, salgan por alevosos del portiello e pechen esto (...)*".

²⁸ Fuero de Usagre 272: "*Los iunteros tengan las iuntas et las alcaidias de las hermandades. Et tomen su cevada e sus vibdas, et sus treguas, et si mas tomaren, excan per alevosos del portiello (...)*".

²⁹ Fuero de Coria 194: "*(...) Alcaldes, e seis e mayordomos, si en falseria los fallaren, pierdan el portiello e salgan del portiello por alevosos. Et quantos asi fallados fueren, tantos ixcan. E si los otros no los ecahren, ellos todos ixcan por alevosos (...)*". También Fuero de Coria 384: "*E el ochavero que fallaren en falseria, peche X maravedis al conçejo e ixca por alevoso*".

³⁰ Fuero de Plasencia 168: "*Si el escrivano de falsedat o e alevosía vencido fuere peche L mrs. e exea por malo et por alevoso (...)*".

³¹ Fuero de Salamanca 132: "*El escrivano iure con conceyo, que derecho sea a conceyo; e ela poridade que odiere alcaldes e a iurados por proe de conceyo, que ben la tenga; e si la non tovier, salga ende por alevoso*".

³² Fuero de Salamanca 116: "*(...) E si por al acotaren que meta bestia, cayales enperjurio a las iusticias, e yscan de portiello por periurados e por alevosos (...)*". También Fuero de Salamanca 281: "*(...) E estos andadores non prinden se non por calona fecha; en as aldeas non prinden se non con el iurado o con vezino. E si por al prindaren, tresquilen lo en conceyo, e ysca por alevoso (...)*".

³³ Fuero de Usagre 335: "*Tod omme que fuere manpostero, non sea mas de l anno, et non tome otro portiello. Et si otro portiello tovier, exca por alevoso et derribenle las casas (...)*".

de Coria³⁴, Salamanca³⁵ y Parga³⁶), establecer relaciones privadas al margen de las oficiales (fuero de Usagre³⁷) o el soborno por parte de particulares de autoridades públicas (fueros de Alcalá de Henares³⁸, Salamanca³⁹ y Coria⁴⁰).

III.2.1.3 – Organización de bandos, tumultos o riñas

Continuamos viendo, en este nuevo grupo de infracciones, cómo los términos de "alevoso", "alevosía" y "aleve" se aplican a una gran cantidad de delitos de naturaleza muy diversa. Algunos ejemplos de este delito pueden verse en los fueros de Coria⁴¹, Plasencia⁴² o Ledesma⁴³.

³⁴ Fuero de Coria 286: "*Todo christiano que aver dier a renuevo, sea escomungado. El alcalde que lo juzgar a dar, sea perjuro e nol preste. E si ge lo pudieran testiguar con tres moes bonos que lo juzgo a dar, salga el alcalde del portiello por alevoso*".

³⁵ Fuero de Salamanca 51: "*Toda aldea que sobre otra aldea se levantare con armas o la derrompiere, peche D soldos, si les firmaren; e si firma non ovieren, iuren VI de la aldea, quales tomaren los rancurosos, e non pechen. E el alcalde que otro ioyzio iulgare, sea alevoso e periurado*".

³⁶ Fuero de Parga: "*Et qui ille disturbare voluerit perdat corpus et aver et alcaldes provideant ipsam terram et si per illos remanserit ipsi erunt aleivosi et peiurati et si concilium illi ad directum faciendum adiuvare noluerit erit peiurus et alevosus (...)*".

³⁷ Fuero de Usagre 197: "*Los alcaldes que non fagan amizad nin iuramento con otros omnes de conceio; et qui la fiziere sea periuro e alevoso. Otro si los mayordomos e los vozeros*".

³⁸ Fuero de Alcalá de Henares 183: "*Todo ome de Alcala que comprare iudgado o alcaldia o fiaduria o iuradia, sea periurado e alevos provado (...)*".

³⁹ Fuero de Salamanca 227: "*Todo pecho que por conceyo de Salamanca es dado, nolo conpre nadie; e si lo conprare, pora assi mismo o pora otro, peche C moravedis, e derriben le las casas e ysca por alevoso*".

⁴⁰ Fuero de Coria 359: "*Todo ome que juizio ovier, no se avenga con los alcaldes, e si se avernier, sea alevoso, salvo por sus calonnas (...)*".

⁴¹ Fuero de Coria 6: "*(...) que nengun ome de Coria que vando hizier ho a vando se llamare, sino al cuerpo del Rey, saquenlo por alevoso del rey e del conçejo, e derribenle las casas, e pierda quanto ovier, e tomenlo los omes del conçejo e metanlo en el castiello*".

⁴² Fuero de Plasencia 536: "*Todo omme aldeano o cibdadano que conceio sin mandado del iuez o del alcalde fiziere, a desonrramiento del sennor, o de otro qual se quier, o algun bando sobre conceio fiziere peche CCC mrs. et todos quantos que en el conceio, o en el conseio fueren consentientes de queles iuez o alcaldes pudieren saber, assi pechen como aquel que alevosía fiziere*".

⁴³ Fuero de Ledesma 372: "*Quien confraria fizier a danno de Ledesma, e la villa bolvir o buelta fizier en lla villa o en el termino, onde allcalldes sobieren verdade, prendanlos; e los allcalldes enforquenlos como alevosos; e si lo negaren e firmas non ovieren, iure cada uno con XII vizinos*".

III.2.1.4 – Adulterio de la mujer

Se encuentra esta circunstancia en los fueros de Alcalá de Henares⁴⁴, Salamanca⁴⁵, Coria⁴⁶, Brihuega⁴⁷ y Sepúlveda⁴⁸, con la particularidad los dos últimos de que incluyen previsiones sobre el caso de que la mujer sea sorprendida *in fraganti*. La particularidad de esta figura es que, salvo en los casos de Salamanca y Coria, no se configuran como delitos cometidos por la mujer, sino como eximentes para el comportamiento posterior del marido al dar muerte a ella o a su acompañante, estando de hecho en Brihuega y Sepúlveda castigado el hecho de matar a uno de los dos, pero no al otro. La "alevosía" (hablan los fueros de "hacer aleve", como sinónimo de engañar) no es pues aquí un comportamiento castigado en sí mismo.

III.2.1.5 – Homicidio

El Fuero de Zamora emplea el concepto de "alevosía" al regular determinados tipos de homicidios que, como veremos en otros lugares son definidos como "traición". Esta particularidad, entiende GARCÍA GONZÁLEZ, se explica porque este fuero no utiliza los términos "traidor" ni

⁴⁴ Fuero de Alcalá de Henares 70: "*Toda mulier que marido oviere a bendiciones y aleph le ficiere con otro ome e provado fuere con tres de sos parientes dela, si la matare so marido, non peche los cotos ni esca enemigo*".

⁴⁵ Fuero de Salamanca 326: "*Toda muyer que presa for por aleve que faga e iusticiada for, el marido aya sus bonos*".

⁴⁶ Fuero de Coria 317: "*Quí sospecha ovier a su mugier que ella le faz aleve, salvese con XII vezinos. E si con ella mala estancia ovier, e salva fe ella diere, lidie, si la salva fe firmaren IIII alcaldes que la dio e la quebrantaron*".

⁴⁷ Fuero de Brihuega 48: "*Todo omme que fallare a su mugier haciendo aleph con otro: si los matare: no peche nada. Et si matare el uno et firiere al otro no peche nada ni salca por enemigo. Et si matare al uno et no al otro: peche C et VIII morabetinos et salca enemigo por siempre. Et si matare al uno es le fuere el otro: iure con VI bezinos que le fuxo et no lo pudo alcanzar: no peche nada ni salca por enemigo*".

⁴⁸ Fuero de Sepúlveda 73: "*Si parientes a parienta, o marido a muger, fallaren faziendo aleve e mataren a el e a ella, iurando con doze, seis parientes, e cinco vezinos, e él el sesmo, que por aleve que les fazien los mataron, non pechen por ende ninguna calonna, nin salga (n) por enemigos. Et si el uno mataren e el otro non, pechen las calonnas, et vayan por enemigos por siempre a amor de sus parientes*".

"traición", reconduciendo los delitos que normalmente así se califican a la "alevosía"⁴⁹. En concreto, podemos encontrar, por ejemplo, el homicidio de una persona a la que se acusa de haber matado a un pariente o haber herido a otro⁵⁰, pero destaca sin duda lo previsto en el apartado 84 del Fuero⁵¹, pues en él se califica como "alevoso" a "*Todo omne que ferir a otro omne seguro con cuchielo o con otra arma qualquier de que lo livore*", es decir, a quien hiera a otro sobre seguro y empleando cuchillo u otra arma. Hasta ahora hemos visto cómo la figura de "alevoso" se emplea para calificar delitos absolutamente heterogéneos, aparece aquí una definición de alevosía con rasgos esenciales muy similares a la que conocemos actualmente. Sin ánimo de adelantar conclusiones de este apartado, esto es excepcional en los fueros medievales.

III.2.1.6 – Otras infracciones de naturaleza diversa

Por último, recogemos en este apartado infracciones de carácter penal muy heterogéneas, no extendidas de manera uniforme entre los fueros y cuyos autores son calificados de alevosos.

Encontramos, por ejemplo, testimoniar o jurar en falso (Fuero de

⁴⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, J. *Traición y Alevosía en la Alta Edad Media*, Anuario de Historia del Derecho Español N° 32, 1962, pg 335.

⁵⁰ Fuero de Zamora 69: "*Omne que dixier: «fulam mató mio pariente» o «feriome», e el otro dixier: «toma de mí derecho», e se derecho non quisier tomar, quantos dias de domingos passaren, atantos X maravedís peche; e la meatade para los iuyzes, e la otra meatade para el quereloso. E se sobreesto lo mataren o lo desondraren, sean aleyvosos, e los iuyzes les fagan aver treguas. E se X domingos fueren passados e non quisieren recibir derecho, peche X maravedís e beyselo. E se sobreesto se alçar de la villa e se fur para otra parte, pierda quanto que ovier; e non entre mays en Çamora nen en so termino e sea enemigo del conceyo. E otrosi quien dixier: «mateste mio pariente o desondreste me», dele derecho; e se le non quisier dar derecho, quantos domingos passaren, tantas vezes peche X maravedís. E se passeren X domingos, peche C maravedís e sea vençudo de la calonnia que le demandaren*".

⁵¹ Fuero de Zamora 84: "*Todo omne que ferir a otro omne feguro con cuchielo o con otra arma qualquier de que lo livore, muerra por ello. E fe el ferido morir, araffenlo e enforquenlo como aleyuofa*".

Coria⁵²), hacerse vasallo del señor de la ciudad (Fuero de Parga⁵³), la omisión de socorro a un vecino atacado por un extraño a la ciudad (Fuero de Bonoburgo de Caldelas⁵⁴) o quedarse dormido llevando a cabo funciones de centinela (Fuero de Coria⁵⁵).

III.2.1.7 – Conclusiones sobre el uso del término “alevoso” en los fueros medievales

Como hemos venido observando, el uso que hacen los fueros medievales de los conceptos de "aleve", "alevoso" o "alevosía" no engloban un mismo delito, ni siquiera un mismo tipo de delitos, ni siquiera únicamente delitos. Más parece que "alevoso" se usa, genéricamente, para definir cualquier comportamiento contrario a derecho, al delito mismo. Esto, sin embargo, no llama la atención si tenemos en cuenta, como hace GARCÍA GONZÁLEZ, que de los tres orígenes etimológicos del concepto "alevosía", y que se han expuesto brevemente antes, la palabra árabe "*al'ayb*", cuya condición de origen de la palabra "alevosía" es además dominante en la ciencia histórica filológica, significa “defecto”, “tacha”, “acción culpable” o “nota de infamia”⁵⁶. Este factor etimológico, junto al apunte de que los comportamientos definidos como "alevosos" en los fueros tienen una

⁵² Fuero de Coria 112: "(...) e si los adalides o la conpanna les provaren que mentira firmaron, tresquilenlos, e ixcan por alevosos". También Fuero de Coria 223: "Ningun ome que demandar aver, ho heredade, ho qual cosa se quier, de ese es la firma. E si pesquisa fier el otro que mentira firmo, non le preste e salgan por alevosos los que firmaren, e fagan dellos justicia (...)". Por último, Fuero de Coria 307: "Todo ome que mentira jurare ho firmare, e sobrel fallaren los alcaldes e los jurados pesquisa, tresquilenlo fasta la meatad, e salga por alevoso de conçeio, e non aya mas portiello ni firme".

⁵³ Fuero de Parga "(...) et mandamus ut nemo vicinus de Parrega non sit vasallus de aliquo homine nisi de rege (...) et si aliter fecerit sit alevosus et perdat quantum habuerit (...)".

⁵⁴ Fuero de Bonoburgo de Caldelas: "(...) se alguun omne mal se over contra omnes do burgo, e in na villa quiser intrar, seforça ou alguun mal comenzar, todos seus vicinos succurram a sed vicino cum espada e cum lança. Et quien vicino non adiuadar, seya alevoso per lo foro de Allariz (...)".

⁵⁵ Fuero de Coria 112: "(...) atalaero ho otro o el que estodier en la vela, ho en atalaya, e lo fallaren dormiendo, tresquilenlo e ixca por alevoso (...)".

⁵⁶ GARCÍA GONZÁLEZ, J. *Traición y Alevosía en la Alta Edad Media*, Anuario de Historia del Derecho Español N° 32, 1962, pg. 343.

gravedad absolutamente dispar, desde homicidios hasta, por ejemplo, vulnerar la incompatibilidad de un cargo público, con penas que van desde la pena de muerte hasta las multas de escasa cuantía, parece llevarnos a pensar que el empleo de las palabras "alevoso" o "alevosía" es más bien una nota de estilo sin auténticas consecuencias en la definición del delito o de su pena, sirviendo más como constatación de que el comportamiento definido es, efectivamente, contrario a la norma, y su autor un delincuente. No hay, por lo tanto, en el uso de la palabra "alevosía", "aleve" o "alevoso" en los fueros, salvo de manera anecdótica, la nota de vulneración de un deber de fidelidad o de agresión en circunstancias en las que no se espera el daño que es propio de los delitos de traición y que es origen del concepto moderno de alevosía. Como argumento final de esta postura, podemos citar el apartado 382 del Fuero de Plasencia, que dice "*Por fuero mandamos que todo aquel omme matare o atra alevosía fiziere (...)*"⁵⁷, empleando aquí "hacer alevosía" como sinónimo de cometer un delito. Hemos visto cómo en el Fuero de Zamora se usa el concepto de "alevosía" con un sentido similar (si bien no, evidentemente, idéntico) al actual. Sin embargo, tal anomalía puede explicarse si tenemos en cuenta que el mencionado Fuero no emplea nunca los términos de "traición" o "traidor", que son las palabras con las que se definirán, como veremos a continuación, los comportamientos que hoy en día calificaríamos de alevosos. De hecho, es llamativo cómo en el Fuero de Zamora, en su apartado 17, se tipifica un comportamiento no muy distinto del homicidio con alevosía actual:

"Omne que a otro matar conseyeramiento, aquellos que hy acaescieren, priendanno e denno a los iuyzes e fagan de so cuerpo iusticia, e pierda quanto ovier. E aquellos que si acertaren, se dixieren: "non lo podiemos prender", iuren per suas cabezas que lo non podieron prender, e escapen. E se lo non quisieren iurar, pechen el omezio" (Fuero de

⁵⁷ Fuero de Plasencia 382.

Zamora, 17)

El concepto de "*conseyeramiento*", forma adverbial de "*con conseio*", aparece en los textos medievales como sinónimo, según ORLANDIS, de dolo, pero también de "premeditación" y "perversidad de sentimientos"⁵⁸. Si bien no puede decirse que un homicidio "*con conseio*" sea un homicidio alevoso, hay que poner de manifiesto la curiosidad de que se emplee la palabra "alevosía" para definir, por ejemplo, la indebida percepción de una prestación pública, pero no para definir un homicidio premeditado, figura que, sin ser similar al homicidio alevoso, es sin duda mucho más cercana. Por todo esto, podemos concluir que, si bien los delitos calificados como "alevosía" tienen ya la nota de decepción, de comportamiento contrario a lo esperado, no se refieren estas notas a un comportamiento cualificado, sino al mero comportamiento contrario a la norma que realiza quien comete un delito.

III.2.2 – Delitos de traición en los fueros medievales

Define ORLANDIS ROVIRA los delitos de traición en los fueros de la Alta Edad Media como aquellos que provocan una pérdida general de la paz⁵⁹. Ocurre, sin embargo, que junto a los típicos delitos de traición (por ejemplo, los delitos contra el Rey, como en el Fuero de Soria⁶⁰) encontramos también otros, calificados también sus autores como "traidores"⁶¹. Esta diversidad de delitos bajo el concepto de "traidor", si bien

⁵⁸ ORLANDIS ROVIRA, J. *Sobre el concepto del delito en el derecho de la Alta Edad Media*, 1945, pg. 133.

⁵⁹ ORLANDIS ROVIRA, J. *Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media*, Anuario de Historia del Derecho Español N° 18, 1947, pg. 126.

⁶⁰ Fuero de Soria 492: "*Traydor es (...) que desereda su rey e es con conseio de desheredarle, o qui trahe castiello o villa murada*".

⁶¹ En ocasiones se usa tanto la denominación de "traidor" como la de "alevoso", aunque no entendemos aquí que la segunda, como ya hemos explicado anteriormente, tenga un contenido propio. Mientras que "alevoso" hace referencia al genérico mal comportamiento de quien comete un delito, es la voz "traidor" la que otorga a estos delitos su contenido específico.

mucho más limitada que la calificación de "alevoso", se ve claramente en el fuero de Soria cuando define quién es "traidor"⁶².

Así, por ejemplo, sucede en el Fuero de Alba de Tormes, que define como "traidor y alevoso" a quien mata a otro después de haberle dado garantías de lo contrario⁶³, e igualmente sucede en el Fuero de Béjar⁶⁴. Esa garantía previa de lo contrario aparece también en el homicidio cometido cuando se ha dado fianza de salvo o treguas, que ya hemos examinado en los delitos definidos como "alevosía", también calificado en ocasiones como traición (véase, por ejemplo, el Fuero de Madrid⁶⁵ o el Fuero de Salamanca⁶⁶). En la misma línea encontramos el homicidio cometido después de haber saludado a la víctima (véase el Fuero de Molina⁶⁷) o el

⁶² Fuero de Soria 492: "*Traydor es que mata fu fennor natural o ffiere o lo prende o mete mano en el o lo manda o lo confeia ffacer, o quier alguna deftas cofas fface a ffijo de fu fennor natural, aaquel que deve rregnar demjentre que non fallare de mandado de fu padre, o que yace con mugier de fu fennor o que es en confejo que yaga otro con ella, o que defereda fu rey o ef en confeio de desheredarle, o qui trahe caftiello o villa murada*". También Fuero de Soria 493: "*Otroffi ffea por traydor qui matare fu padre o fu madre odent arriba, como a auuelo o vifauuelo, o qui matare fu hermano, o fu fennor cuyo pan conjere o cuyo mandado ficiere o qui foldad rrecibiere, como todo aportado demjentre biuiere con fu fennor, o fil yoguiere con la mugier o qui ffiriere o matare a otro fobre tregua o fobre ffiadores de faluo o fobre faludamento o fobre affiamjento, fi antel tenje defafiado e depfue le affio, o fuere en confeio de muerte de qual quier de ellos*".

⁶³ Fuero de Alba de Tormes 17: "*Qual que fe quiere que la falua fe aya dada e depués lo firiere, aquel que dio la falua fe, olo mafare, peche CCC marauedis; e fi lo matare, peche DC marauedis, e fea traydor e aleuofa*".

⁶⁴ Fuero de Béjar 308: "*Qui matare fu conpannero fiando fe enel fotierren el biuo fo el muerto. Si alguno destes negare e non lo pudieren prouar falues cada uno con XII vezinos e dea creido. Efoia maguer el querellofo o tomar la iura o que iure el fofpechofo folo e refponda affu par*".

⁶⁵ Fuero de Madrid, página 31: "*Toto homine qui matare auezino u el filio de uezino, super fianza aut super fiadores de saluo, pectet C et L m., et exat per traditore et per aleuso de madrid et de suo termino, et eiecten suas casas interra el conccio: et los fiadores quod fuerint de saluo, ipsos adugan el matador adirecto; et si non potuerunt habere el matador, los fiadores pectent isto coto, quod es superius in ista carta: et si el matador non potuerit hauer C et L m., accipiant illum quod inuenerint, et obscidant suam manum; et exat per traditor et per aleuoso de madrid et de suo termino*".

⁶⁶ Fuero de Salamanca 24: "*Todo omne que fiadores dier defegurancia, de llll fiadores que uean los alcaldes e las iufticias que derechos fon por tal fiadura facer. Et fi matar o ferir o defondrar, peche mill marauedis, e deriben le fus cafas el conceio, e falga de Salamanca o de fu termino por traydor e por aleuofa*".

⁶⁷ Fuero de Molina, Capítulo XXIV, Cédula XV: "*Qui homne matara depues que saludado lo oviere peche D. marauedis et salga por traydor. Et las sus casa seyan de Ribadas*".

homicidio de un invitado al hogar (Fuero de Zorita de los Canes⁶⁸).

Encontramos también en el Fuero de Lorca la expresión de "matar sobre seguro"⁶⁹, definiéndose tal circunstancia como la inexistencia de un enfrentamiento entre ambos sujetos (en concreto, "*palabras feas, ni baraia ni contienda*"). Tal expresión, si bien modificándose su contenido, es de una gran importancia en la evolución histórica de la alevosía, pues se mantendrá en regulaciones posteriores. Prescindiendo de la expresión "matar sobre seguro" encontramos la misma idea de la concepción de traidor de quien mata sin provocación previa en el Fuero de Salamanca⁷⁰.

Por último, existe un grupo de fueros que recogen el concepto de "matar a traición". Así, por ejemplo, el Fuero de Briviesca habla de "*todo ome que matare a otro a traición o a lef*"⁷¹. Ya vimos, igualmente, cómo el Fuero de Zamora recogía esta figura en su apartado 84, no definiendo el comportamiento como "traición", pero esto es probablemente porque tal fuero nunca emplea esta palabra. Igualmente podemos ver otro ejemplo en el Fuero de Soria⁷².

III.2.3 – La alevosía en el Fuero Real

La tendencia del rey Alfonso X a homogeneizar las normas de

⁶⁸ Fuero de Zorita de los Canes 237: "*Da caba, tod aquel que omne enbidare a su casa a comer, o abeuer, o a conseia lo llamare, et lo matare, sea soterrado albiuo so el muerto. Aquesta misma pena aya aquel que su senyor, cuyo pan comiere et mandado fiziere, matare, ometanle en las manos de sus enemigos, afacer del lo que aellos mas plugiere*".

⁶⁹ Fuero de Lorca, página 14: "*Otrossi mandamos que qualquiere que matare ome sobre seguro, tal seguro con quien no aya ante avido palabras feas, ni baraia ni contienda, ni en la ora de la muerte ni ante, muera por ello, é pierda cuanti oviere é ayamoslo nos*".

⁷⁰ Fuero de Salamanca 282: "*Todo omne qui omne matar, fi non es defaffiado por conceio, fi maniffeto fue que lo mato, peche C. marauedis, e falga de Salamanca e de fu termino por traydor*".

⁷¹ Fuero de Briviesca, Título XVII, Ley II: "*Que todo ome que matare a otro a traicion o a lef, arrastrenle por ello e despues enforquenlo*".

⁷² Fuero de Soria 491: "*Todo omne que matare a otro a traycion o a aleff, ffea rrafrado e en fforcado por ello, e tomen de fus bienes laf calonnas dobladas; e fi fus bienes non cumplieren, pierda lo que ouiere, e laf cafas del traydor ffean derrocadas*".

Castilla, que finalmente cristalizó en las Siete Partidas, comenzó con la promulgación del Fuero Real que, si bien no fue *de iure* aplicación general en todo el reino, sino que se iba otorgando a distintas ciudades, sí lo fue *de facto*.

En este Fuero se introduce lo que posteriormente veremos en las Partidas, si bien de forma muy sutil: la diferenciación, ya más claramente que en los demás fueros, de los conceptos de traición y alevosía. Así, decía el Fuero Real⁷³: "*El que matare a otro a traición o con alevosía (...)*", entendiéndose que ambas formas de matar no eran en realidad iguales, como se puede comprobar fácilmente con la determinación de la pena: junto a la pena de arrastramiento y muerte, se confiscaban todos los bienes del traidor pero sólo la mitad del alevoso.

III.2.4 – Conclusiones sobre las figuras semejantes a la alevosía en los fueros medievales

Hemos visto cómo podemos encontrar en los fueros medievales dos tipos de delitos que pueden hacernos pensar en ellos como antecedentes de la actual alevosía. Por una parte, los delitos denominados como "alevosía", o cuyo traidor se define como "alevoso", y, por otra, algunos delitos de traición o cuyo autor es denominado "traidor".

De los primeros deriva, sin duda alguna, el término de "alevosía". Sin embargo, los fueros medievales definen como "alevoso" una inmensa diversidad de casos que poco o nada tienen que ver con comportamientos que hoy llamamos alevosos: hemos examinado así, por ejemplo, falsedades documentales o vulnerar la incompatibilidad de un cargo

⁷³ Fuero Real, Libro IV, Título XVII, Ley II: "*El que matare a otro a traición o con alevosía, sea arrastrado y después ahorcado; y el Rey haya todos los bienes del traidor y la mitad de los del alevoso, siendo la mitad para los herederos del mismo*".

público. Tampoco debe extrañarnos esta circunstancia, pues, si como mantiene hoy en día la Real Academia Española el término "alevosía" deriva del árabe "*al'ayb*", éste tiene un significado amplio, de "acción culpable", por lo que no es extraño pensar que en los fueros se emplee el término "alevoso" como sinónimo de "delincuente".

En cuanto a su contenido, no podemos sino concluir que la figura moderna de la alevosía encuentra su origen en determinados delitos de los fueros medievales calificados como "traición" o, más frecuentemente, cuyos autores son denominados "traidores". Ya aparecen en estos fueros ideas típicas de la alevosía: el empleo de medios cualificados, la vulneración de la confianza de la víctima o el aseguramiento del autor, incluso con la propia expresión "sobre seguro" que encontraremos más adelante.

Dijimos, en el examen de las figuras semejantes a la alevosía en el derecho romano, que éstas no se habían prolongado en el derecho posterior, lo que explica, probablemente, que en países cuyo derecho también deriva del romano no exista la alevosía, como veremos posteriormente. Sin embargo, aquí podemos decir, sin ningún género de dudas, que en los fueros medievales se sitúa el primer germen directo de lo que hoy es la alevosía. Será necesaria, evidentemente, una depuración del concepto, así como la fusión del término "alevosía" con el contenido propio de ciertos delitos de traición.

III.3 – La alevosía en las Partidas

Habiendo examinado cómo la alevosía parte, en realidad, tanto de los delitos definidos como "alevosía" como de los delitos definidos como "traición" en los fueros medievales, corresponde pues examinar cómo regulan las Partidas tales conceptos.

En las Partidas se da un importante avance, pues ya claramente se diferencia la traición cometida contra el Rey o el reino de la cometida contra otros hombres, categorías que en los fueros se encontraban mal delimitadas. Así, la Partida VII, y en concreto el Título II introduce la traición como "*uno de los mayores yerros, e denuestos, en que los omes pueden caer*", repitiéndose además en la Ley I de este Título II que "*E trayción es la mas vil cosa, et la peor, que puede caer en coraçon de ome*". Distingue a continuación esta Ley I hasta catorce comportamientos calificados como traición⁷⁴, entre los que podemos encontrar atentar contra la vida del Rey,

⁷⁴ Partida VII, Título II, Ley I: "*La primera, e la mayor, e la que mas fuertemente deue ser escarmentada es, si se trabaja algund ome de muerte de su Rey, o de facerle perder en vida la honra de su dignidad, trabajandose con enemiga que sea otro Rey o que su señor sea desapoderado del Reyno. La segunda manera es, si alguno se pone con los enemigos por guerrear, o facer mal al Rey, o al Reyno, o les ayuda de fecho, o de consejo: o les embia carta o mandado porque los apercibia de alguna cosa contra el Rey, e a daño de la tierra. La tercera es, si alguno se trabajasse de fecho, o de consejo, que alguna tierra, o gente que obedesciesse a su Rey se alçasse contra el, o que le non obedesciesse tambien como solia. La quarta es, quando algund Rey o Señor de alguna tierra que es fuera de su señorío quisiere al Rey dar la tierra donde es Señor, e obedescerlo dandole parias, e tributo: e alguno de su señorío lo estorua de fecho o de consejo. La quinta es, quando el que tiene castillo, o villa, o otra fortaleza por el Rey, se alça con aquel lugar, o lo da a los enemigos, o lo pierde por su culpa, o por algund engaño, que le facen, e ese mismo yerro faria el rico ome, o cauallero, o otro qualquier, que basteciesse con vianda, o con armas, algund lugar fuerte para guerrear contra el Rey, o contra la pro comunal de la tierra: o si traxesse otra cibdad, o villa, o castillo, manguer non lo tuuiesse por el. La sexta es, si alguno desamparasse al Rey, en batalla, o se fuesse a los enemigos, o a otra parte: o se fuesse de la hueste en otra manera, sin su mandado, ante del tiempo que deuia seruir, o derranochase, o començasse a lidiar con los enemigos engañosamente, sin mandato del Rey, o sin su sabiduria, porque los enemigos le fiziessen arrebatat, o le fiziessen algund daño, o alguna deshonrra estando el rey segurado, o si descubriessse a los enemigos los secretos del rey en daño del. La setena es si alguno fiziese bollicio, o aluentamiento en el reyno, faciendo juras, o cofradias de caualleros, o de villas contra el Rey, o de los caualleros que son establecidos para guardar su cuerpo, o de los judgadores que han poder de judgar por su mandato en su corte. La nouena es, quando el Rey asegura algund ome señaladamente, o a la gente de algun lugar, o, de alguna tierra, de alguna cosa: e otros de su señorío quebrantan aquella segurança quel dio matando o firiendo, o deshonorrandolos contra su defendimiento, fueran ende si lo ouiessen fecho a miedos tornando sobre si o sobre sus cosas. La dezena es, quando algunos omes dan por rehenes al Rey, e alguno los mata todos o alguno dellos, o los face fuyr. La onzena es, quando algun ome es acusado, o reptado sobre fecho de traycion, e otro alguno le suelta o le aguisa porque se vaya. La dozena es, si el Rey ira el oficio a algun adelantado o a otro oficial de los mayores, e establece a otro en su lugar, e el primero es tan rebelde que non dexa el oficio, o las fortalezas, con las cosas que le pertenescen, nin quiere rescebir al otro en el por mandado del Rey. La trezena es, quando alguno quebranta, o fiere, o derriba maliciosamente alguna ymagen que fue fecha e endereçada en algund lugar, por por*

el pacto con el enemigo, la deserción en batalla o la falsificación de moneda.

A pesar de lo dicho en el párrafo anterior, y de que los delitos regulados en la Ley I del Título II son todos claramente delitos propiamente de traición, cometidos contra el rey o contra el reino, existe aún cierta confusión entre éstos y la traición cometida contra otra persona. Así remata la larga lista de comportamientos delictivos la Ley I: "*Et sobre todo dezimos que quando alguno de los yerros sobredichos es fecho contra el rey, o contra su señorío, o contra pro comunal de la tierra, es propiamente llamada traición: et quando es fecha contra otros homes es llamada aleve, segund fuero de España*". Igualmente, al introducir las catorce figuras delictivas mencionadas anteriormente, dice: "*Et traición tanto quiere decir como traer un home a otro so semejanza de bien a mal*". Así, a pesar de que el contenido de los tipos delictivos es claramente correspondiente con los puros delitos de traición, y que materialmente no pueden ser cometidos contra particulares, en las partes más literarias de la Ley I aún se contempla la posibilidad de que esto suceda, llamándose así alevosía.

Posteriormente, cuando se tratan las distintas formas de homicidios en el Título VIII, la Ley 15 establece de nuevo la diferencia entre ambas formas de matar, a traición y con alevosía, que ya se anticipaba en el Fuero Real, al que hace referencia el precepto⁷⁵. El régimen del homicidio queda de la siguiente manera: cuando quien mata a otro es hidalgo o caballero, la pena es el destierro. Cuando quien mata a otro es "de vil lugar", la pena es

honrra o semejança del rey. La qatorzena es, cuando alguno face moneda falsa, o falsa los sellos del rey".

⁷⁵ Partida VII, Título VIII, Ley XV: "*A tuerto matando un home a otro, si el matador fuere caballero u otro fidalgo, debe seer desterrado; et si non hobiese de los parientes que suben o descenden por la liña derecha del fasta el tercero grado, deben seer todos sus bienes de la camara del Rey. (...) Mas si el matador fuese de vil lugar, debe morir por ende, et sus bienes debenlod haber los parientes que han derecho de heredar (...). Mas segun el fuero de España, todo home que matare a otro a traicion o a aleve, quier sea caballero o otro home, debe morir por ende, segun diximos de suso en el titulo de las trayciones*".

la muerte. Sin embargo, cuando se mata a otro "a traición o a aleve", la pena es la muerte, independientemente del origen del autor.

Por último, en el Título XXVII se regulan los suicidios y quienes matan a otros a cambio de "algo que les dan". En la Ley III se dice "*Asesinos son llamados una manera que ha de omes desesperados, e malos, que matan a los omes a traycion, de manera que non se puede dellos guardar. Ca atales yha dellos que andan vestidos como religiosos, e otros como pelegrinos, e otros que andan como labradores e aluerganse para labrar co los omes porque se aseguren con ellos, e andan muy encubiertamente en estas maneras sobredichas, e en otras semejantes, porque puedan cumplir su traycion e su maldad*"⁷⁶

En este último precepto se dota de contenido las menciones anteriores de "a traición". Si bien no se puede entender que lo previsto aquí fuera un *numerus clausus* de formas de matar a traición, sino que es seguro que podían existir más formas (la mención de "*estas maneras sobredichas, e en otras semejantes*" así lo evidencia), aparece aquí el elemento nuclear de la alevosía (en la terminología de la época, traición): la imposibilidad de la defensa ("*de manera que non se puede dellos guardar*").

En conclusión, si en los fueros medievales se encontraban ya figuras asimilables a la alevosía en ciertos delitos de traición, pero aún sin una nitidez clara y unos conceptos perfectamente delimitados, las Partidas dan un paso decisivo en esa dirección. La diferencia entre traición y alevosía aparece ya clara: traición es el delito cometido contra el rey, contra el reino, sus señoríos o tierras comunales, y alevosía es cuando se cometen esos mismos hechos contra particulares. Paralelamente al delito de traición, el hecho de matar "a traición" o alevosamente constituye una agravación del

⁷⁶ Partida VII, Título XXVII, Ley III.

homicidio básico, si bien ambas agravantes no son iguales al tener consecuencias penales distintas. El contenido de estas formas agravadas de matar no aparece definido con una gran precisión, pero pueden extraerse su elemento fundamental: el aseguramiento del resultado mediante medios que evitan la defensa de la víctima ("*non se puede dellos guardar*"), especialmente mediante medios engañosos ("*traer un home a otro so semejanza de bien a mal*", "*encubiertamente en estas maneras sobredichas, e en otras semejantes*") y particularmente el disfraz (*vestidos como religiosos, e otros como pelegrinos, e otros que andan como labradores*).

No es este concepto de "a traición" idéntico al moderno concepto de alevosía. Sin embargo, no puede ser considerado sino el antecedente inmediato.

III.4 – La alevosía en el Ordenamiento de Alcalá

En el Título XXII, Ley I del Ordenamiento de Alcalá promulgado por Alfonso XI, se establece que "*el que con asechanza, consejo o premeditación hiera a otro, muera por ello; aunque el herido no muera de la herida*". Esta previsión es innovadora en el sentido de que incluye una nueva modalidad de alevosía, la acechanza⁷⁷, que si bien no se recoge de manera específica actualmente sí puede encontrarse, como veremos más adelante, en el derecho comparado, y concretamente en la figura del "*guet-apens*" francesa.

Además, el Ordenamiento de Alcalá consolidó la regulación que del

⁷⁷ En castellano moderno empleamos la voz "acechanza" y no "asechanza", pues, aunque ambas palabras tienen definiciones parecidas, no son idénticas. El diccionario de la Real Academia Española define "asechanza" como "engaño o artificio para hacer daño a alguien", mientras que la "acechanza" se entiende como "acecho, espionaje, persecución cautelosa". Por el significado que tiene la voz en castellano antiguo "asechanza", entendemos que se asemeja más a la actual "acechanza" que a la actual "asechanza".

homicidio a traición ya hicieran las Partidas, reproduciendo el contenido de la Ley I del Título II de la Partida VII.

III.5 – La alevosía en la Novísima Recopilación

El estudio pormenorizado de la evolución de la figura de la alevosía obligaría, en realidad, a incluir con anterioridad a este apartado lo previsto en el Ordenamiento de Montalvo, también conocido como las Ordenanzas Reales de Castilla, y la Nueva Recopilación. Ocurre, sin embargo, que lo recogido en el Título VII del Libro XII, llamado "de las traiciones y alevos" en las Ordenanzas Reales fue trasladado al Libro VIII de la Nueva Recopilación, en concreto en los títulos XVIII (de las traiciones y alevos), XXIII (de los homicidios) y XXV (de las penas), y de ésta fueron trasladadas de nuevo a la Novísima Recopilación. La repetición de los tres cuerpos legales sería pues repetitiva en exceso, por lo que expondremos las notas principales de la regulación en este apartado, dejando de manifiesto que lo que aquí se recoge es aplicable también a los ordenamientos anteriormente mencionados.

La Novísima Recopilación de 1805 recoge en el Libro XII, y en concreto en su título XXI, prácticamente todas las figuras que hemos estudiado hasta ahora, introduciendo, sin embargo, algunas novedades.

Así, encontramos cómo la Ley II recupera lo que establecían las Partidas sobre la muerte a traición y alevosa, trasladando de nuevo la dualidad de las dos figuras y manteniendo su diferencia al confiscarse la mitad de los bienes del alevoso y todos los del traidor⁷⁸. Hay, sin embargo,

⁷⁸ Novísima Recopilación, Libro XII, Título XXI, Ley II: "*Todo hombre que matare a otro a traición o aleve, arrástrenlo por ello, y enfórquenlo; y todo lo del traidor háyalo el Rey; y del alevoso haya la mitad el Rey y la otra mitad sus herederos: y si en otra guisa lo matare sin derecho, enfórquenlo; y todos sus bienes herédenlos sus herederos, y no peche el homecillo. Y todo hombre que ficiere muerte segura, cae en caso de aleve y la mitad de sus bienes pertenesce a nuestra Cámara: y toda muerte se dice segura, salvo aquella que*

una importante novedad: se considera "muerte segura", y por lo tanto alevosa, toda muerte "*salvo aquella que fuere fecha en pelea, o en guerra o en riña*". El homicidio doloso es, por lo tanto, alevoso salvo en circunstancias especiales. Entiende CAMARGO HERNÁNDEZ que esta previsión no es más que una recopilación de lo que ya contenía el Fuero de Lorca (que decía, recordemos, "*qualquiere que matare ome sobre seguro, tal seguro con quien no aya ante avido palabras feas, ni baraia ni contienda*"), pero hay una importante diferencia, pues lo previsto en el Fuero de Lorca trata de una eventual provocación previa, mientras que en la Novísima Recopilación se quita importancia al comportamiento provocador del sujeto, sustituyéndolo por una condición objetiva del homicidio: la pelea, guerra o riña⁷⁹. Si bien coinciden ambos ordenamientos en que esas situaciones excluyen la alevosía, el Fuero de Lorca parece exigir que este conflicto haya sido provocado por el autor, condición que no se exige en la Novísima Recopilación.

La Ley III recoge la acechanza, introducida en el Ordenamiento de Alcalá, ampliando y delimitando su contenido⁸⁰. Por su redacción parece, sin embargo, que ahora la acechanza requiere de un grupo de autores con un plan organizado y premeditado ("*hacen habla o consejo para ello*"), condición que no se requería en el Ordenamiento de Alcalá.

Se recoge igualmente el concepto anterior de la muerte durante

fuere fecha en pelea, o en guerra o en riña".

⁷⁹ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 19.

⁸⁰ Novísima Recopilación, Libro XII, Título XXI, Ley III: "*Acaesce alguna veces, que algunos hombres estan asechando para herir o matar a otro, y hacen habla o consejo para ello, y fieren a aquellos a quienes estan asechando y atendiendo para los herir o matar, sobre que fue hecho el consejo o la habla; y estos tales deben haber mayor pena que los que hieren en pelea, porque los Derechos mandan que estos tales sean tenidos a pena de muerte, así como si matasen, y porque en algunos lugares por fueros y por costumbres no se usa así, y por esto se atrevían muchos a hacer los tales yerros; por ende establecemos, que qualquier o qualesquier que por asechanzas, o sobre consejo o habla hecha hiriere a alguno, que muera por ello, magüer aquel a quien hirió no muera de la herida*".

tregua que se establecía ya en numerosos fueros, si bien confundida con la acechanza en un mismo precepto⁸¹.

Importante novedad es también la establecida en la Ley XII, sin duda motivada por las innovaciones tecnológicas posteriores a los Fueros y a las Partidas, que define como "alevoso" a quien matare a otro utilizando armas de fuego⁸². La denominación de "alevoso" y no "traidor" no es casual, pues el castigo era el mismo que el de la alevosía: la confiscación de la mitad de los bienes del autor, y no de la totalidad, como correspondía a los delitos de traición.

En consecuencia, la Novísima Recopilación tuvo un importante efecto de cara a los códigos penales de los siglos XIX y XX. Editada en 1805, sólo diecisiete años antes del primer código penal, si bien fue calificada por MARTÍNEZ MARINA como "*Vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas, edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas*"⁸³, esta recopilación de preceptos de muy diverso origen sirvió también para depurar los conceptos de traición y alevosía, eliminando los delitos de los fueros que nada tenían que ver con lo que hoy entendemos por tal agravante. Si bien la Novísima Recopilación mantenía una preocupante y confusa distinción de los dos elementos, a traición por una parte, con unas consecuencias penales más graves que la alevosía, por

⁸¹ Novísima Recopilación, Libro XII, Título XXI, Ley X: "*El que matare a otro a traición, dada y otorgada tregua y seguro, o por asechanzas, o en otro qualquier caso por que deba ser condenado a muerte, si despues que fuere condenado, entrare en nuestra Corte con cinco leguas en derredor, allende de la pena corporal, pierda la mitad de sus bienes para la nuestra Cámara*".

⁸² Novísima Recopilación, Libro XII, Título VII, Ley XII: "*Mandamos que qualquiera persona que matare o hiriere a otro con arcabuz o pistolete, por el mismo caso sea habido por alevoso, y pierda todos sus bienes, la mitad para nuestra Cámara y Fisco, y la otra mitad para el herido o herederos del muerto: y no entendemos en ningun caso remitir la dicha pena*".

⁸³ MARTÍNEZ MARINA, J. *Juicio crítico de la novísima recopilación*, edición digital del Instituto Cervantes a partir de *Obras Escogidas, Tomo II*, Madrid, Atlas, 1968.

otra parte, el camino que le restaría a un futuro código penal era en 1805 ya sencillo: bastaba con unificar ambos conceptos, abstrayendo el principio general de "muerte sobre seguro", y prescindiendo de especificidades concretas como la acechanza o el uso de armas de fuego, para, como veremos, regular el concepto de "alevosía" de una manera que ya sin duda puede considerarse, si bien con las lógicas evoluciones de dos siglos, similar al actual.

III.6 – La alevosía en la codificación penal española

III.6.1 – El código penal de 1822

El código penal de 1822 recoge, en su artículo 106, como circunstancia novena, la agravante siguiente: "*en todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida*". Aparecen aquí diversas circunstancias, sin que se identifique un factor común de agravación, fundamentadas en circunstancias personales de la víctima, ya sean inherentes a ella (edad, sexo, dignidad, debilidad) o dependientes de la circunstancia del momento concreto (indefensión, desamparo). No se hace expresa mención al concepto de alevosía, como sí veremos en siguientes artículos. Algunas de las circunstancias parecen fundamentarse en la mayor indefensión de la víctima, expresada en abstracto para cualquier persona en esa situación (las menciones a debilidad, indefensión, desamparo y conflicto), pero junto a estas encontramos otras que no implican ningún tipo de reducción o eliminación de las capacidades defensivas (la dignidad de la víctima). Un tercer grupo se encuentra en una suerte de categoría intermedia, pues si bien revelan, como norma general, una menor capacidad de defensa (la tierna edad y el sexo femenino), el fundamento de agravación puede ser no esta presunta indefensión sino la protección de intereses adicionales. No

puede decirse, sin más precisiones, que esta circunstancia agravante general (si bien sólo aplicable a los delitos contra las personas) equivalga a un concepto general de alevosía, como sí sucede, como veremos a continuación, con el artículo 609, pero sí parece existir algún tipo de paralelismo.

En el artículo 609 del código penal de 1822 la alevosía aparece como agravante específica del asesinato, como circunstancia tercera del precepto, que dice "*Son asesinos los que maten a otra persona no solo voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: (...) Tercera: con alevosía o a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña o pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este, o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor, o para quitar la defensa al acometido*"⁸⁴.

⁸⁴ Artículo 609 del código penal de 1822:

"Art. 609: Son asesinos los que maten a otra persona no solo voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: Primera: en virtud de dones o promesas que se les hayan hecho previamente para que maten o hieran a aquella persona, o a otra en cuyo lugar se haya tenido a la asesinada. Segunda: con previa asechanza, ya aguardando a la persona asesinada, o a la tenida en lugar suyo, en uno o más sitios para darle la muerte; ya observando la ocasión oportuna para embestirle; ya poniéndole espías o algún tropiezo o embarazo para facilitar la ejecución; ya buscando auxiliares para el mismo fin, o ya empleando de antemano cualquier otro medio insidioso para sorprender a dicha persona y consumir el delito. Tercera: con alevosía o a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña o pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este, o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor, o para quitar la defensa al acometido. Cuarta: con sustancias o bebidas venenosas o nocivas que a sabiendas se hayan aplicado a la persona asesinada, o se le hayan hecho tomar, de cualquier modo que sea. Quinta: con la explosión o ruina de materiales preparados para el asesinato; o con fuego que para matar a la persona se ponga en la casa o sitio en que se halle. Sesta: con tormentos o con algún acto de ferocidad o crueldad, bien se cause la muerte por alguno de estos actos,

Esta agravante retoma la dualidad de conceptos de "traición" y "sobre seguro", pero, como acertadamente apunta ANTÓN ONECA, no se plantean estas dos categorías como diferenciadas, sino que, en palabras de este autor, *"la muerte segura no está ya agregada como un caso más de traición, sino que, unida a ella, la circunscribe y delimita, pasando a ocupar el papel principal"*⁸⁵. No hay ya tampoco diferencia entre el concepto de "alevosía" y el de "a traición y sobre seguro", sino que ambos aparecen unidos por la conjunción "o", que en este caso expresa equivalencia entre ambas ideas, como demuestra el hecho de que, después de especificar numerosas modalidades comisivas (sorprender a la víctima descuidada, dormida o indefensa, la provocación de una riña en la que el autor es superior, etc.), se establece la cláusula general de *"(...) usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor, o para quitar la defensa al acometido"*⁸⁶. Esta equivalencia de ambos términos, "alevosía" y "a traición", es confirmada también por la doctrina penal de la época⁸⁷. Alevosía, o a traición y sobre seguro, es, por lo tanto, el uso de cualquier "artificio" o medio para asegurar el resultado, evitar el riesgo para el autor o eliminar la defensa de la víctima.

El concepto se enfrenta, sin embargo, a varios problemas interpretativos, derivados no de la propia circunstancia tercera, sino de las demás. Efectivamente, junto a agravantes claramente diferentes, como

bien se cometa alguno de ellos con el cadáver después de darle muerte. Séptima: con el fin de cometer cualquiera otro delito, o con el de castigar la resistencia que en la ejecución de este oponga la persona asesinada, o con el de impedir que estorbe o embarace la misma ejecución, o que lo descubra o detenga el delincuente después de cometido. Los asesinos serán infames por el mismo hecho, y sufrirán además la pena de muerte.

⁸⁵ ANTÓN ONECA, A. *Derecho Penal*, Tomo I, 1949, pg. 354.

⁸⁶ Ha de apuntarse también, sin embargo, que la alevosía se prevé también en los artículos 614, donde se emplea la fórmula *"(...) aunque no haya traición ni alevosía"*, y también en el artículo 615, *"(...) sin traición ni alevosía"*. Estas fórmulas son más ambivalentes sobre la equivalencia de los términos.

⁸⁷ Véase MARCOS GUTIÉRREZ, J. *Práctica criminal de España*, 3ª edición, Madrid, 1824, pg. 50, comentando la Partida 7 del Título II de la Ley I, apunta: *"en el día lo mismo quiere decir a traición que con alevosía"*.

pueden ser el precio, promesa o recompensa del apartado primero o el ensañamiento del apartado sexto, se establecen otras cuya delimitación de la alevosía resulta complicada. Encontramos así, por ejemplo, la acechanza en el apartado segundo, el empleo de venenos u otras sustancias nocivas en el apartado cuarto y la explosión, ruina o incendio "*preparados para el asesinato*" en el apartado quinto. Hay, por lo tanto, una serie de hechos que por su propia naturaleza son alevosos y que hoy serían considerados como tal, y que, de hecho, encajarían en la previsión general del apartado tercero del artículo 609, pero que quedaban fuera de la alevosía al preverse específicamente en otros apartados.

Se introduce ya pues, en el código penal de 1822, un concepto de alevosía general, si bien aplicado exclusivamente al homicidio y no a otros delitos, que en sus líneas básicas es similar al actual: alevosía es matar "*usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor, o para quitar la defensa al acometido*". Las distintas modalidades que menciona el artículo (recordemos, "*sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña o pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este*") no pueden ser consideradas agravantes diferentes, sino variables o formas específicas de ese concepto general. Primero, porque por el propio sentido de los términos el descuido, el sueño de la víctima, la sorpresa, el uso de armas, y las demás circunstancias que se enumeran son "*artificios para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor, o para quitar la defensa al acometido*". Y segundo, porque la estructura gramatical del tipo así lo indica: así, la fórmula general dice "(...) *usando de cualquier otro artificio (...)*", siendo "*otro*" la palabra clave, es decir, el propio código considera a la larga lista de casos particulares enumerados modalidades de la categoría general y no agravantes

diferenciadas. La aplicación y delimitación de este concepto abstracto se ven dificultadas por la permanencia de figuras que caben dentro de esta idea, pero que el legislador mantiene diferenciadas, así como por la existencia de una agravante general, aunque aplicada sólo a delitos contra las personas, de indefensión de la víctima en el artículo 106.

Un último apunte necesario sobre el código penal de 1822 es que también recogía, en su artículo 643, la posibilidad de extender las circunstancias agravantes del asesinato del artículo 609 (y entre ellas, por lo tanto, la alevosía) al delito de “heridas, ultrajes y malos tratamientos de obra” (equivalente, a día de hoy, en lo que nos interesa, al delito de lesiones) estableciéndose, entre otros motivos de agravación derivados del plazo de recuperación de las lesiones, que *“si mediare en el delito alguna de las circunstancias de asesinato, será la pena de siete á doce años de obras públicas en el primer caso, y de cuatro á ocho en el segundo”*.

III.6.2 – El proyecto de código criminal de 1831

En este proyecto de código se intentaban corregir, en buena medida, algunas de las dificultades sobre la alevosía y otras figuras afines que había provocado el código penal de 1822. Así, en primer lugar, en la regulación general de la alevosía en el homicidio en el artículo 798 se atrae ya a la acechanza como una modalidad alevosa más (*“Es muerte alevosa la que se da sorprendiendo al ofendido en estado de indefensión, bien sea que se le aceche para matarlo en cualquiera lugar o situación favorable al agresor, o que se le prive de la inteligencia, medios y auxilios para defenderse, o que se le atraiga por medios insidiosos a punto en que no pueda oponer resistencia, o por último que se le mate por medios ocultos que el ofendido no pudiera evitar ni conocer”*⁸⁸).

⁸⁸ Recogido en LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española* 5, volumen 2, Madrid, 1970, pg 296.

Además, otras figuras que el código penal de 1822 mantenía separadas de la alevosía, como el envenenamiento o el uso del fuego u otras circunstancias catastróficas se mantenían formalmente separadas en distintos artículos, pero, a nuestro entender, a los únicos efectos de mayor claridad interpretativa, pues se especificaba que estas figuras eran también una forma de alevosía y no una agravante diferente:

"La muerte que se cause por medio del envenenamiento será considerada como alevosa, cualquiera que sea el modo en que se hayan empleado o suministrado al ofendido las sustancias venenosas que se la hayan causado con mayor o menor prontitud".

"Del mismo modo se tendrá por muerte alevosa la que se dé por medio de máquinas, combustibles, proyectiles u otro artificio oculto contra el cual no pudiera precaverse ni defenderse la persona que haya recibido el daño".

Este proyecto de código habría confirmado, pues, lo que ya apuntábamos sobre la alevosía en el código penal de 1822: que a partir de éste existe la alevosía ya como circunstancia única, y que aunque evidentemente admite numerosas modalidades comisivas, es siempre, por su naturaleza, contenido y fundamento, una misma agravante.

También se mantenía en este proyecto la extensión de la alevosía al ámbito de las lesiones, donde, sin desarrollar el concepto de alevosía, sí era mencionada en su artículo 852: *"Cuando las heridas o lesiones hubieren sido hechas con alevosía, se agravará la pena correspondiente a su calidad con una cuarta parte más sobre el máximo que se prefije en la ley".*

III.6.3 – El proyecto de código criminal de 1834

En lo que respecta al desarrollo legislativo de la alevosía, el proyecto de código Criminal de 1834 pecaba de lo opuesto que el código penal de 1822 y el proyecto de código Criminal de 1831. En aquellos veíamos una excesiva regulación de la alevosía, especificando figuras que se diferenciaban artificialmente de ella e incluyendo modalidades comisivas que después quedaban absorbidas por una regulación general. En este proyecto, sin embargo, sucede lo contrario: no hay prácticamente ningún desarrollo del concepto de alevosía, más allá de su pura mención.

En el artículo 30 se regulaban las agravantes generales: "*Serán circunstancias que agraven el delito la falta de causa para cometerlo, las amenazas, insultos y malos tratamientos de obra y de palabra en el acto de ejecutarlo, la indefensión y debilidad del ofendido, ya sea por su edad, por su sexo o por enfermedad, la mayor preparación y premeditación para realizarlo, y la fuerza armada o superior con que se haya llevado a efecto*". Las menciones a la "indefensión y debilidad del ofendido", e igualmente la "fuerza armada o superior", parecen ser equivalentes a la alevosía, que, sin embargo, no se nombra aquí específicamente.

Sí aparece la alevosía más claramente en la regulación del homicidio. El artículo 315 decía exclusivamente "*El que con premeditación o alevosía mata a otro, incurre en pena de muerte*". Igualmente, el 318 establecía que "*El que con alevosía o premeditación empleare medios para matar a otro, aunque no lo consiga, incurrirá en la pena de seis a ocho años de obras públicas*". El envenenamiento quedaba de nuevo separado de la alevosía, cuando se decía en el artículo 326 que "*Incurre en la pena de muerte el que de intento da a otro veneno para matarle, aunque no se verifique la muerte*".

En el ámbito de las lesiones también se agravaban éstas si se cometían alevosamente, pero de nuevo sin especificar cuál era el contenido concreto de ésta en su artículo 337: "*Por las heridas o daños graves calificados como tales, hechos voluntariamente y con premeditación o alevosía, se impondrá la pena de seis a ocho años de obras públicas*".

No es posible realizar demasiadas valoraciones sobre el concepto de alevosía en este proyecto de código criminal, ya que, más allá de mencionar la circunstancia, sólo la referencia a la "indefensión y debilidad del ofendido" y la "fuerza armada o superior", que curiosamente aparecen como agravantes genéricas sin especificar que se traten de casos de alevosía, parecen dotar de contenido concreto a ésta.

III.6.4 – El código penal de 1848 y la reforma de 1850

En su artículo 10, el código penal de 1848 consideraba como circunstancia agravante "*ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro*". Como puede observarse, el precepto era, al contrario que el recogido en el código penal de 1822, escueto y con poca precisión en el contenido concreto de la agravante o distintas modalidades comisivas de la alevosía más allá de la referencia a "a traición y sobre seguro".

La interpretación de este artículo fue complicada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Según CAMARGO HERNÁNDEZ existieron dos criterios interpretativos en la doctrina para aclarar el contenido de la expresión "a traición y sobre seguro"⁸⁹:

- a) El criterio histórico era seguido por GROIZARD, y entendía que,

⁸⁹ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 23.

en la medida en que la expresión "a traición y sobre seguro" no aportaba un nuevo contenido a la alevosía, debía acudirse a los conceptos tradicionales de alevosía del derecho español⁹⁰. Habría que acudir pues a lo dispuesto en las Partidas, donde se decía que la traición consistía en *"traer un home a otro so semejanza de bien a mal"*, y en la Novísima Recopilación, donde se entendía que muerte alevosa era cualquier muerte *"salvo aquella que fuere fecha en pelea, o en guerra o en riña"*. A esta teoría parecen también adscribirse JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA cuando entienden que *"Desde el código de 1848, se inicia en el concepto de la alevosía una evolución que -conservando la nota de aseguramiento del delito sin riesgo para el que lo ejecuta, idea general de la traición- la lleva al concepto de la cobardía, mucho más amplio, pues si bien la traición es siempre una cobardía, no toda cobardía es traición"*⁹¹.

b) El criterio gramatical entendía que el contenido de la alevosía debía llenarse con el propio código y sin acudir a regulaciones ajenas a él, de acuerdo con el sentido propio de las palabras. Así, PACHECO, entendía que *"a traición es un modo adverbial, que equivale a alevosamente, faltando a la lealtad o confianza, con engaño o cautela"*⁹². A este criterio parecen también adherirse VIZMANOS y ÁLVAREZ cuando entienden que *"la ley, para evitar peligrosas interpretaciones, y aunque todo el mundo parece que debe saber lo que es alevosía, la define, diciendo que solamente se entenderá que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro"*⁹³.

⁹⁰ GROIZARD, A., *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo II, 2ª edición, 1902, pg. 431. Si bien el manual se refiere al código penal de 1870 y no al de 1848, el autor se refiere en este fragmento a la regulación del código penal anterior al que comenta.

⁹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal conforme al código de 1928*, Nueva Edición, Reus, 1929, pg. 379.

⁹² PACHECO J. F., *El código penal concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, 1856, pg. 218.

⁹³ VIZMANOS, T. y ÁLVAREZ, C., *Comentarios al nuevo código penal*, Tomo II, Madrid, 1848, pg. 131.

Además de la cuestión que acabamos de examinar, otra duda que se planteó la doctrina fue si el uso de la conjunción "y" implicaba que las dos modalidades de alevosía que se indican en el artículo, "a traición" y "sobre seguro" debían darse conjuntamente o bastaba con una de ellas. Una visión interesante sobre este problema es planteada por MARTÍN GONZÁLEZ, que entiende que se consideren ambas modalidades comisivas como acumulativas o como alternativas depende, en realidad, del criterio de interpretación sobre el contenido de la alevosía, histórico o gramatical, que sigamos⁹⁴. Así, para quien entienda que en el código penal de 1848 la alevosía debía definirse en base a lo establecido en el propio código (criterio gramatical) debe entenderse que ambas modalidades, a traición y sobre seguro, deben darse conjuntamente. Sin embargo, según el criterio histórico, *"bastaba con que se apreciaran cualquiera de dichos elementos, pues entre los supuestos de traición se halla el obrar sobre seguro"*. Según MARTÍN GONZALEZ lo que sucede, en realidad, es que según el criterio histórico la separación entre modalidades comisivas es artificial, pues el obrar sobre seguro es una forma de traición.

No fue éste, sin embargo, un debate duradero en el tiempo, pues en la reforma del código penal de 1850 se sustituyó tal conjunción "y" por "o".

Una importante novedad del código penal de 1848 es también la consideración de la alevosía como agravante genérica, sobrepasando el ámbito del homicidio del código penal de 1822, a pesar de que el artículo 333 la preveía también como circunstancia agravante específica del homicidio y el artículo 343 de las lesiones. Que la circunstancia fuera en realidad aplicable a más delitos que el homicidio, las lesiones u otros delitos contra las personas fue discutido, y de hecho los tribunales no la aplicaron a más delitos que en estos ámbitos⁹⁵. VIZMANOS y ÁLVAREZ entienden

⁹⁴ MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el Derecho español*, Comares, 1988, pg. 17.

⁹⁵ Así lo considera MARTÍN GONZÁLEZ, MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el*

que, independientemente de que se prevea como agravante genérica, la alevosía es naturalmente sólo posible en los delitos contra las personas, y que circunstancias parecidas de otros delitos (en la conspiración contra el Estado o en el hurto doméstico) no son propiamente alevosía⁹⁶. Igualmente, PACHECO apunta que la alevosía "*no tiene lugar en todos los delitos (...)*", aunque no especifica a cuáles puede aplicarse⁹⁷.

III.6.5 – El código penal de 1870

Definía el artículo 10 del código penal de 1870 la alevosía de la siguiente manera: "*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido*".

JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA recogen algunas de las interpretaciones jurisprudenciales que se establecieron en la época delimitando el concepto y que volveremos a examinar más adelante⁹⁸. Así, se entendía en la jurisprudencia que con la mención "*(...) que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido*" no se produce esta agravante cuando el riesgo que el agresor evita es el proveniente de un tercero, sino sólo cuando es la defensa del propio ofendido. Igualmente, ponen de manifiesto estos autores cómo en la jurisprudencia se considera alevoso el acometimiento rápido e inesperado por parte del delincuente, y también la

Derecho español, Comares, 1988, pg. 19.

⁹⁶ VIZMANOS, T. y ÁLVAREZ, C., *Comentarios al nuevo código penal*, Tomo II, Madrid, 1848, pg. 131.

⁹⁷ PACHECO J. F., *El código penal concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, 1856, pg. 218.

⁹⁸ Sentencias de 19 de Enero de 1907, de 28 de Agosto de 1913, de 21 de Noviembre de 1901, de 23 de Octubre de 1923, de 14 de Diciembre de 1923, de 26 de Enero de 1924, de 12 de Junio de 1901 y de 19 de Noviembre de 1904, citadas por JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J. en *Derecho Penal conforme al código de 1928*, Nueva Edición, Reus, 1929, pg. 380.

irrelevancia de que las circunstancias que integran la alevosía sean buscadas de propósito por el autor, siendo suficiente el hecho de que las aproveche en el momento en el que se le ofrecen.

Hay que destacar también la ausencia absoluta del concepto de "traición" y "sobre seguro". Esta nueva definición fue muy alabada por GROIZARD, que entendía que *"el camino abierto a los Tribunales con esta que podemos llamar verdadera descripción de los elementos esenciales de la alevosía, conduce al exacto conocimiento de su naturaleza. Las dudas que embargaban hasta aquí el ánimo de los juzgadores, al tener que aplicar los anteriores textos, dudas angustiosas, porque tratándose del delito de homicidio, frecuentemente dependía de su solución la vida o la muerte del reo, no vendrán ya a afligir y a conturbar su espíritu"*⁹⁹. Si bien no podemos compartir una visión tan optimista de las resoluciones judiciales sobre la alevosía, lo cierto es que el concepto de tal agravante en el código penal de 1870 se encontraba, desde un punto de vista de técnica legislativa, entre el de 1822 y el de 1848. Ni tan escueto como éste ni tan casuístico como aquel, prescindía además de conceptos históricos como la "traición" o el obrar "sobre seguro", que, de nuevo según GROIZARD, *"ni para el común de las gentes ni para los jurisconsultos, expresaban ideas más claras, más fijas, más concretas, más determinadas que la misma palabra alevosía"*.

Así, lo más destacable e innovador del precepto es que se centra exclusivamente en los medios comisivos al agravar específicos "medios, modos o formas" de ejecución. Se consuma así, en opinión de QUINTANO RIPOLLÉS, una evolución del concepto de alevosía, *"en el sentido de tender a transformar su primitivo carácter personal de conducta traidora y solapada, en una fórmula más objetiva, caracterizada por el empleo de*

⁹⁹ GROIZARD, A., *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo II, 2ª edición, 1902, pg. 433 a 435.

medios o formas eliminadores del riesgo para el agente"¹⁰⁰.

Entiende MONTES que el fundamento de la agravación (aunque esta y otras posturas serán estudiadas más profundamente en los siguientes capítulos) es "*la mayor perversidad moral del que así obra y el mayor peligro que representa por hacer imposible la defensa individual contra la agresión*"¹⁰¹. Para este autor la alevosía podía revestir tres posibles formas: en primer lugar, "*empleando maquinaciones*" o "*ejecutando actos positivos*" que sitúen a la víctima en un estado de indefensión; en segundo lugar, esperando deliberadamente al momento en que la víctima esté descuidada o indefensa, aprovechando ese momento para asestar el golpe; y en tercer lugar, el aprovechamiento de la indefensión de la víctima, no habiendo sido esta ni provocada ni "*esperada de propósito*" por el delincuente¹⁰², siendo discutible para MONTES que este último caso pueda considerarse realmente alevosía. Introduce así este autor una división de la alevosía en tres formas o grupos que se estudiarán en capítulos posteriores, división que se fundamenta en cuál es la relación del agresor con el estado de indefensión de la víctima: puede ser, en primer lugar, provocado, en segundo lugar, buscado y, en tercer lugar, aprovechado.

Igualmente, y como hemos venido haciendo en el análisis de otros códigos, hacemos una referencia sobre su ámbito de aplicación, que en el código penal de 1870 vuelve a restringirse a los delitos contra las personas.

Por último, resulta conveniente resaltar la abundante jurisprudencia que el Tribunal Supremo establece ya en este periodo sobre muchas de las

¹⁰⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al código penal*, 2ª edición, Revista de Derecho Privado, 1966, pgs. 204-205.

¹⁰¹ MONTES, J., *Derecho Penal Español, Parte General*, Volumen I, Nuñez Samper, 1917, pg. 441.

¹⁰² MONTES, J., *Derecho Penal Español, Parte General*, Volumen I, Nuñez Samper, 1917, pg. 441.

controversias que, como examinaremos más adelante, son una constante en la discusión sobre la alevosía. Así, según recoge CUELLO CALÓN, la alevosía se debe apreciar en el acometimiento rápido e inopinado no precedido de disputa (sentencia de 23 de noviembre de 1900, sentencia de 21 de noviembre de 1901, sentencia de 3 de enero de 1903), sin que obste que el interfecto lleve un bastón en la mano y vaya acompañado de otras personas (sentencia de 29 de abril de 1904), ni que el agredido lleve armas si dada la forma de la agresión no tuvo tiempo de usarlas (sentencia de 28 de abril de 1913) ¹⁰³. También son casos de alevosía aquellos en los que el culpable espera oculto y preparado con un arma de fuego el paso de la víctima (sentencia de 16 de enero de 1899, sentencia de 1 de marzo de 1916), cuando se hiere a la víctima por la espalda (sentencia de 23 de noviembre de 1900) o cuando el ofendido no podía defenderse del ataque por estar desprevenido (sentencia de 13 de abril de 1895). No puede apreciarse la alevosía, sin embargo, si antes del hecho mediaron "palabras de disgusto entre agresor y agredido", aprestándose éste a la defensa (sentencia de 3 de julio de 1900), cuando precede disputa o riña, haya sido suscitada por el ofensor o por el ofendido (sentencia de 8 de febrero de 1872, sentencia de 6 de mayo de 1894), ni cuando se ataca de frente (sentencia de 2 de junio de 1880, sentencia de 21 de diciembre de 1886).

El Tribunal Supremo entiende ya que hay alevosía en los casos en los que las circunstancias personales de la víctima imposibilitan o dificultan su defensa. Así, es alevosa la muerte de un recién nacido y la de niños de corta edad (sentencia de 13 de julio de 1897, sentencia de 28 de febrero de 1907, sentencia de 1 de febrero de 1912), pero también la de niños de ocho o nueve años (sentencia de 21 de marzo de 1916, sentencia de 1 de febrero de 1916), de doce años (sentencia de 7 de mayo de 1894) y hasta la de catorce años (sentencia de 12 de marzo de 1889). Es igualmente

¹⁰³ CUELLO CALÓN, E., *El Nuevo código penal español (Exposición y comentario)*, Libro II, Bosch, 1930, pgs. 543 a 545.

alevosa la muerte de quien está dormido (sentencia de 30 de mayo de 1895, sentencia de 21 de abril de 1896, sentencia de 19 de febrero de 1902), de quien está acostado (sentencia de 31 de diciembre de 1925), de una persona ciega (sentencia de 4 de julio de 1884), del que se halla desprevenido, "*inerte y embriagado*" (sentencia de 22 de enero de 1919). También considera el Tribunal Supremo especialmente vulnerables, y su muerte por lo tanto alevosa, a los ancianos a los que cuya edad impide defenderse (sentencia de 12 de junio de 1875, sentencia de 14 de julio de 1895). La muerte de mujeres no se considera, como regla general, alevosa (sentencia de 27 de marzo de 1878, sentencia de 28 de noviembre de 1903, sentencia de 9 de septiembre de 1886), pero sí, evidentemente, si va acompañada de circunstancias que, con independencia del sexo de la víctima, debiliten su defensa, como sucede cuando se la sujeta antes de hierirla (sentencia de 27 de marzo de 1878, sentencia de 28 de noviembre de 1903), cuando se la acomete de improviso (sentencia de 26 de noviembre de 1903), cuando se la sujeta del cabello imposibilitándola para defenderse (sentencia de 26 de abril de 1901) o cuando se la dispara por la espalda (sentencia de 5 de enero de 1887). Sin embargo, en estos casos examinados, la alevosía se deriva de la circunstancia del hecho que reduce o elimina la defensa de la mujer víctima y no de su mera condición de mujer, sin que se entienda que esta condición, por sí misma, elimina la capacidad defensiva, como sí sucede, para el Tribunal Supremo, en el caso de niños, jóvenes y ancianos.

Entiende también este tribunal, con base en el artículo 80 del código penal de 1870¹⁰⁴ (antecedente del actual artículo 65 del código penal, como

¹⁰⁴ Artículo 80 del código penal de 1870:

“Las circunstancias agravantes ó atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido, ó en otra causa personal, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad sólo de aquellos autores cómplices ó encubridores en quienes concurieren.

veremos en su apartado correspondiente), que la alevosía no puede imputarse al inductor al menos que aparezca que concertó con el autor directo los medios que se iban a emplear (sentencia de 24 de diciembre de 1895, sentencia de 31 de diciembre de 1909), ni tampoco a los que participan o cooperan en la ejecución del delito si no tienen en el momento de la acción conocimiento de los medios empleados para realizarlo (sentencia de 13 de diciembre de 1907). El error en el golpe no influye en la calificación de un homicidio como alevoso, y, así, debe apreciarse en el caso de quien alevosamente dispara a oscuras, causando la muerte de un tercero (sentencia de 22 de abril de 1896).

III.6.6 – El código penal de 1928

El artículo 66 del código penal de 1928 establece la agravante de efectuar el hecho con alevosía, *"entendiéndose que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro, o cuando dadas las condiciones personales del agresor o agredido, o las circunstancias del hecho, o los medios de ejecución empleados, se dificulta o debilita notablemente la defensa"*.

Podemos ver cómo este código toma una postura intermedia sobre los dos grandes conceptos de alevosía que habían manejado los códigos anteriores: la definición se basa en los conceptos históricos de "a traición" y "sobre seguro", tal y como hacían los códigos de 1822 y 1848, pero paralelamente se introducen, al igual que en el código penal de 1870, referencias a la indefensión de la víctima. Parece que, frente a decidirse por uno u otro concepto, el código penal de 1928 escoge acoger ambos conceptos de alevosía. Así lo entiende, por ejemplo, CASTEJÓN, cuando dice que *"la redacción actual comprende, tanto la alevosía propiamente*

Las que consistieren en la ejecución material del hecho ó en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción ó de su cooperación para el delito."

dicha (a traición y sobre seguro), como la alevosía leve (medio que dificulte o debilite la defensa), puesto que no aniquila la reacción del ofendido, sino disminuye su eficacia"¹⁰⁵. Este autor enumera también los elementos de la agravante: En primer lugar, el empleo de medios que aseguren el éxito, es decir, cometer el delito sobre seguro. En segundo lugar, que esos medios disminuyan el riesgo de peligro para el ofensor, es decir, a mansalva o a traición. En último lugar, que el empleo de esos medios se produzca en el mismo momento de la ejecución del hecho, y no antes ni después¹⁰⁶.

Hay que hacer, sin embargo, algunas precisiones sobre el concepto de alevosía que emplea este código: en primer lugar, la referencia a las "condiciones personales del agresor" podía interpretarse, según JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, de manera que el concepto incluyera "condiciones subjetivas del infractor"¹⁰⁷. En segundo lugar, el establecimiento en paralelo de dos formas de alevosía, una cuando se obra a traición y sobre seguro y otra cuando se debilita o imposibilita la defensa de la víctima, es discutido en tanto en cuanto la segunda puede considerarse una modalidad de la primera. Así, entiende CAMARGO HERNÁNDEZ¹⁰⁸, siguiendo la opinión de FERRER SAMA¹⁰⁹ que "*el criterio definidor resulta censurable por cuanto era innecesaria la última parte, ya que cuando por cualquier causa de las expresadas en el texto se debilite o dificulte la defensa, lo que ocurre es que se mata a traición, tomando este término en su verdadero sentido*". También QUINTANO RIPOLLÉS considera que la restauración de los conceptos de "a traición" y "sobre seguro" se produjo "*más por motivos de respeto a la tradición que por consideraciones científicas*"¹¹⁰. En el mismo sentido apunta MARTÍN

¹⁰⁵ CASTEJÓN, F. *Derecho Penal*, Tomo I, Reus, 1931, pg. 247.

¹⁰⁶ CASTEJÓN, F. *Derecho Penal*, Tomo I, Reus, 1931, pg. 247.

¹⁰⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J. en *Derecho Penal conforme al código de 1928*, Nueva Edición, Reus, 1929, pg. 380.

¹⁰⁸ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 26.

¹⁰⁹ FERRER SAMA, A. *Comentarios al código penal*, 1947, pg. 337.

¹¹⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al código penal*, 2ª edición, Revista de

GONZÁLEZ que "con esta última referencia a los medios empleados se recoge un especial modo de realizar el delito, como en el código de 1870, aunque mientras en éste esa manera de actuar era el núcleo de la agravante, en el de 1928 queda relegado a uno de los varios supuestos que generan la dificultad o el debilitamiento de la defensa. La indefensión de la víctima es, en el código de 1928, la idea matriz de la agravante, en torno a la que gira el resto de la definición"¹¹¹.

En cuanto al ámbito de aplicación, en el código penal de 1928 desaparece la mención a los delitos contra las personas que había introducido el código penal de 1870, por lo que habría que entender que la alevosía era una agravante general aplicable a todos los delitos, si bien actuaba como circunstancia calificativa del asesinato (artículo 519) y como agravante específica en las lesiones (artículo 535).

III.6.7 – El código penal de 1932

El código penal de 1932 tiene, desde la perspectiva del estudio histórico de la alevosía, escaso interés, en la medida en que en su artículo 10 reproduce la definición de alevosía que hace el código penal de 1870, aunque con una precisión que tiene cierta importancia en el ámbito de aplicación de la alevosía, pues se sustituye la alusión a los "*delitos contra las personas*" por una referencia a los delitos "*contra la vida y la integridad corporal*", intentando especificar su aplicación a cualquier delito contra estos bienes jurídicos que no estuviera formalmente incluido en el ámbito de los delitos contra las personas.

Se incluye igualmente la alevosía como circunstancia calificativa del asesinato en el artículo 412 y de las lesiones en el artículo 423.

Derecho Privado, 1966, pg. 205.

¹¹¹ MARTÍN GONZÁLEZ, F. *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pg. 21.

III.6.8 – El código penal de 1944 y el Texto Refundido de 1973

De nuevo nos encontramos con un código que reproduce la definición de alevosía del código penal de 1870 y 1932. Desaparece, sin embargo, la mención a los delitos contra las personas.

III.6.9 – La propuesta de anteproyecto de código penal de 1983

En este anteproyecto se define la alevosía cuando *“el sujeto comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”*.

III.6.10 – El anteproyecto de código penal de 1992

Resulta interesante hacer una mención a este anteproyecto de código penal, por cuanto la definición de alevosía incluía una importante precisión sobre una discusión que más adelante se examinará detalladamente: si la alevosía es aplicable cuando la indefensión proviene de una circunstancia no provocada por el autor o por las propias características de la víctima. La definición que proponía este anteproyecto decía: *“Hay alevosía cuando el sujeto comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa”*.

III.6.11 – El anteproyecto de código penal de 1994

En este anteproyecto del año 1994 se mantiene la misma definición que se planteó para el anteproyecto del año 1992.

III.6.12 – El código penal de 1995

El código penal vigente concibe la alevosía de manera similar a los códigos penales de 1870, 1932 y 1944. Sin perjuicio de que el concepto se analizará profusamente más adelante, dejamos aquí, por completar la historia de la alevosía en la codificación española, la definición que de la misma hace el vigente artículo 22.1 del código penal:

"Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo para su persona que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

III.7 – Conclusiones

La alevosía ha evolucionado, en el derecho español, de ser un concepto casi omnicompreensivo hasta quedar circunscrito a una circunstancia agravante general, calificativa del delito de asesinato y agravante específica del delito de lesiones. En los fueros medievales, y quizá éste era el sentido original de la palabra, se emplea "alevosía" para prácticamente cualquier delito, incluso para acciones contrarias a derecho que no eran tipificadas como tal. Si bien es cierto que desde pronto se hacen referencias a la equiparación de alevosía como "traición", no es menos cierto que tal concepto de "traición" se concibe de manera amplísima, entendiéndose como tal cualquier comportamiento incorrecto.

Un primer paso decisivo en la delimitación del concepto de alevosía se produce con las Partidas, cuando, manteniéndose la definición de

alevosía como traición, se consolida ésta como la actuación contraria a la norma debida. Así, la traición ya no es genéricamente cualquier comportamiento indebido, sino sólo aquellos que incluyen un elemento engañoso o de actuación contraria a lo esperado. La alevosía es traición, y traición es, de acuerdo con los cánones caballerescos de lealtad y fidelidad, no observar las normas de comportamiento a las que el sujeto está obligado por su condición.

Esta definición de la alevosía como traición, y esta traición como actuar de manera contraria a lo debido o desleal, se traslada al principio de la codificación. Sin embargo, en el código penal de 1870 se prescinde de referencias históricas y se intenta establecer un nuevo concepto de alevosía centrado, esta vez, en la disminución o desaparición de la defensa de la víctima y en el aseguramiento del agresor, quizá más acorde con una nueva sociedad, en palabras de MARTÍN GONZÁLEZ, "*de índole aburguesada y materialista*"¹¹². Algunos autores, como hemos visto analizando el código penal de 1928, entienden que esta dualidad de definiciones es ilusoria, en la medida en que las ideas de indefensión y aseguramiento son en realidad modalidades de traición. La tensión entre ambas formas de concebir la alevosía se resuelve finalmente a favor de los conceptos técnicos y no históricos desde el código penal de 1870, pues, salvo en el breve periodo de vigencia del código penal de 1928, se mantendrán definiciones prácticamente idénticas hasta la actualidad.

Sin embargo, el bagaje histórico de la alevosía tiene un enorme peso. Así, como veremos más adelante cuando estudiemos detenidamente el concepto, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han sujetado al concepto estricto del código penal para la delimitación de la alevosía, no cumpliéndose así la sin duda demasiada optimista predicción que hemos

¹¹² MARTÍN GONZÁLEZ, F. *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pg. 23.

visto anteriormente que hacía GROIZARD (*"el camino abierto a los Tribunales con esta que podemos llamar verdadera descripción de los elementos esenciales de la alevosía, conduce al exacto conocimiento de su naturaleza. Las dudas que embargaban hasta aquí el ánimo de los juzgadores, al tener que aplicar los anteriores textos, dudas angustiosas, porque tratándose del delito de homicidio, frecuentemente dependía de su solución la vida o la muerte del reo, no vendrán ya a afligir y a conturbar su espíritu"*). Sin llegar, evidentemente, a la amplitud del concepto que existía en la Edad Media, se admiten elementos tradicionales de una alevosía centrada en la idea de vulneración del comportamiento debido. No parece, pues, que los tribunales y doctrina se hayan desprendido totalmente de conceptos de alevosía anteriores a 1870, aunque lo cierto es que es discutible si deben o no hacerlo. Como dice CAMARGO HERNÁNDEZ, *"el proceso formativo del concepto de la alevosía es el de su separación del delito de traición, hasta quedar reducida a su propio contenido y adquirir su verdadero significado"*¹¹³. Lo que sucede, sin embargo, es que ese proceso formativo no está, aún, completamente finalizado en la doctrina y la jurisprudencia.

¹¹³ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 27.

IV – La alevosía en el derecho comparado

El estudio comparado de la alevosía se encuentra, a primera vista, con un obstáculo inicial: la institución es típicamente española, así como la propia palabra "alevosía", y no existe definida como tal más que en el ordenamiento penal español y en aquellos derivados directamente de éste. Esta dificultad inicial, sin embargo, no debe detenernos en la búsqueda de figuras que, si bien no iguales, tengan ciertas semejanzas con la alevosía, pues en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno encontramos formas agravadas de delitos (normalmente el homicidio) que atienden a un medio de comisión pensado para aumentar las posibilidades de éxito o la reducción de la defensa de la víctima.

En estos términos se pronunciaba ya GROIZARD cuando decía que *"no hay país civilizado donde la alevosía no se castigue. Si no se menciona expresamente entre las circunstancias agravantes en algunos códigos modernos, es porque su noción va comprendida en la noción de otras circunstancias que con ella tienen grande analogía, como, por ejemplo, la emboscada, la sorpresa, la astucia, el uso de medios que imposibiliten la defensa, el empleo de veneno, etc., etc., o porque es tenuta en cuenta para caracterizar y aumentar la pena, cuando se trata de los delitos en que especialmente concurre"*¹¹⁴.

Esta apreciación inicial del autor, sin embargo, ha de ser matizada. Si bien es cierto que, como veremos, en numerosos ordenamientos se castigan figuras que tienen cierta semejanza a la alevosía, o aspectos parciales de ésta, no puede decirse, con carácter general, que la alevosía, como tal considerada, se castigue de manera uniforme. Veremos en distintos ordenamientos figuras que castigan determinados elementos que

¹¹⁴ GROIZARD, A., *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 1902, pg. 431.

en España constituyen alevosía, pero o no recogen los elementos restantes o el fundamento agravatorio es diferente. Así, anticipando la conclusión sobre el estudio de la alevosía en el derecho comparado, ésta es una circunstancia típica del ordenamiento español y de los que evolucionaron a partir de éste, pero en otros países encontramos figuras con ciertas similitudes. Así lo entiende también GROIZARD cuando dice que "*no en todas partes se ha dado igual significado ni la misma extensión al círculo comprensivo de los actos que la constituyen, relativos todos a la forma o el modo de cometer el delito*"¹¹⁵.

IV.1 – Alemania

En Alemania, encontramos en el artículo 211 del *Strafgesetzbuch* la circunstancia de *Heimtücke*¹¹⁶, tradicionalmente equiparada en las traducciones españolas a la alevosía¹¹⁷, aunque, como veremos, existen importantes diferencias entre ambas circunstancias.

La regulación alemana del asesinato ha sido criticada por la subjetivización y vaguedad de las circunstancias, que no aparecen claramente definidas, lo cual dificulta nuestra tarea de comparación¹¹⁸.

La doctrina alemana se ha decantado por dos posibilidades distintas

¹¹⁵ GROIZARD, A., *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 1902, pg. 431.

¹¹⁶ 211 (1) "*Der Mörder wird mit dem Tode bestraft. (2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet*":

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la 2ª edición alemana por LUZÓN PEÑA, D.-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., Thomson Civitas, 2008, pg. 316.

¹¹⁸ Recoge la discusión alemana ALONSO ALAMO, M., *La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015*, Cuadernos de Política Criminal, Número 117, pg. 11.

a la hora de interpretar la circunstancia de *Heimtücke*¹¹⁹. O bien se ha defendido la “solución de la peligrosidad” (*Gefährlichkeitslösung*), que considera que la agravación se fundamenta en la creación de un peligro mayor para el bien jurídico protegido, o bien se ha defendido la “solución de la confianza” (*Vertrauenslösung*), que considera que la agravación se produce por la quiebra de la lealtad debida por el autor a la víctima. Estos dos modelos han tenido su reflejo en la doctrina española sobre la alevosía, como estudiaremos más adelante tratando el fundamento de agravación de la circunstancia, por lo que aquí nos limitaremos a apuntar la existencia de esas dos posturas¹²⁰ y el paralelismo de éstas con la concepción de la alevosía como aseguramiento y como traición.

IV.2 – Francia. El “*guet-apens*” o *acecho*

El código penal francés de 1810, no vigente actualmente, decía en su artículo 296: “*Todo homicidio con premeditación o acecho es calificado de asesinato*”¹²¹. La figura del *acecho* se definía a continuación en el

¹¹⁹ JAKOBS, Günther, *Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)*, en *Juristenzeitung*, 1984, Tomo 39, pág. 996.

¹²⁰ La postura de la “solución de la confianza” (*Vertrauenslösung*) admite a su vez distintas posturas, según cómo se defina esa confianza. Encontramos, por ejemplo, el modelo jurídico-normativo de MEYER, que entiende que la *Heimtücke* se caracteriza por “*una actitud especialmente reprochable del autor respecto del hecho concreto. Ésta se basa en que el autor alevoso con su hecho no sólo echa a un lado la consideración por la vida ajena, sino que además desprecia una apelación más amplia a valores sociales y éticos: ese desprecio se describe como una ruptura grave o especialmente reprochable de la confianza*” (“*Grundsätzliche Einigkeit besteht darin, daß die Heimtücke durch eine besonders verwerfliche Einzeltatgesinnung des Täters gekennzeichnet ist. Diese liegt darin, daß die heimtückische Täter sich mit seiner Tat nicht lediglich über die Achtung vor fremdem Leben hinwegsetzt, sondern einen weiteren sozialemischen Wertanruf mißachtet: Diese Mißachtung wird als grob verwerflicher bzw. besonders verwerflicher Vertrauensbruch beschrieben [...]*”), en MEYER, Maria-Katharina, *Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat*, en *Juristische Rundschau*, Cuaderno 11, 1979, pg. 445. Además de este modelo de la confianza como institución jurídico-normativa, otros autores se decantan por una concepción psicológica de la confianza, esto es, el estado mental de la víctima que confía en que no va a ser atacada (GEILEN, B., *Heimtücke und kein Ende. Zur Agonie eines Mordmerkmals*, en STREE, W., LENCKNER, T., CRAMER, P. ESER, A. (edits.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder (Schröder-GS)*, Beck, 1978, pgs. 249 y ss.).

¹²¹ En original: “*Tout meurtre commis avec préméditation ou de guet-apens, est qualifié assassinat*”. Elegimos aquí la traducción de CAMARGO HERNÁNDEZ de “*guet-apens*”

artículo 298: "*El acecho consiste en esperar más o menos tiempo en uno o en diversos lugares a un individuo, sea para darle muerte, sea para ejecutar sobre él actos de violencia*"¹²².

Sin embargo, el nuevo código penal francés de 1994 prescindía de tal agravante, probablemente motivado por, como veremos a continuación, las consideraciones de la doctrina mayoritaria sobre ella. La ley 2007-297 de 5 de marzo de 2007, sin embargo, reintrodujo de nuevo la circunstancia, alterando ligera pero sustancialmente la definición original del código penal de 1810, incluyéndose ahora en el artículo 132-71-1 de la siguiente manera: "*El acecho consiste en el hecho de esperar más o menos tiempo una o varias personas en un lugar determinado para cometer a su encuentro una o varias infracciones*"¹²³.

A primera vista, esta circunstancia, especialmente en su versión de 1810, nos recuerda a la vieja acechanza que existía en el derecho medieval y moderno español, y que, tras el código penal de 1822, donde aún se recogía como circunstancia agravante diferenciada, quedó definitivamente absorbida por la alevosía como una modalidad más de ésta. Sin embargo, en la doctrina francesa mayoritaria¹²⁴ el *guet-apens* no es equiparable a la acechanza española: el fundamento de agravación es diferente, pues no se concibe la circunstancia como una modalidad de la alevosía que atiende al empleo de un medio cualificado y por lo tanto considerado más grave,

por "acecho", entendiendo que se ajusta mejor por su contenido que "emboscada" o "encerrona", definiciones propuestas por la mayoría de los diccionarios no jurídicos.

¹²² En original: "*Le guet-apens consiste à attendre plus ou moins de temps, dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violence*".

¹²³ En original: "*Le guet-apens consiste dans le fait d'attendre un certain temps une ou plusieurs personnes dans un lieu déterminé pour commettre à leur encontre une ou plusieurs infractions*".

¹²⁴ Por ejemplo, GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français*, Tomo IV, 2ª edición, 1901, pg. 574, CHAUVEAU, A. y HÉLIE, F.: *Théorie du Code Pénal*, Tomo III, 1887, pg. 460, VOUIIN, R., *Précis de droit pénal spécial*, 1953, pgs. 133-134.

sino como una modalidad de la premeditación¹²⁵, o más bien como una manifestación de ella: el acecho es un acto externo que revela el elemento interno, la premeditación, y así el fundamento de agravación de un homicidio cometido con *guet-apens* es el mismo que el de un homicidio cometido con premeditación: la mayor perversidad de un acto meditado, no el hecho de que ese acto haya sido llevado a cabo de forma insidiosa o traicionera. Así, todo acecho es premeditación, aunque no necesariamente suceda lo mismo en sentido contrario.

Esta doctrina mayoritaria, sin embargo, no es unánime: GARÇON, por ejemplo, sitúa a la figura del *guet-apens* en un sentido similar a la acechanza española, esto es, en línea de la alevosía ("*el legislador quiere castigar más severamente las violencias y el homicidio cometidos en emboscada y a traición*")¹²⁶, entendiendo que precisamente el hecho de aparecer junto a la premeditación implica la intención del legislador de diferenciar ambas circunstancias, pues si el acecho no es más que una forma de premeditación su inclusión entre las agravantes del homicidio es redundante e innecesaria al decir que¹²⁷. Según el punto de vista de este autor, la premeditación tiene en cuenta la voluntad del sujeto, mientras que el acecho considera el modo de ejecución, particularmente por emboscada y a traición.

Las consideraciones doctrinales citadas anteriormente se refieren, conviene recordarlo, a la versión de la figura del *guet-apens* regulada en el código penal francés de 1810, que ya no se encuentra en vigor. El sentido del nuevo *guet-apens*, introducido tras la ya mencionada reforma de 2007,

¹²⁵ La premeditación en el código penal francés se regula en el artículo 132-72, definiéndose como "*la intención formada antes de la acción de cometer un crimen o un delito determinado*" ("*la préméditation est le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé*").

¹²⁶ "*(Le législateur) veut punir plus sévèrement les violences et le meurtre commis en embuscade et par trahison*".

¹²⁷ GARÇON, E. *Code pénal annoté*, Tomo II, Sirey, 1956, pg. 29.

sin embargo, parece diferente a primera vista. Primero, por su propia redacción, en la que desaparece la referencia a la víctima y a la naturaleza de los delitos que contra ella se cometan, centrándose en la autoría ("*una o varias personas*") y la determinación del lugar. Podría parecer que la agravación ya no pretende castigar el deseo previamente formado y un plan preconcebido para delinquir (mucho menos el hecho de que esta modalidad comisiva aumente las probabilidades de éxito o reduzca las posibilidades de defensa), sino que se centra más bien en la mayor gravedad de la comisión conjunta del hecho, en la línea de la persecución de la delincuencia organizada, pero lo cierto es que la propia redacción del precepto, como hemos visto, abre la puerta a que se aplique la circunstancia también a los delitos cometidos por una sola persona.

Otro argumento que lleva a considerar el *guet-apens* más similar al acecho que a la premeditación es que a pesar de que el nuevo *guet-apens* es en principio aplicable a cualquier "infracción" y no sólo, como era anteriormente, a "dar muerte" o "ejecutar actos de violencia", en la práctica los artículos donde se contempla esta circunstancia son solamente los que tipifican delitos contra la vida o la integridad física (homicidio en el artículo 221-3, tortura en el artículo 222-3, homicidio preterintencional en el artículo 222-8, lesiones en los artículos 222-10, 222-12 y 222-13, atentado en el artículo 222-14-1). La aplicación restrictiva del acecho en 1810, que sólo era apreciable en el caso de que se diera muerte o se ejecutaren actos de violencia, se encontraba en la propia definición de la figura, pero en el código penal de 1994, sin embargo, el *guet-apens* es en principio aplicable a cualquier delito, pero *de facto* sólo se prevé en los delitos que tipifican precisamente la muerte o los actos de violencia. Así, aunque a primera vista la circunstancia parece distinta en el código penal de 1810 y en el de 1994 (tras la reforma del año 2007), las diferencias se difuminan una vez se analiza sistemáticamente la aplicación de la circunstancia en el nuevo código.

Una segunda figura con semejanzas a la alevosía es el delito de envenenamiento, tipo autónomo y diferenciado del homicidio que se regula en el artículo 221-5 del código penal de 1994¹²⁸, y que se regulaba en el artículo 301 del código penal de 1810¹²⁹ y en el artículo 12 del código penal de 1791¹³⁰, con orígenes ya en un edicto de Luis XIV del año 1682 dictado con posterioridad a los acontecimientos conocidos como "el asunto de los venenos" o "l'affaire des poisons". Su carácter de tipo agravado es discutible, sin embargo, una vez se analizan las penas de los distintos tipos: el envenenamiento se castiga con la pena de prisión de treinta años, la misma que en el caso del homicidio básico, mientras que el asesinato (homicidio, recordemos, cometido con *guet-apens* o premeditación) se castiga con la pena de prisión perpetua. Parece pues a primera vista que el envenenamiento no es una modalidad de asesinato, sino una modalidad de homicidio con la misma gravedad que el tipo básico. Sin embargo, atendiendo a la literalidad del tipo, se comprueba que el envenenamiento se consuma con el hecho de atentar contra la vida de otro mediante el empleo de sustancias de naturaleza mortal, sin ser necesario que la muerte

¹²⁸ Artículo 221-5 del código penal francés de 1994:

"Le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort constitue un empoisonnement.

L'empoisonnement est puni de trente ans de réclusion criminelle.

Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis dans l'une des circonstances prévues aux articles 221-2, 221-3 et 221-4.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article."

¹²⁹ artículo 301 del código penal francés de 1810: *"Est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne, par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites."*

¹³⁰ Artículo 12 del código penal francés de 1791:

"L'homicide commis volontairement par poison, sera qualifié de crime d'empoisonnement, et puni de mort."

efectivamente se produzca. El envenenamiento puede considerarse así una suerte de homicidio agravado, pero una forma de agravación *sui generis* que tiene un carácter particular: en lugar de castigar con una pena más grave un mismo grado de ejecución, se castiga con la misma pena un grado de ejecución anterior: lo que empleando métodos distintos al veneno constituiría un homicidio en grado de tentativa, es en el caso del uso de veneno un delito de envenenamiento consumado, castigado con la misma pena que un homicidio consumado.

Se plantea entonces en la doctrina francesa una cuestión determinante: si el homicidio en grado de tentativa, cuando se emplea veneno, es un delito consumado de envenenamiento, ¿cabe el envenenamiento en grado de tentativa? Algunos autores entienden que la tentativa está incluida en la infracción, no pudiendo identificarse un momento de inicio de ejecución anterior a la administración de las sustancias de naturaleza mortal¹³¹. Otros autores, sin embargo, consideran que la tentativa se produce cuando el sujeto ya ha manifestado la intención de envenenar a la víctima y ha comenzado la ejecución disponiendo lo necesario para que ésta ingiera la sustancia, pero este hecho aún no se ha producido¹³². En esta segunda postura se ha manifestado también la Corte de Casación francesa, que ha calificado de tentativa de envenenamiento actos como mezclar veneno con la comida de la víctima sin que ésta llegue a ingerirla¹³³ o el envenenamiento de un pozo público o una fuente¹³⁴.

A mediados de los años 1990, y a la luz de un grupo de casos que analizaremos a continuación, se planteó también en la doctrina y jurisprudencia francesas si el envenenamiento requiere, al igual que el

¹³¹ Así parece pronunciarse VÉRON, M, en *Droit pénal spécial*, 11ª edición, Sirey, 2006, pg. 40.

¹³² GARÇON, E. *Code pénal annoté*, Tomo II, Sirey, 1956, pgs. 46-47.

¹³³ Sentencia de la Corte de Casación francesa de 17 de diciembre de 1874.

¹³⁴ Sentencia de la Corte de Casación francesa de 7 de julio de 1814.

homicidio, la intención de dar muerte con las sustancias administradas¹³⁵. A favor de esta postura se argumenta que el envenenamiento se recoge en el Artículo 221-5, situado en la Sección 1 del Capítulo 1 del Título II del código penal, llamado "de los atentados voluntarios contra la vida"¹³⁶, lo que parece indicar que todos los tipos recogidos en esa Sección requieren ese elemento intencional de matar. En contra se puede plantear el argumento de la interpretación literal del artículo 221-5, que, como puede comprobarse en nota al pie anterior, no especifica elemento subjetivo alguno, mientras que el homicidio básico, del artículo 221-1, sí requiere que la muerte haya sido producida "voluntariamente"¹³⁷. Que se incluya el elemento intencional en el homicidio básico, pero no en el envenenamiento no puede querer decir, dicen los partidarios de esta interpretación, más que que el envenenamiento es un delito que no requiere la intención de provocar la muerte con las sustancias. Esta discusión, como hemos apuntado al inicio de este párrafo, se ha visto avivada por la discusión sobre si el contagio consciente del VIH, pero sin intención probada de que este contagio produzca la muerte, constituye un envenenamiento. En el importante fallo de 2 de julio de 1998, la Corte de Casación francesa se inclinó por la primera postura, exigiendo al delito de envenenamiento no sólo el conocimiento de la naturaleza mortal de la sustancia (en este caso, el virus), sino también la intención de provocar la muerte, diciendo que "*el solo conocimiento del poder mortal de la sustancia no es suficiente para caracterizar la intención homicida*"¹³⁸.

¹³⁵ VÉRON, M, en *Droit pénal spécial*, 11ª edición, Sirey, 2006, pg. 41. También PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M., *Droit pénal spécial*, 5ª edición, Cujas, 2010, pgs. 40 y ss.

¹³⁶ En original, "*des atteintes volontaires contre la vie.*"

¹³⁷ Artículo 221-1 del código penal francés de 1994:

"Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle."

¹³⁸ En original, "*la seule connaissance du pouvoir mortel de la substance incriminée ne suffit pas à caractériser l'intention homicide*", en *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)* n° 211, 1998.

Por último, el código penal francés recoge en su artículo 221-4¹³⁹ distintas causas de agravación por circunstancias personales de la víctima o del autor. En concreto, nos interesan especialmente las circunstancias

¹³⁹ Artículo 221-4 del código penal francés de 1994:

“Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis :

1° Sur un mineur de quinze ans ;

2° Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ;

4° Sur un magistrat, un juré, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, un gardien assermenté d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou un agent exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation en application de l'article L-271-1 du code de la sécurité intérieure, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ;

4° bis Sur un enseignant ou tout membre des personnels travaillant dans les établissements d'enseignement scolaire, sur un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs ou toute personne chargée d'une mission de service public, ainsi que sur un professionnel de santé, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ;

4° ter Sur le conjoint, les ascendants ou les descendants en ligne directe ou sur toute autre personne vivant habituellement au domicile des personnes mentionnées aux 4° et 4° bis, en raison des fonctions exercées par ces dernières ;

5° Sur un témoin, une victime ou une partie civile, soit pour l'empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice, soit en raison de sa dénonciation, de sa plainte ou de sa déposition ;

6° et 7° (abrogés)

8° Par plusieurs personnes agissant en bande organisée ;

9° Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ;

10° Contre une personne en raison de son refus de contracter un mariage ou de conclure une union.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions prévues par le présent article. Toutefois, lorsque la victime est un mineur de quinze ans et que le meurtre est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsque le meurtre a été commis en bande organisée sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions, la cour d'assises peut, par décision spéciale, soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné ; en cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est alors égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce”.

primera y tercera, que agravan el homicidio si la víctima es menor de quince años o si es especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad, discapacidad física o psíquica o embarazo, circunstancias que han de ser evidentes o conocidas por el autor. Estas dos circunstancias son casi completamente equiparables a la nueva circunstancia introducida en el sistema español por la L.O. 1/2015 en su artículo 140.1.1ª, que será analizada más adelante, por lo que nos remitimos a su estudio

IV.3 – Italia. Los “medios insidiosos”

El artículo 61.5 del código penal italiano de 1930 establece como circunstancia agravante general el *“haber aprovechado circunstancias de tiempo, lugar o persona, también con referencia a la edad, como para obstaculizar la defensa pública o privada”*¹⁴⁰. Esta circunstancia es prácticamente idéntica a la segunda parte de la circunstancia española del artículo 22.1¹⁴¹, por lo que para su correcta comparación nos referimos al estudio, más adelante en este mismo trabajo, de la relación entre la alevosía y otras circunstancias españolas con las que guarda determinadas similitudes.

También el código penal italiano establece en sus artículos 576 y 577 las circunstancias agravantes del homicidio, que elevan la pena de éste a la prisión perpetua o *ergastolo*. Ambos artículos, de contenido casi idéntico, recogen, en sus apartados segundo¹⁴², junto a otras agravantes, que el

¹⁴⁰ Artículo 61.5 del código penal italiano de 1930: “Aggravano il reato, quando non se sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: (...) 5. l’*avere profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all’età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*”

¹⁴¹ “Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente”.

¹⁴² artículo 576 y 577 del código penal italiano de 1930:

“Art. 576. Circostanze aggravanti. Ergastolo.

hecho haya sido cometido mediante el uso de veneno o algún otro medio insidioso. A pesar de que no se exige en los artículos, a diferencia de en la alevosía española, que se haya reducido o eliminado la defensa de la víctima o favorecido o asegurado el resultado, ésta es una de las razones de ser de esta circunstancia agravante, tal y como puede comprobarse en los trabajos preparatorios de este código penal¹⁴³. Esta circunstancia tiene, a efectos del artículo 70 del código penal italiano de 1930¹⁴⁴, naturaleza

Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso:

1. *col concorso di taluna delle circostanze indicate nel n. 2 dell'articolo 61;*
2. *contro l'ascendente o il discendente, quando concorre taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61 o quando è adoperato un mezzo venefico o un altro mezzo insidioso, ovvero quando vi è premeditazione;*
3. *dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza;*
4. *dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione;*
5. *in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 600-bis, 600-ter, 609-bis, 609-quater e 609-octies;*
- 5.1) *dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-bis nei confronti della stessa persona offesa.*
- 5-bis) *contro un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ovvero un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio. È latitante, agli effetti della legge penale, chi si trova nelle condizioni indicate nel n. 6 dell'articolo 61.*

Art. 577. Altre circostanze aggravanti. Ergastolo.

Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo 575 è commesso:

- 1) *contro l'ascendente o il discendente;*
 - 2) *col mezzo di sostanze venefiche, ovvero con un altro mezzo insidioso;*
 - 3) *con premeditazione;*
 - 4) *col concorso di taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61.*
- La pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta."*

¹⁴³ Cita MANZINI, V., en *Trattato di diritto penale italiano*, Tomo VIII, Torino, 1951, pg. 38, en nota al pie número 1, la *relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, pg. 369, la naturaleza "*fraudolenta del mezzo, che, ostacolando la privata difesa, agevola il conseguimento del fine omicida*".

¹⁴⁴ artículo 70 del código penal italiano de 1930:

Agli effetti della legge penale:

1. *sono circostanze oggettive quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso;*

objetiva, es decir, no se agrava el hecho por razón del mayor dolo o culpabilidad del autor, sino por circunstancias del hecho, el medio empleado u otras modalidades de la acción.

En lo que respecta al envenenamiento, define MANZINI las siguientes notas¹⁴⁵: se entiende como tal el uso de cualquier sustancia peligrosa para la salud de las personas o para la vida, en razón del poder tóxico de las mismas, con independencia de su modo de empleo (ingesta, inspiración, absorción cutánea, etc.) y de su naturaleza química (líquida, gaseosa, etc.). Igualmente, no es suficiente con la comprobación fáctica de que la sustancia provoque la muerte, sino que tal sustancia ha de tener un potencial nocivo en sí misma considerada. No habrá envenenamiento, por ejemplo, por el consumo excesivo de una sustancia no tóxica, a pesar de que este consumo excesivo sea mortal. Igualmente, se exige que el poder tóxico de la sustancia sea de carácter químico y no físico, esto es, que la muerte se produzca por la interacción de la sustancia con el cuerpo y no por otras características lesivas de la misma (por ejemplo, la corrosión). Hay que poner de manifiesto, además, que en la medida en que las agravantes de los artículos 576 y 577 del código penal italiano hacen referencia al "envenenamiento u *altro* medio insidioso", se considera que sólo es aplicable la agravante del empleo de veneno cuando el empleo de éste ha sido también de manera insidiosa. Así, a quien fuerza a otro a ingerir veneno empleando violencia o intimidación, o simplemente no ocultando su intención o la esencia tóxica de la sustancia, no le será de aplicación esta agravante.

2. sono circostanze soggettive quelle che concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole.

Le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano la imputabilità e la recidiva

¹⁴⁵ MANZINI, V., en *Trattato di diritto penale italiano*, Tomo VIII, Torino, 1951, pgs. 38 y ss.

En lo que respecta a los "otros medios insidiosos" se concretan principalmente en dos figuras diferenciadas¹⁴⁶, si bien, como veremos, también caben otras formas de comisión insidiosas fuera de ellas. En primer lugar se ha definido la *prodizione*, que se corresponde con una idea de ocultamiento moral, es decir, la simulación por el autor de una relación amistosa o de afectividad con la víctima que esconde sus auténticas intenciones, con el propósito de inducir en ella un estado de confianza o relajación de la defensa, o de atraerla a un lugar donde cometer el delito es más fácil y seguro para el autor. La segunda forma es la del *agguato*, que equivale a un ocultamiento material de las intenciones del autor, es decir, cuando la víctima no puede prever el ataque, pero no por no esperarlo del autor, sino por no ser físicamente capaz de percibirlo (casos de ocultamiento del arma homicida o emboscada, por ejemplo).

La existencia de estas dos figuras, sin embargo, no agota el concepto de "medio insidioso" de los artículos 576 y 577 del código penal italiano. Así, caben otras modalidades de comisión bajo esta circunstancia agravante que no son propiamente *prodizione* ni *agguato*, como el sabotaje del motor de un coche o un aeroplano o la carga eléctrica de un objeto¹⁴⁷. Cabría igualmente incluir en estos medios insidiosos el empleo de sustancias no venenosas pero mortales, de acuerdo con las notas sobre el envenenamiento recogidas anteriormente, tales como sustancias corrosivas. El concepto general de "medio insidioso", superando las categorías de la *prodizione* y el *agguato*, resulta muy similar a la alevosía española, pues se define como cualquier medio que, por su naturaleza engañosa o por el modo o las circunstancias con las que se utiliza, conlleva

¹⁴⁶ TERRAGNI, M.A., *Delitos contra las personas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pgs. 225 y ss.

¹⁴⁷ Ambos ejemplos recogidos por ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, 15ª edición, Giuffrè, 2008, pg. 53. Cita los mismos ejemplos MANZINI, V., en *Trattato di diritto penale italiano*, Tomo VIII, Torino, 1951, pg. 41, además de disimular un pozo con intención de hacer caer a la víctima que ignora que el suelo cederá a su paso.

un peligro oculto que imposibilita o dificulta la defensa de la víctima¹⁴⁸.

IV.4 – Portugal

En el código penal portugués de 1982 encontramos distintas referencias a figuras en las que pueden encontrarse ciertas semejanzas con la alevosía, si bien aparecen de modo disperso y con, en ocasiones, cierta confusión o ausencia de delimitación clara entre ellas.

Un primer criterio general sobre la determinación de la pena se encuentra en el artículo 71.2¹⁴⁹. En este artículo se establece que en la determinación concreta de la pena dentro del marco definido por la ley el juez habrá de tener en cuenta las circunstancias ajenas al tipo del crimen, pero que hablen en favor o en contra del autor, y considerando en especial las siguientes: a) el grado de ilicitud del hecho, su modo de ejecución, la gravedad de sus consecuencias o el grado de violación de los deberes impuestos al autor, b) la intensidad del dolo o la negligencia, c) los sentimientos manifestados en la comisión del crimen, así como los fines o

¹⁴⁸ Definición que, como indica LATTANZI, G., en *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, 4ª edición, Giuffrè, 2008, pg. 1691, comparten tanto doctrina como jurisprudencia.

¹⁴⁹ Artículo 71 del código penal portugués de 1982:

"1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

b) A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena"

motivos que lo determinen, d) las condiciones personales del autor y su situación económica, e) las conductas anteriores y posteriores al hecho, especialmente cuando se dirijan a reparar las consecuencias del delito, y f) la falta de preparación para mantener una conducta lícita, cuando esa falta deba ser censurada a través de la aplicación de la pena.

Como apunta ALONSO ALAMO, tales previsiones no constituyen auténticas circunstancias modificativas del delito, en la medida en que no crean un marco penal nuevo y distinto al del tipo básico, sino que son criterios orientativos para el juez para que, dentro del marco penal del tipo básico, determine en concreto la pena¹⁵⁰. Parece evidente que, en caso de que el juez valorara de manera negativa un modo de comisión que en España llamaríamos alevoso, en el derecho penal portugués cabría graduar la pena en virtud del apartado a) del mencionado artículo 71.2, pues hace referencia al modo de ejecución del hecho. Sin embargo, en la medida en que esta mención al modo de ejecución no prevé específicamente la graduación al alza por ser este modo tendiente a asegurar el resultado o a impedir la defensa de la víctima, sino que cabe considerar cualquier otro modo de ejecución, incluso aquellos que no consideraríamos agravantes sino atenuantes, no podemos decir con carácter general que la circunstancia del modo de ejecución del artículo 71.2.a) regule la alevosía, a pesar de que un modo de ejecución materialmente alevoso pudiera ser tenido en cuenta en virtud de tal previsión.

Más específicamente aparecen previsiones relacionadas con la alevosía en la parte especial del código penal portugués. Así, el artículo 132¹⁵¹ establece la figura del homicidio cualificado, entendiéndose como tal

¹⁵⁰ ALONSO ALAMO, M., *El ensañamiento*, Comares, 2015, pg. 33, y también en FIGUEIREDO DIAS, J., *As consequências jurídicas do crime*, Aequitas, 1993, pgs. 199 y ss.

¹⁵¹ Artículo 132 del código penal portugués:

la muerte producida "en circunstancias que revelen especial censurabilidad o perversidad", recogiendo en el epígrafe segundo del mismo artículo una lista de circunstancias que, sin ser una lista cerrada, revelan tal censurabilidad o perversidad. Entre ellas encontramos de nuestro interés la c), realizar el hecho contra persona particularmente indefensa, en razón de la edad, deficiencia, dolencia o embarazo, la h), realizar el hecho junto con, al menos, dos personas más, o utilizar medio particularmente peligroso o que se traduzca en la realización de crimen de peligro común y la i), utilizar veneno u cualquier otro medio insidioso.

"1 - Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos.

2 - É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:

- a) Ser descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante, da vítima;*
- b) Praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau;*
- c) Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;*
- d) Empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima;*
- e) Ser determinado por avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual ou por qualquer motivo torpe ou fútil;*
- f) Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima;*
- g) Ter em vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime;*
- h) Praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum;*
- i) Utilizar veneno ou qualquer outro meio insidioso;*
- j) Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter persistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas;*
- l) Praticar o facto contra membro de órgão de soberania, do Conselho de Estado, Representante da República, magistrado, membro de órgão do governo próprio das regiões autónomas, Provedor de Justiça, membro de órgão das autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade pública, comandante de força pública, jurado, testemunha, advogado, solicitador, agente de execução, administrador judicial, todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente, examinador ou membro de comunidade escolar, ou ministro de culto religioso, juiz ou árbitro desportivo sob a jurisdição das federações desportivas, no exercício das suas funções ou por causa delas;*
- m) Ser funcionário e praticar o facto com grave abuso de autoridade."*

El apartado c) del artículo 132 hace referencia a la mayor gravedad del homicidio cometido contra persona particularmente indefensa por razón de edad, deficiencia, dolencia o embarazo. No se exige en el sujeto un ánimo particular de aprovecharse de la especial vulnerabilidad de estas personas, sino que es suficiente con que el sujeto pasivo cumpla uno de estos requisitos para que se entienda cumplida la circunstancia calificativa.

El apartado h) incluye, en realidad, tres circunstancias calificativas del homicidio diferenciadas y con un fundamento distinto. En primer lugar, se plantea la calificación del homicidio por la realización del hecho junto con, al menos, dos personas más, independientemente de los medios usados. No se requiere, por lo tanto, que el mayor número de autores implique un mayor grado de aseguramiento del hecho, que sería el elemento definitorio para una comparación con la alevosía española, aunque podría mantenerse que la superioridad numérica implica de forma necesaria una mayor facilidad para la comisión del hecho. Es, sin embargo, la tercera circunstancia la que más semejanzas con la alevosía tiene dentro de este apartado h), pues cualifica el homicidio en el que se utiliza medio particularmente peligroso o que se traduzca en la realización de crimen de peligro común. Analizando este precepto aisladamente, podría pensarse que la particular peligrosidad del medio se entiende respecto de la víctima, esto es, que sea un medio que resulta especialmente dañino y susceptible de provocar la muerte. Esta concepción se enfrenta con el problema de que el segundo inciso del mismo caso dentro del apartado h) entiende que también se cumple esta misma circunstancia, alternativamente, cuando se utiliza un medio peligroso para terceros, aunque no sea más peligroso para la víctima, aunque el hecho de que precisamente aparezcan de manera contrapuesta "medio particularmente peligroso o que se traduzca en la realización de crimen de peligro común" nos lleva a pensar que en los medios "particularmente peligrosos" no se requiere que se realice ese peligro común.

El apartado i) recoge la cualificación del homicidio por el uso de "veneno u cualquier otro medio insidioso"¹⁵². De la propia literalidad del precepto se entiende que no son dos medios diferentes, sino que el veneno es un tipo de medio insidioso, y por lo tanto, a la hora de definir éstos, ya que el código penal no explica a qué se refiere por "medio insidioso", habremos de partir pues del propio sentido del término y del ejemplo del veneno, sin olvidar que todas las circunstancias del artículo 132, incluyendo el apartado h), revelan "*especial censurabilidad o perversidad*". A nuestro entender, también interpretando sistemáticamente el artículo 132 en su conjunto, medio insidioso no es aquel que resulta especialmente peligroso, de manera general y objetiva, para un conjunto de personas (como podría ser, por ejemplo, el empleo del fuego o explosiones), sino aquel que es subjetivamente más peligroso para la víctima, ya sea porque no espera el ataque o porque la propia naturaleza del medio es subrepticia, o, como decíamos en el análisis del medio insidioso en el derecho penal brasileño, disimula su influencia maléfica.

La interpretación sistemática de todo el artículo 132 nos obliga a plantearnos la diferencia entre "medio particularmente peligroso" del apartado h) y "medio insidioso" del apartado i), pues en ambos casos hemos concebido éstos como medios que facilitan el resultado. Existe, sin embargo, una diferencia: los medios "particularmente peligrosos" del primer inciso de la tercera circunstancia del apartado h) son aquellos que son particularmente peligrosos en sí mismos considerados, de manera general y objetiva, sin necesidad de que de ellos se derive peligro para terceros, peligro que sí se requiere para el segundo inciso de la tercera circunstancia del apartado h). Son aquellos, en definitiva, que ni siendo previstos por la

¹⁵² Esta circunstancia guarda un cierto paralelismo con la vieja circunstancia del artículo 406.3 del texto refundido del código penal de 1973, consistente en "*ejecutar el hecho por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo*".

víctima pueden ser evitados, y que no requieren por parte del autor ningún disimulo u ocultación. Medios insidiosos del apartado i), por contra, son aquellos que no son necesariamente más peligrosos objetivamente que otros, pero que se tornan más peligrosos por las circunstancias en los que se emplean, concretamente el camuflaje, disimulo, ocultación u otras formas de disimular el ataque. La imposibilidad de la defensa existe, al igual que en los medios particularmente peligrosos, pero mientras que en éstos esa imposibilidad (o mayor dificultad) está implícita en la propia naturaleza del medio, en los medios insidiosos la mayor peligrosidad se origina en la naturaleza oculta y subrepticia del medio, siendo el típico ejemplo el veneno, previsto específicamente como medio insidioso.

En conclusión, y como hemos apuntado al inicio del estudio de figuras semejantes a la alevosía en Portugal, puede decirse que los medios que en España llamamos alevosos se prevén, pero no de forma uniforme y recogidos en un mismo precepto, sino diseminados en función de su distinta naturaleza. No existe por lo tanto la alevosía, como circunstancia unificada y común, pero las distintas modalidades de alevosía, al menos en lo que respecta al homicidio, se recogen en distintos preceptos.

IV.5 – Estados Unidos. La doctrina de la “deadly weapon”

En el derecho penal de los Estados Unidos el uso de un arma mortífera, o *deadly weapon*, se prevé como circunstancia agravante de diferentes delitos. Recordemos, sin embargo, que los distintos Estados tienen competencia para dictar normas de derecho penal, y que cada Estado dicta su propio código penal, por lo que esta agravante no tiene una aplicación uniforme ni una definición similar en todo el territorio. En el "Model Penal Code", documento redactado en 1961 por el American Law Institute con el objetivo de armonizar las diferentes legislaciones penales

de los Estados Unidos¹⁵³, se define "deadly weapon" o "arma mortal" como cualquier arma de fuego u otro arma, aparato, instrumento, material o sustancia, animada o inanimada, que por la forma en que se usa o en que se intenta usar es susceptible de producir la muerte o serias lesiones corporales¹⁵⁴. En la consideración de si el instrumento tiene la cualidad de "mortal" o no influyen, como hemos visto, tanto su propia naturaleza como el modo concreto en el que se emplea. Sin embargo, algunos estados clasifican, junto a esta definición general, determinados instrumentos que siempre son "arma mortal", independientemente de cómo sean empleados por el autor¹⁵⁵.

La definición, como puede comprobarse, es amplia. En un intento de precisar los elementos concretos de la circunstancia, la jurisprudencia estadounidense se ha pronunciado, no siempre de manera unánime, sobre la posibilidad de que partes del cuerpo puedan considerarse arma mortífera. Así encontramos sentencias que niegan cualquier posibilidad de que puños o piernas puedan ser considerados arma mortífera¹⁵⁶ contra sentencias que entienden que tales partes del cuerpo pueden ser arma mortífera dependiendo de su uso y la intención del autor¹⁵⁷.

¹⁵³ Numerosas previsiones de este "Model Penal Code" se encuentran en la totalidad de los distintos códigos penales de los Estados Unidos. Además, el documento ha sido seguido casi en su totalidad por los códigos penales de Nueva Jersey, Nueva York y Oregon. En 1971 fue también brevemente adoptado en su totalidad por el estado de Idaho.

¹⁵⁴ "(...) any firearm, or other weapon, device, instrument, material or substance, whether animate or inanimate, which in the manner it is used or is intended to be used is known to be capable of producing death or serious bodily injury". Model Penal Code, 1961, artículo 210.

¹⁵⁵ Así sucede, por ejemplo, en el caso de las armas de fuego en los estados de Wisconsin (Statute §939.22(10)) o Pensilvania (Pennsylvania Crimes Code, Title 18 Pa.C.S.A. § 2301).

¹⁵⁶ Así, los tribunales de California en la sentencia *People v. Aguilar*, (1997), cuando dice que "*We conclude, however, that the term "weapon," as used in the statute, implies an object extrinsic to the body*".

¹⁵⁷ Por ejemplo, en *Dasher v. State* (2009), en Georgia, considera el tribunal que "*Although fists and feet are not considered deadly weapons -, they may be found to be a deadly weapon by the jury depending on the manner and means of their use, the wounds inflicted, etc.*"

La consecuencia sobre la calificación y la pena del uso de un arma mortal depende de a qué tipo se aplique. En el delito de asalto¹⁵⁸, se equiparan las lesiones causadas imprudentemente con un arma mortal a las lesiones causadas dolosamente sin ella, mientras que las lesiones intencionales con arma mortal elevan la calificación a la de asalto agravado¹⁵⁹. El delito de asalto¹⁶⁰ se agrava, pasando de ser una "felony" de tercer grado a una de segunda, entre otras causas, por el uso de un arma mortal¹⁶¹. Igualmente, en el delito de fuga se eleva la graduación de la calificación, pasando de "misdemeanor" a "felony" de tercer grado, si el actor emplea fuerza, amenazas, arma mortal u otros instrumentos

¹⁵⁸ Nos referimos aquí al delito llamado "assault". "Asalto" sería probablemente una definición más acertada, pero en la medida en que posteriormente nos referiremos al delito de "burglary", que consiste en la entrada prohibida en un edificio para cometer allí delitos, y que la traducción habitual en la literatura de "burglary" por "robo" no se ajusta a las figuras penales, traduciremos "assault" por "lesiones" y "burglary" por "asalto", sentidos que creemos más próximos a lo regulado en estas figuras.

¹⁵⁹ Sección 211.1 del Model Penal Code: "*Section 211.1. Assault.*

(1) *Simple Assault.* A person is guilty of assault if he:

(a) *attempts to cause or purposely, knowingly or recklessly causes bodily injury to another; or*
(b) *negligently causes bodily injury to another with a deadly weapon; or*
(c) *attempts by physical menace to put another in fear of imminent serious bodily injury.*

Simple assault is a misdemeanor unless committed in a fight or scuffle entered into by mutual consent, in which case it is a petty misdemeanor.

(2) *Aggravated Assault.* A person is guilty of aggravated assault if he:

(a) *attempts to cause serious bodily injury to another, or causes such injury purposely, knowingly or recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life; or*
(b) *attempts to cause or purposely or knowingly causes bodily injury to another with a deadly weapon.*

Aggravated assault under paragraph (a) is a felony of the second degree; aggravated assault under paragraph (b) is a felony of the third degree. "

¹⁶⁰ Ver nota anterior sobre la traducción de este término ("burglary" en el original).

¹⁶¹ Sección 221.1.2 del Model Penal Code: "*Grading: Burglary is a felony of the second degree if it is perpetrated in the dwelling of another at night, or if, in the course of committing the offense, the actor:*

peligrosos en la huida¹⁶². Como se puede comprobar, la consecuencia de esta agravante en la calificación es, hasta ahora, similar a lo que ya conocemos en el sistema español: la infracción pasa a un grado superior, lo que implica una mayor pena.

En el homicidio, sin embargo, el efecto no puede ser el mismo, ya que dar muerte a un tercero intencionadamente o a sabiendas ("*purposely or knowingly*") o temerariamente, manifestando un evidente desprecio por la vida ("*recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life*"), ya es considerado asesinato (*murder*) y merecedor de la pena más elevada posible (prisión perpetua o pena de muerte si se cumplen además otras circunstancias). No tendría sentido, por lo tanto, elevar la calificación del delito por el uso de un arma mortal en estos casos, pues la pena ya es lo más elevada posible. En los casos de homicidio, la doctrina y la jurisprudencia estadounidense consideran que el uso de un arma mortal tiene un efecto probatorio, es un elemento fáctico a partir del cual el juez o el jurado puede inferir la intención del sujeto¹⁶³. Así, si se considera probado que el sujeto utilizó conscientemente un arma mortal y que con este arma causó la muerte de la víctima, su intención de matar puede considerarse indirectamente probada, sin que sean necesarios más elementos de prueba que indiquen esta intención. En

¹⁶² Sección 242.6 del Model Penal Code:

"(4) Grading of Offenses. An offense under this Section is a felony of the third degree where:

(a) the actor was under arrest for or detained on a charge of felony or following conviction of crime; or

(b) the actor employs force, threat, deadly weapon or other dangerous instrumentality to effect the escape; or

(c) a public servant concerned in detention of persons convicted of crime purposely facilitates or permits an escape from a detention facility.

Otherwise an offense under this section is a misdemeanor."

¹⁶³ GARDNER, T. J. y ANDERSON, T. M., *Criminal law, 12th edition*, Creighton University School of Law, 2015, pgs. 271-272.

casos de homicidio esta circunstancia puede convertirse así en una presunción *contra reo*: si se usó arma mortal se inferirá la intención de matar, pueda probarse esta intención o no.

IV.6 – Brasil

Las circunstancias agravantes generales en el derecho penal brasileño se recogen en el artículo 61 del código penal de 1940¹⁶⁴. Ya este artículo anticipa el doble efecto, agravante y calificativo, que en determinados delitos tienen estas circunstancias cuando dice que "*son circunstancias que siempre agravan la pena, cuando no constituyen o califican el crimen (...)*". Así, en el artículo 121.2¹⁶⁵ se recogen buena parte de estas circunstancias como calificativas del delito de homicidio

¹⁶⁴ "Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

k) em estado de embriaguez preordenada."

¹⁶⁵ "2° Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino"

cualificado, y también se hace referencia a estas circunstancias del artículo 121 en el artículo 129.7¹⁶⁶, en el ámbito de las lesiones.

Nos interesan aquí, concretamente, las circunstancias c, d, h y j del artículo 61, así como las circunstancias III y IV del artículo 121. Sin embargo, conviene tener en cuenta que estas dos últimas circunstancias son reproducción literal de su equivalente en el artículo 61 (concretamente, la III de la d y la IV de la c), por lo que, aunque el efecto sobre la pena es diferente (pues crean un marco penal nuevo para el homicidio, y no simplemente agravan la pena de éste), su estudio será similar.

La circunstancia 61.II.c (o 121.IV en el caso del homicidio) agrava la conducta de quien actúa "*a traición, en emboscada o mediante disimulación u otro recurso que dificulte o torne imposible la defensa del ofendido*". LYRA ha ejemplificado alguno de esos otros recursos definidos en la cláusula abierta final del precepto, entendiendo que la nocturnidad, el empleo de armas, el fraude, el abuso de confianza o el disfraz pueden ser también constitutivos de esta circunstancia agravante, en la medida en que dificulten o imposibiliten la defensa de la víctima¹⁶⁷. La equivalencia con la alevosía es evidente; tanto es así que LYRA referencia esta figura española, en el Fuero Real, en las Partidas y en el código penal de 1932 en su explicación sobre esta circunstancia. Igualmente, este autor entiende por "emboscada" el sentido común del término, esto es, el acto de esperar a escondidas al enemigo para asaltarlo. En cuanto a la disimulación, se concibe ésta en una doble dimensión, tanto física, simulando el autor o bien una circunstancia objetiva (su condición física, sexo o demás), como psicológica, en los casos en los que la disimulación consiste en una falsa relación con la víctima (de amistad o confianza, por ejemplo), sucediendo que la víctima no tiene

¹⁶⁶ "7º - Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º.

¹⁶⁷ LYRA, R., *Comentarios ao código penal*, Vol. II, 4ª edición, Companhia Editora Forense, 1958, pg. 297.

motivos para desconfiar del sujeto y, por lo tanto, no puede prevenir el ataque¹⁶⁸. En cualquier caso, el elemento definitorio de esta circunstancia no es tanto el medio empleado, que como vemos puede ser muy diverso, sino el efecto conseguido, es decir, la disminución o eliminación de la defensa de la víctima, intencionadamente y por parte del autor.

La circunstancia del artículo 61.II.d (o 121.III) sin embargo, encuentra puntos de conflicto con la examinada anteriormente. Esta circunstancia agrava la conducta de quien emplea "*veneno, fuego, explosivo, asfixia, tortura u otro medio insidioso o cruel, o del que pueda resultar peligro común*"¹⁶⁹. Este precepto podría, en nuestra opinión, interpretarse de distintas maneras, debido a la doble función, coordinante y disyuntiva, de la conjunción "o". En primer lugar, podría pensarse que veneno, fuego, explosivo, asfixia y tortura son medios insidiosos, y que se agrava el homicidio por estos motivos insidiosos u otros, y además por motivos crueles o de los que puedan resultar peligro común. Podría pensarse, también, que la insidia y la crueldad son alternativas similares, y que por lo tanto la enumeración inicial ejemplifica medios insidiosos y crueles (dado que, en esta interpretación, insidia y crueldad son sinónimos) y que, alternativamente, se agravan también medios de los que puedan resultar peligro común. Igualmente cabría interpretar que todas las conjunciones "o" del artículo son coordinantes, y que por lo tanto medios insidiosos, crueles o de los que pueda resultar peligro común son tres circunstancias equivalentes, siendo así que la crueldad y la insidia consisten en poner en peligro a un número innecesario de personas, si bien esta interpretación choca con algunos ejemplos del precepto, en la medida

¹⁶⁸ HUNGRIA, N., *Comentarios ao código penal*, Vol. IV, 4ª edición, Companhia Editora Forense, 1958, pg. 169.

¹⁶⁹ Esta circunstancia, al igual que la examinada en lo referente al derecho penal portugués anteriormente, puede equipararse a la vieja circunstancia del artículo 406.3 del texto refundido del código penal de 1973, consistente en "*ejecutar el hecho por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo*".

en que el veneno, la tortura o la asfixia no tienen por qué implicar peligro para más sujetos que la víctima.

En la interpretación que nos parece más acertada, y que entiende también HUNGRIA, se entiende que el precepto recoge tres tipos distintos de agravantes, de naturaleza diferente (insidia, crueldad y peligro común), y que el veneno, fuego, explosivo, asfixia y la tortura representan ejemplos de una de esas tres circunstancias, si bien alguno de ellos podría encajar en varias¹⁷⁰. Así, el veneno es un medio insidioso por excelencia, mientras que el fuego y el uso de explosivos pueden resultar a la vez insidioso, cruel y peligroso para terceras personas. La asfixia puede ser a la vez insidiosa y cruel, al igual que la tortura. En esta interpretación se entiende un medio insidioso por medio que disimula su influencia maléfica, fraudulento o subrepticio, medio cruel es aquel que produce un padecimiento físico inútil o más grave del que es necesario y suficiente para la consumación del homicidio, y medio del que pueda resultar peligro común es el que puede, además de acabar con la vida de la víctima escogida, crear una situación de peligro extensivo a un número indeterminado de personas.

Nos interesa pues, a efectos del estudio comparado de la alevosía, la mención genérica a los medios "insidiosos" del artículo 61.II.d (o 121.III), e igualmente los ejemplos que responden a este criterio que recoge el propio artículo.

Se entiende por "veneno" en la doctrina penal brasileña toda sustancia que, introducida en el organismo, es capaz de, mediante acción química o bioquímica, lesionar la salud o destruir la vida, independientemente de la naturaleza de éste (orgánico, inorgánico, líquido, gaseoso, sólido, mineral, vegetal, etc.) e igualmente independientemente

¹⁷⁰ HUNGRIA, N., *Comentarios ao código penal*, Vol. IV, 4ª edición, Companhia Editora Forense, 1958, pgs. 164-168.

del modo de aplicación a la víctima (inyección, inhalación, absorción cutánea, etc.). La propia sustancia no necesita ser venenosa de manera general, sino serlo en concreto para la víctima, como sucede, por ejemplo, en los casos de alérgenos que consumidos por una persona son inocuos pero consumidos por la víctima son peligrosos. Según HUNGRIA, para que se entienda consumada la circunstancia agravante de envenenamiento es necesario que este empleo de veneno haya sido subrepticio, o de otra manera no implicaría insidia, que es la auténtica circunstancia agravante¹⁷¹. El envenenamiento violento o, en general, sin insidia, no califica el homicidio, salvo, por supuesto, los casos en los que encaje en otra de las circunstancias agravantes, como podría resultar si este envenenamiento forzoso provocara un innecesario sufrimiento a la víctima, circunstancia en la que se agravaría el delito, pero por empleo de medio cruel, no insidioso.

En cuanto al fuego, representa para HUNGRIA el medio de peligro común por excelencia, y en tanto en cuanto no esté presente este peligro común en el empleo del fuego (como sucedería, en el ejemplo citado por el autor, en el caso en el que el fuego no pudiera materialmente extenderse a otras personas, como en el caso en el que se impregna de queroseno la ropa de la víctima y se le prende fuego) no se agravará el delito por este motivo¹⁷². Cuestión distinta es, como ya hemos examinado en el caso del veneno, si este uso del fuego que no represente peligro común puede ser cruel o incluso insidioso, en cuyo caso se agravará el delito, pero por un motivo distinto.

El empleo de explosivo es definido por HUNGRIA como "*cualquier cuerpo capaz de transformarse en gas a temperatura elevada*", y añade también que esta transformación sea brusca, pasando rápidamente de

¹⁷¹ HUNGRIA, N., *Comentarios ao código penal*, Vol. IV, 4ª edición, Companhia Editora Forense, 1958, pg. 165.

¹⁷² HUNGRIA, N., *Comentarios ao código penal*, Vol. IV, 4ª edición, Companhia Editora Forense, 1958, pg. 166.

estado líquido o sólido a estado gaseoso¹⁷³. Con independencia de la definición técnica que se emplee de explosivo (que necesita, además de estos elementos, la liberación masiva de energía térmica, química o nuclear, además del incremento brusco de la presión), resulta evidente que este ejemplo que recoge el artículo 61.II.d (o 121.III) lo es de la circunstancia de peligro común, si bien nada impide considerar que, en las circunstancias adecuadas, pueda ser también insidioso o cruel.

En cuanto a la asfixia, es definida por HUNGRÍA como el impedimento de la función respiratoria (absorción de oxígeno y expulsión de ácido carbónico), y la consecuente ausencia de oxígeno en la sangre o anoxemia¹⁷⁴. No se distingue entre asfixia química o tóxica (producida, por ejemplo, por gases nocivos como el óxido de carbono) y asfixia mecánica (la obstrucción física de las vías respiratorias, ya sea nariz, boca, glotis, tráquea, laringe o bronquios, la compresión de la caja torácica o la supresión funcional del campo respiratorio, esto es, la limitación de oxígeno a una zona sellada que provoca que, una vez consumido éste, la víctima no pueda respirar por la inexistencia de oxígeno en su entorno). No especifica HUNGRÍA en qué categoría (insidia, crueldad o peligro común) se encuentra esta agravante, pero resulta evidente de la propia definición de éstas que la asfixia es o bien un medio insidioso o bien un medio cruel, en la medida en que o bien la víctima no es consciente de su asfixia hasta que no puede resistir y la muerte se torna inevitable (en cuyo caso sería un caso de insidia), o bien la asfixia es violenta y forzada, con resistencia de la víctima, en cuyo caso parece un claro caso de muerte cruel.

En consecuencia, y sobre este artículo 61.II.d (o 121.III), encontramos tres categorías claramente diferenciadas de agravación, que

¹⁷³ HUNGRÍA, N., *Comentarios ao código penal*, Vol. IV, 4ª edición, Companhia Editora Forense, 1958, pg. 166.

¹⁷⁴ HUNGRÍA, N. *Comentarios ao código penal*, vol IV, 4ª edición, Companhia Editora Forense, 1958, pg. 166.

además tienen, aparentemente, grandes equivalencias con circunstancias agravantes españolas: los medios insidiosos equivalen a alevosía y los medios crueles equivalen al ensañamiento¹⁷⁵. La dificultad resulta, como hemos comprobado, de dónde situar determinadas circunstancias que son en ocasiones insidiosas y en ocasiones crueles, o que por su propia naturaleza son en parte insidiosas y en parte crueles.

En lo que a nuestro estudio respecta, la dificultad de asociar la alevosía con estas circunstancias del derecho penal brasileño es que los distintos elementos (o diferentes modalidades) de la alevosía parecen repartidos en los dos preceptos que hemos examinado: el artículo 61.II.d (o 121.III) y el artículo 61.II.c (o 121.IV). El primero agrava la conducta de quien actúa mediante un medio insidioso, mientras que el segundo, recordemos, agrava el hecho de actuar "*a traición, en emboscada o mediante disimulación u otro recurso que dificulte o torne imposible la defensa del ofendido*", circunstancias que son también insidiosas. Parece pues a primera vista que el delito (o el homicidio) cometido a traición, en emboscada o mediante disimulación que dificulte o imposibilite la defensa podría agravarse por dos motivos: por el artículo 61.II.d (o 121.III), pues responde literalmente a lo recogido en él, o por el artículo 61.II.c (o 121.IV), pues se comete de manera insidiosa. Esta dualidad es, sin embargo, según HUNGRIA, solamente aparente, pues si bien es cierto que las circunstancias del 61.II.d (o 121.III) son insidiosas, y por lo tanto entrarían también en lo previsto en el artículo 61.II.c (o 121.IV), éste se refiere al modo de ejecución, mientras que el 61.II.d (o 121.III) se refiere a los medios de ejecución¹⁷⁶. La traición, emboscada o disimulación son modos o circunstancias que rodean al hecho delictivo, que siempre se empleará utilizando otro medio: así, por ejemplo, emboscar a un enemigo no es

¹⁷⁵ Así lo entiende también ALONSO ALAMO, M., *El ensañamiento*, Comares, 2015, pg. 31.

¹⁷⁶ HUNGRIA, N., *Comentarios ao código penal*, Vol. IV, 4ª edición, Companhia Editora Forense, 1958, pg. 168.

suficiente para darle muerte, sino que es necesario que, una vez el autor se revela de su escondite, golpee, dispare, o de cualquier otra manera ataque a su enemigo. Esto no significa que determinados hechos no puedan encajar a la vez en ambos preceptos; sucederá así cuando el sujeto emplee un medio insidioso (61.II.c (o 121.IV)) de modo también insidioso (61.II.d (o 121.III)), como sucede en el caso de quien hace creer a su enemigo que existe una relación de confianza para, una vez tal enemigo rebaja sus niveles de cautela, envenenarle subrepticamente, o de quien embosca a su enemigo para, sin que éste pueda defenderse, estrangularlo. Es posible también, no obstante, que la actuación se lleve a cabo con un medio insidioso, pero de modo no insidioso, en cuyo caso se agravará la conducta solamente por el artículo 61.II.c (o 121.IV), o que se lleve a cabo con un medio no insidioso, pero de modo insidioso, en cuyo caso se agravará la conducta por el artículo 61.II.d (o 121.III).

IV.7 – El derecho internacional humanitario. La perfidia

La institución de la "perfidia" en el ámbito del derecho internacional de la guerra nos recuerda también a la alevosía. En su formulación moderna tiene su origen en la guerra civil de los Estados Unidos (1861-1865), concretamente en el documento conocido como el "código Lieber" o "Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla"¹⁷⁷. Igualmente, se hacen provisiones sobre estas materias en los artículos 23 y 24 de la Convención de La Haya de 1907¹⁷⁸

¹⁷⁷ El artículo 101 de tal manual dice "*While deception in war is admitted as a just and necessary means of hostility, and is consistent with honorable warfare, the common law of war allows even capital punishment for clandestine or treacherous attempts to injure an enemy, because they are so dangerous, and it is difficult to guard against them*".

¹⁷⁸ "Art. 23. Además de las prohibiciones establecidas por Convenciones especiales, es particularmente prohibido:

(a) Emplear veneno o armas envenenadas;
(b) Dar muerte o herir a traición a individuos pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

¹⁷⁹, y en su formulación actual se han cristalizado estas previsiones en el Protocolo Adicional I de 1977, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales, al Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

En concreto, el artículo 37 del citado Protocolo Adicional de 1977 establece que "*Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados*".

La perfidia se define, por lo tanto, como el ataque a un enemigo valiéndose de la buena fe de éste, apelando falsamente a una causa que le obligue a no atacar al sujeto. El mismo artículo 37 cita a continuación determinados ejemplos, que de ningún modo forman una lista cerrada:

(c) *Dar muerte o herir a un enemigo que habiendo depuesto las armas o no teniendo medios para defenderse se haya rendido a discreción;*

(d) *Declarar que no se dará cuartel;*

(e) *Emplear armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios;*

(f) *Usar indebidamente el pabellón parlamentario, el pabellón nacional o las insignias militares y el uniforme del enemigo, así como los signos distintivos de la Convención de Ginebra;*

(g) *Destruir o tomar propiedades enemigas, a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra;*

(h) *Declarar extinguidos, suspendidos o inadmisibles ante los Tribunales los derechos y acciones de los nacionales del adversario.*

Es igualmente prohibido a un beligerante compeler a los nacionales del adversario a tomar parte en las operaciones de la guerra dirigidas contra su país, aun en el caso de que ellos hayan estado a su servicio antes de comenzar la guerra.

Art. 24. Los ardides de guerra y el empleo de los medios necesarios para obtener informes sobre el enemigo y sobre el terreno son considerados como lícitos."

¹⁷⁹ Ya concebía en 1911 así SPAIGHT la perfidia: "*quien contraviene es engañador porque induce a error a su enemigo y, por este medio, puede realizar un acto hostil que no habría podido cometer si se hubiese mostrado bajo su verdadera apariencia*", SPAIGHT, J., *War rights on land*, Londres, 1911, pg. 87.

"Son ejemplos de perfidia los actos siguientes:

a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;

b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad;

c) simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y

d) simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto."

Las similitudes con la alevosía son evidentes. El sujeto maliciosamente se aprovecha o crea de la simulación de una situación protegida por el derecho penal humanitario, con intención de confundir al adversario y confiarle, procediéndose después a matar, herir o capturar a tal adversario. Resulta importante poner de manifiesto que la perfidia no consiste simplemente en la simulación de estas situaciones, sino en su simulación seguida por el ataque. No serán así culpables de perfidia quienes simulen una situación como las ejemplificadas en el artículo 37 del Protocolo Adicional I con intención de evitar el combate, sino quienes empleen estas tácticas en él. La perfidia incluye, por lo tanto, dos elementos necesarios: en primer lugar, el engaño mediante la simulación de una causa de protección. En segundo lugar, la muerte, lesión o captura del enemigo.

El Protocolo Adicional I añade a la definición un segundo punto, innecesario dada la definición del epígrafe 1, pero quizá conveniente a efectos de claridad. Tal y como se ha examinado, constituye perfidia el aprovechamiento de la buena fe del enemigo simulando una situación en la que éste está obligado a no atacar, pero no constituye perfidia cualquier aprovechamiento de la buena fe del enemigo sin más. Así lo precisa muy claramente el punto 2 del mismo artículo 37 del Protocolo Adicional I de 1977: "2. *No están prohibidas las estratagemas. Son estratagemas los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer*

imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de derecho internacional aplicable en los conflictos armados, ni son pÉrfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protecci3n prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas los actos siguientes: el camuflaje, las aÑagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas.". Ya la Convenci3n de La Haya de 1907 establecía en su artÍculo 24 que "Los ardides de guerra y el empleo de los medios necesarios para obtener informes sobre el enemigo y sobre el terreno son considerados como lÍcitos".

La perfidia, por lo tanto, tiene similitudes con la alevosía, sobre todo en lo que se refiere a su contenido (el aprovechamiento de la buena fe de la vÍctima). Sin embargo, su ámbito de aplicaci3n es mucho más reducido, pues sólo se produce cuando ese abuso de la buena fe se hace recurriendo a un motivo simulado de prohibici3n de combatir. Ejemplos clásicos de ataques que fuera del derecho penal humanitario serían sin duda calificados como alevosos, como la emboscada o el uso de disfraz, no están recogidos por la definici3n de perfidia (y por motivos de claridad están además específicamente permitidos por el Protocolo Adicional I), y por lo tanto no están prohibidos. Esta distinción entre engaños permitidos y engaños prohibidos ha sido criticada por la doctrina¹⁸⁰.

El Comité Internacional de la Cruz Roja ha sistematizado también distintos ejemplos, de nuevo sin intenci3n exhaustiva, de las actuaciones que serían constitutivas de perfidia¹⁸¹. Así:

- Simulaci3n de estar impedido por enfermedad o heridas, en tanto en cuanto está prohibido atacar a un enemigo en estas condiciones.

¹⁸⁰ OETER, S. *The handbook of international humanitarian law*, 3ª edici3n, Dieter Fleck, 2013, pg. 482.

¹⁸¹ https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule65

- Simulación de rendición, puesto que está prohibido atacar a un enemigo rendido.

- Simulación de un intento de negociación bajo bandera blanca, pues, aunque no es un enemigo rendido, existe la prohibición de atacar a este tipo de emisario.

- Simulación de un estatus protegido mediante el uso del emblema de la Cruz Roja o la Media Luna Roja, así como de personal de la Organización de Naciones Unidas en apoyo humanitario, o de cualquier otro símbolo que prohíba el ataque al enemigo.

- Simulación de la condición de civil, pues éstos deben ser respetados en cualquier conflicto armado.

- Uso de uniformes o emblemas de estados neutrales o que no forman parte del conflicto.

El fundamento de la perfidia ha de ser también discutido. En la medida en que no se prohíbe el aprovechamiento de la buena fe del enemigo en general, no puede decirse que tal fundamento de la institución sea evitar el empleo de métodos de combate en los que, mediante el engaño, se reduzca o elimine la capacidad defensiva del enemigo, pues éstos están específicamente permitidos en el apartado segundo del artículo 37. El fundamento parece más evitar el uso fraudulento de la normativa internacional en materia de prohibición de combatir, en tanto en cuanto el abuso de este tipo de engaños conduciría sin duda a la inobservancia de tales prohibiciones por parte de cualquier ejército.

Otras reglas de derecho penal internacional han de traerse también a este respecto. Así, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 establece como crimen de guerra, en su artículo 8.2.b.xi, "*matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo*". Según esta escueta regulación, que reproduce exactamente el artículo 23 de la Convención de La Haya de 1907, cabría entender que la definición de

la Corte Penal Internacional resulta mucho más amplia que la del Protocolo Adicional I, y que existirían por lo tanto dos niveles de prohibición: el crimen de guerra, que se consumaría con cualquier ataque traicionero, y la perfidia, que, como hemos examinado anteriormente, sólo se produciría cuando el contenido de esta traición es la simulación de una situación en la que se prohíbe el combate. Sin embargo, los ejemplos de crímenes de guerra enumerados en el epígrafe 8.2 se encabezan como "*Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:*". Parece, por lo tanto, que la interpretación de la circunstancia 8.2.b.xi ha de hacerse a la luz de la regulación internacional que ya exista, ya sea por vía de costumbre o de tratados, por lo que entendemos aquí que no existen los dos niveles de regulación mencionados anteriormente, sino que el Estatuto de la Corte Penal Internacional considera crimen de guerra los actos graves prohibidos por otras normas de derecho internacional. La mención a "traicioneramente", por lo tanto, se refiere precisamente a los casos de perfidia.

Esta regulación internacional ha sido también trasladada al código penal español. El artículo 610 castiga genéricamente a quien, "*con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquéllos concebidos para causar o de los que fundamentalmente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, u ordene no dar cuartel*". Podemos observar cómo este artículo castiga el empleo o la orden de empleo de distintos métodos o medios de combate, pero de forma alternativa. Así, cumplirán el tipo los que empleen u ordenen emplear medios de combate prohibidos, provoquen o no el resto de las consecuencias previstas en el artículo

(sufrimientos innecesarios, males superfluos, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, comprometa la salud o la supervivencia de la población o consista en no dar cuartel). El artículo 610 castiga pues el empleo de la perfidia, en tanto en cuanto es, como ya hemos comprobado, un método o medio de combate prohibido.

Más específicamente se regula la perfidia, si bien no de manera completa, en el artículo 612, y concretamente en los apartados 4, 5 y 6¹⁸². Sin embargo, los distintos epígrafes incluyen distintos requisitos, en particular en lo que se refiere al "*modo pérfido*". En lo que aquí nos interesa, se castiga específicamente en España:

- El uso indebido de signos protectores o distintivos, especialmente los de la Cruz Roja, sin que se haga referencia ninguna a "de modo pérfido" ni se requiera que ese uso indebido o pérfido consista en un ataque o se haga durante un ataque, aunque sí se hacía referencia a la perfidia hasta la reforma del código penal acometida por la Ley Orgánica 5/2010. Como indica GIL GIL, se transforma así este tipo a un delito de mera actividad, pues ya no se considera la finalidad pérfida (de acuerdo al sentido de este

¹⁸² "Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

(...)

4.º Use indebidamente los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y del Cristal Rojo.

5.º Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.

6.º Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición, atente contra la inviolabilidad o retenga indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto, o a miembro de la Comisión Internacional de Encuesta."

término ya examinado en la legislación internacional) de la acción (Apartado 4 del artículo 612)¹⁸³.

- El uso indebido "*o de modo pérfido*" de emblema, uniforme o signo distintivo de Estado neutral, de las Naciones Unidas o del Estado enemigo en el conflicto, siempre que este uso indebido o pérfido se lleve a cabo durante un ataque o para " *cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares*". (Apartado 5 del artículo 612).

- El uso indebido *o de modo pérfido de bandera de parlamento o de rendición*, sin que sea necesario que este uso indebido o pérfido consista en un ataque o se haga durante un ataque. (Apartado 6 del artículo 612).

El alcance de esta regulación, por lo tanto, es diverso. El apartado 4 del artículo 612 castiga uso de signos protectores o distintivos, pero en la actualidad no requiere que este uso cumpla los requisitos de la perfidia, esto es, la intención de que el acto de ocultamiento o simulación se haga para obtener una ventaja en un subsiguiente ataque al enemigo. El apartado 5 castiga el uso indebido o pérfido de emblema, uniforme o signo distintivo de Estado neutral, de las Naciones Unidas o del Estado enemigo en el conflicto, siempre que este uso indebido o pérfido se lleve a cabo durante un ataque, es decir, castiga la perfidia, pero no de manera general, sino sólo aquella en la que lo que se simula es la pertenencia a un Estado distinto al real. En cuanto al apartado 6, castiga el uso indebido o pérfido de símbolos de rendición, sin que sea necesario que esta simulación venga seguida de un ataque al enemigo, tal y como exige la definición internacional de la perfidia.

La perfidia se regula en España, pues, por dos vías: de manera general, en el artículo 610, y casos particulares de perfidia o de

¹⁸³ GIL GIL, A., *De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*, en *Comentarios al código penal* (Dir. Manuel Gómez Tomillo), 2ª edición, Lex Nova, 2011, pg. 2015.

comportamientos no completamente pérfidos, pues no incluyen todos los elementos de ésta, en el artículo 612. A la hora de examinar las consecuencias penales encontramos una importante diferencia: el artículo 612 establece una pena de prisión de 3 a 7 años para todas las conductas, mientras que el artículo 610 establece pena de prisión de 10 a 15 años, siendo común a ambos artículos que estas penas se establecerán "*sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos*". Parece que el legislador ha querido especificar determinados comportamientos pérfidos, pero no para agravar su pena, como es habitual en los casos en los que se quiere destacar o poner de manifiesto especialidades de un comportamiento general, sino para atenuarla. Así, por ejemplo, los casos de perfidia mediante uso de signo distintivo, bandera o rendición falsos u otras modalidades previstas en el artículo 612¹⁸⁴ son, en el código penal español, menos graves que la perfidia mediante la simulación de la condición de civil o de muerte o heridas, pues los primeros están específicamente regulados con una pena prevista de 3 a 7 años de prisión, mientras que los segundos caen bajo la regulación general del artículo 610 del código penal ("*(...) emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos*" (...)) y se castigarían con pena de prisión de 10 a 15 años.

¹⁸⁴ Nos referimos aquí a todos los casos comprendidos en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 612, no repitiendo cada una de las previsiones de manera exhaustiva.

V – El fundamento de agravación de la alevosía

Estudiaremos en este capítulo el fundamento de agravación de la alevosía. Esta categoría ha sido frecuentemente confundida y mezclada por doctrina y jurisprudencia con las dos cuestiones que trataremos en los capítulos siguientes, la naturaleza objetiva o subjetiva de la circunstancia y su naturaleza jurídica, por lo que consideramos necesario una breve explicación del criterio que vamos a seguir en este trabajo a la hora de su estudio diferenciado.

En lo que respecta al presente capítulo, el fundamento de agravación se refiere a los motivos de índole político-criminal que provocan la regulación de la circunstancia. No se refiere necesariamente a categorías jurídicas, puesto que su análisis es en realidad prejurídico: se trata de encontrar cuál es la causa por la que el legislador considera al comportamiento alevoso como más grave, debiendo introducirse esa “mayor gravedad” genérica posteriormente en el esquema de la teoría del delito que se maneje (y esto precisamente es lo que estudiará la naturaleza jurídica).

Como hemos dicho, el fundamento de agravación, la naturaleza objetiva o subjetiva y la naturaleza jurídica de la alevosía ha sido muy frecuentemente confundida por los distintos autores que vamos a analizar, por lo que creemos necesaria esta puntualización a efectos de que el lector no se deje arrastrar por esta equivocada (a nuestro entender) unificación de problemas diferentes.

V.1 – Las fases del fundamento de agravación de la alevosía

Hemos estudiado la evolución del concepto de alevosía desde una muy abstracta idea de delito genérico en el derecho medieval, en la que

"alevosía" equivalía a prácticamente cualquier acción contraria a la ley (e incluso acciones contrarias a las costumbres de la época sin estar necesariamente prohibidas) hasta su moderna condición de circunstancia accesoria a un delito principal, ya sea como agravante o como circunstancia cualificativa en el caso del asesinato. Del sentido actual de alevosía sólo puede hablarse, en propiedad, desde las Partidas, pues es cuando realmente puede analizarse la agravante como tal y no en un sentido genérico de delito, más abstracto aún, "acción reprobable".

Pero aún dentro de la evolución de la alevosía como circunstancia agravante cabe diferenciar diferentes épocas en las que ésta se concibe de maneras muy diferenciadas, y en las que por lo tanto el fundamento de agravación es también diferente. Estas diferentes fases de la alevosía no están radicalmente separadas, sino que en diferentes códigos se encuentran conjuntamente. No puede delimitarse, por lo tanto, un momento preciso en el que cambia la concepción de alevosía, sino que este cambio sucede de manera progresiva y diluida.

Plantearémos una aproximación esquemática de estas tres fases para, a continuación, exponer algunas teorías de autores concretos, dado que muchas de éstas tienen encajes complicados en una u otra fase.

V.1.1 – Primera fase: la alevosía como traición

En una primera fase se concibe la alevosía como traición, entendida ésta como el actuar de manera solapada, encubierta y ocultando el ánimo hostil al sujeto pasivo del delito. La alevosía es traición, y ésta a su vez deslealtad, esto es, la vulneración de la lealtad, vínculo que se establecen entre una persona y el rey (se habla entonces de traición) o entre demás

personas (se habla entonces de alevosía propiamente dicha)¹⁸⁵. En esta primera fase, por lo tanto, se recoge la alevosía como una vulneración del código de honor al que obligan las normas sociales, una suerte de normas extrajurídicas que obligan a comportamientos determinados con el prójimo. En esta fase se concibe una importante norma de venganza privada, el duelo, como práctica restitutiva del honor en caso de afrenta. Se superponen por lo tanto dos órdenes normativos que la figura de la alevosía intenta reconciliar: el homicidio vulnerando la ley, pero respetando las normas del honor será menos grave que el homicidio que vulnera la ley y además vulnera las normas del honor, esto es, el homicidio alevoso. La lealtad, por lo tanto, se concibe en esta época como un valor jurídico más, no sólo como un modo de actuar. Más adelante observaremos como códigos y autores hablan de la alevosía como forma de actuar "a traición y sobre seguro", pero ese aseguramiento del hecho no es igual a la deslealtad que se define en las Partidas.

En esta primera etapa la alevosía se fundamenta pues en la traición concebida como deslealtad, es decir, la vulneración de una correcta forma de obrar desde una perspectiva social consistente, en lo que se refiere a los delitos contra las personas, en cometer éstos de manera franca, abiertamente y sin esconder las verdaderas intenciones.

V.1.2 – Segunda fase: la alevosía como aseguramiento del hecho

Estudiamos en el capítulo referente a la codificación española que el código penal de 1848 definía la alevosía como el obrar "*a traición y sobre seguro*", siendo reformado sólo dos años más tarde para cambiar su definición al obrar "*a traición o sobre seguro*". Este es, a nuestro entender,

¹⁸⁵ Partida VII, Título II, Ley I: "*Et sobre todo dezimos que quando alguno de los yerros sobredichos es fecho contra el rey, o contra su señorío, o contra pro comunal de la tierra, es propiamente llamada traición: et quando es fecha contra otros homes es llamada aleve, segund fuero de España*"

un cambio fundamental en la concepción de la alevosía, que no se inicia en 1850 pero que culmina en ese año: el equiparamiento de los significados de "a traición" y "sobre seguro". Sigue empleándose la palabra "traición", pero en un sentido diferente al que utilizaban las Partidas: traición ya no es una vulneración de una norma social o de un correcto modo de actuar, sino que la traición es un concreto modo de obrar definido por su finalidad: hay traición cuando el sujeto pretende asegurar el hecho, y este aseguramiento es el que fundamenta la alevosía.

V.1.3 – Tercera fase: la alevosía como cobardía o falta de riesgo

El código penal de 1870 define la alevosía como el empleo de "*medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido*". Desaparece ya formalmente el concepto de traición, orbitando el fundamento de la alevosía sobre dos pilares: el primero, ya existente anteriormente, es el aseguramiento del hecho. Junto a este aparece un segundo fundamento que ha de darse acumulativamente y no alternativamente: la falta de riesgo para el autor, también nombrada cobardía. Si bien el código penal de 1928 vuelve a nombrar la traición, ya vimos cómo QUINTANO RIPOLLÉS consideraba que esta mención se produjo "*más por motivos de respeto a la tradición que por consideraciones científicas*"¹⁸⁶. No hay, por lo tanto, una vuelta a fases anteriores, sino un mero recurso estilístico.

V.2 – El fundamento de agravación de la alevosía en la doctrina

Para VIZMANOS y ÁLVAREZ las circunstancias agravantes pueden fundamentarse de la siguiente manera: "*la culpabilidad es mayor, y por*

¹⁸⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al código penal*, 2ª edición, Revista de Derecho Privado, 1966, pg. 205.

consiguiente la pena ha de serlo, en razón de la inmoralidad del agente, del mal causado por el delito, y de la facilidad de cometerlo o de eludir las sanciones de la justicia penal"¹⁸⁷. Hay una diferencia, sin embargo, entre esta exposición y la realizada al principio del capítulo, donde dicen que "*las circunstancias agravantes se fundan igualmente en esta presunción*"¹⁸⁸; *pero descansan además en otros tres principios: la mayor extensión del mal producido por el delito; la mayor facilidad de cometerlo, y la mayor posibilidad de ponerse a cubierto de la sanción penal con que lo castiga la ley*". Parece que al principio del capítulo existen cuatro fundamentos diferentes (mayor culpabilidad, mayor extensión del mal, mayor facilidad para la comisión o menos riesgo de sanción penal), mientras que en su conclusión las últimas tres son modalidades distintas de aumentos de culpabilidad, distintas formas en que ésta es mayor. En el estudio específico de la alevosía dicen que "*el hombre que, proponiéndose causar un mal, acecha la ocasión en que pueda sorprender a su víctima para acometerla traidoramente, por la espalda y sobre seguro, es por cierto mucho más culpable que el que sin tomar estas precauciones provoca la cólera y la defensa de la persona ofendida*". Parece, por lo tanto, que la alevosía se fundamenta aquí en la mayor culpabilidad del sujeto.

PACHECO, que asimila la alevosía española a la emboscada brasileña y al *guet-apens* francés, asimila alevosía a traición, si bien diferenciando dos sentidos de ésta: por una parte los delitos "*de traición*" y por otra los delitos "*cometidos a traición*", siendo los primeros los que afectan a la seguridad exterior del Estado (más adelante dice refiriéndose a éstos que "*es traidor el que ataca la independencia nacional*") y los segundos los cometidos de una determinada manera, es decir, los cubiertos

¹⁸⁷ VIZMANOS, T. y ÁLVAREZ, C., *Comentarios al nuevo código penal*, Tomo II, Madrid, 1848, pg. 131.

¹⁸⁸ Se refieren aquí a la presunción de mayor perversidad del autor, es decir, su mayor culpabilidad.

por la alevosía¹⁸⁹. Esta forma de traición, para PACHECO, se define, y también se fundamenta, por "*el crimen hecho sobre seguro, faltando a la lealtad que el caballerismo infundía en nuestras costumbres*". Para el autor, pues, la alevosía se fundamenta en la deslealtad, pero ésta no es sino una forma de llamar al aseguramiento del autor. Así, no es que aseguramiento y deslealtad se opongan, sino que precisamente el comportamiento desleal es aquel que consiste en asegurarse de los riesgos que el autor pudiera sufrir. Más adelante parece entender este autor que la alevosía tiene además otros fundamentos ("*la alevosía es una de las mayores vilezas que pueden rebajar a un delincuente, y también uno de los peligros que alarman más a la sociedad entera. El alevoso es semejante al reptil, que llega callado, arrastrándose, sin anunciar su ira, sin dar lugar para la defensa. Por lo mismo que le falta a él el peligro, por lo mismo es mas abyecto y mas odioso*"). Sin embargo, de nuevo, parece que la indefensión de la víctima no es sino el reverso del aseguramiento, y a su vez de la deslealtad. No es tanto que Pacheco entienda que la alevosía tiene tres fundamentos diferentes, como veremos más adelante, sino que los tres son en realidad el mismo.

VIADA entiende, no específicamente respecto de la alevosía, sino de toda circunstancia agravante, que "*son hijas de ese mayor grado de perversidad que puede manifestarse en la comisión de todo delito, proveniente ya de la causa impulsiva del mismo, ya del lugar y tiempo en que se comete, ya del medio o modo empleados en su ejecución, ora de las circunstancias personales del culpable o del ofendido, ora de las circunstancias de la cosa objeto del mismo*"¹⁹⁰.

¹⁸⁹ PACHECO J. F., *El código penal concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, 1856, pg. 218.

¹⁹⁰ VIADA, S., *Código penal reformado de 1870, con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876 concordado y comentado*, Tomo I, 4ª edición, Madrid, 1890, pg. 247.

Para GROIZARD la alevosía se fundamenta en la deslealtad del sujeto con la víctima, entendida ésta, como ya se ha expuesto anteriormente, como el código de relaciones sociales que ordenan la relación bilateral entre dos personas¹⁹¹. El autor emplea este fundamento como solución a un problema que exploraremos más detenidamente con el estudio de autores que lo estudian más detenidamente, pero lo apuntamos ya aquí: la alevosía requiere que el hecho se ejecute sin riesgo para el agresor, pero ¿se refiere esto a cualquier riesgo o sólo al que proceda de la defensa del ofendido? Para GROIZARD la segunda respuesta es la correcta, y esto es porque la alevosía no se fundamenta en la cobardía del autor, entendida ésta como su deseo de permanecer a salvo, sino en la vulneración del código de conducta que obliga al agresor y cuyo acreedor es únicamente la víctima, esto es, la lealtad. Para el autor "*el riesgo, pues, que pueda temer o realmente corra el culpable de caer en manos de la justicia, ni el de ser detenido y quizá ofendido por personas extrañas que pudieran acudir a la defensa del insidiosamente acometido, no deben ser obstáculo, por lo tanto, para apreciar la agravante*". El aseguramiento es, por lo tanto, irrelevante, en la medida en que, como especifica GROIZARD, "*la alevosía se determina por la falta de lealtad del culpable para con la víctima*".

ANTÓN ONECA, al explicar su categorización de las circunstancias agravantes en objetivas, subjetivas y mixtas, que estudiaremos más adelante, manifiesta que "*las objetivas tienen por fundamento: las más de ellas, la mayor facilidad para cometer el delito y la dificultad de defensa de la víctima; otras, la gravedad del resultado, ya por su extensión (publicidad), ya por la pluralidad de lesiones jurídicas (estragos, morada, lugar sagrado)*"¹⁹². Parece, por su omisión de la alevosía en las demás categorías, que se

¹⁹¹ GROIZARD, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 1902, pg. 437.

¹⁹² ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal*, 2ª edición, Akal, 1986, pgs. 384 y ss.

encontraría ésta en el primer grupo, cuyo fundamento es la mayor facilidad para cometer el delito y la dificultad de defensa de la víctima. Más adelante entiende igualmente el autor, refiriéndose a los fines de asegurar la ejecución y asegurar su persona contra la defensa del ofendido, que *"en estos fines estriban los fundamentos de la agravante: la mayor facilidad para realizar el delito y la menor posibilidad de defensa contra el mismo, acrecentándose con ello la alarma general al representarse todos el peligro de sucumbir en ocasión análoga sin que la previsión humana pueda hacer nada para impedirlo"*.

PUIG PEÑA entiende que la alevosía *"no puede darse con el absoluto objetivismo de la simple realidad de los hechos"*, sino que esta circunstancia ha de pasar *"por el tamiz de la culpabilidad"*¹⁹³. La agravación se produce por una mayor culpabilidad, y, en lo que nos interesa en este apartado, esta mayor culpabilidad se debe al revelar la alevosía la *"máxima perfidia"*, manifestada especialmente en los ataques a personas naturalmente indefensas (el autor pone como ejemplos al niño, al ciego, el durmiente o la persona mortalmente herida), y entiende que *"no es sólo la eliminación del riesgo lo que merece destacarse, sino la abyección que supone el dar muerte a esos seres indefensos"*. A continuación, entiende el autor que *"la conciencia de las gentes se subleva en condiciones de máxima indignación y la agravación de la pena se justifica en todos sus sentidos"*. En definitiva, PUIG PEÑA destaca la importancia del elemento subjetivo de la alevosía, esto es, el conocimiento y voluntad del empleo de medios que eliminen la defensa y aseguren al autor, que no sólo es necesario, aunque esta cuestión se estudiará en otros apartados, sino que es el auténtico fundamento de la agravante. El autor entiende, además, que mientras otras circunstancias agravantes (la astucia, el fraude o el disfraz) también *"dotan ciertamente al acto realizado de una significación"*

¹⁹³ PUIG PEÑA, F., *Alevosía*, en *Nueva enciclopedia jurídica*, Seix, 1950, pg. 559.

agravatoria", se diferencian de la alevosía en tanto en cuanto solo ésta revela "*una situación de absoluta abyección en el culpable*"¹⁹⁴.

Entiende QUINTANO RIPOLLÉS que el fundamento de agravación de la alevosía es una mayor culpabilidad, pero no una mayor culpabilidad "*en su contextura psicológica*", sino una mayor culpabilidad normativamente considerada, esto es, un juicio de reproche más alto de la acción objetivamente considerada¹⁹⁵. El fundamento de agravación es, por lo tanto, el "*superlativo reproche jurídico y social en vista de las consideraciones de gravedad que el hecho entraña*". El desarrollo de esta agravante corre paralelo, pues, al de los elementos ético-sociales de la culpabilidad. Para el autor¹⁹⁶ el fundamento de la alevosía no se encuentra en el aseguramiento del hecho, es decir, en el comportamiento del autor tendiente a evitar la defensa, sino en la propia indefensión de la víctima, provocada o aprovechada por el autor. Así, entiende que "*la explicación de esta agravante no puede ser otra que la de proveer a una más eficaz protección de las eventuales víctimas desvalidas, aunque el desvalimiento sea ocasional*". QUINTANO RIPOLLÉS admite también que la alevosía "*puede ser, pero no lo es siempre, indicio de máxima perversidad, determinante de una mayor peligrosidad social, justificativa también de agravación*". Sin embargo, en la medida en que, para este autor, la alevosía tiene únicamente un contenido objetivo y no subjetivo, este mayor grado de peligrosidad del sujeto es una circunstancia accidental, y no necesaria, en casos de alevosía, y no puede servir, por lo tanto, de fundamento.

Para CUELLO CALÓN la alevosía se fundamenta, citando a PACHECO, en que el reo es "*más abyecto y peligroso*", lo que deriva del

¹⁹⁴ PUIG PEÑA, F., *Derecho penal*, Tomo II, 5ª edición, Desco, pg. 149.

¹⁹⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de Derecho Penal*, Volumen 1, Revista de Derecho Privado, 1958, pgs. 330 y ss.

¹⁹⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al código penal*, 2ª edición, Revista de derecho privado, 1966, pgs. 203 y ss.

fondo de cobardía consistente en cometer el delito sin peligro o con peligro leve para el reo¹⁹⁷. Más adelante manifiesta este autor que el evitar el riesgo o peligro que proceda de la defensa del ofendido es expresión de "*una mayor perversidad y por consiguiente de una culpabilidad más grave*".

ALTÉS MARTÍ considera que el debate sobre el fundamento de la alevosía sólo se justifica si con él lo que se pretende es la averiguación de la exigencia del elemento subjetivo, cuestión sobre la que sólo entraremos a fondo en sucesivos capítulos¹⁹⁸. Entiende este autor que el fundamento de la alevosía se encuentra en razones de política criminal, si bien "*si no lo explica del todo, sí en ellas encuentra su completa justificación*".

Entiende TORÍO LÓPEZ que la *ratio legis* de la alevosía es "*su cualidad de medio insidioso, que elimina la defensa posible de la víctima*"¹⁹⁹. Añade, al discutir la objeción frecuentemente planteada a la propia existencia de alevosía que estudiaremos más adelante, que el hecho de que una acción dolosa y deliberada sea ordinariamente también alevosa, en la medida en que el autor tenderá habitualmente a evitar los riesgos para su persona, "*no logra, sin embargo, oscurecer que la alevosía presenta un peculiar desvalor de acción, o sea, que intensifica la probabilidad del resultado*". Apunta así TORÍO LÓPEZ, pues, que la alevosía "*ofrece una base material que legitima una valoración jurídica más grave*". Sin embargo, añade también un matiz: en la medida en que el ataque impulsivo revela en ocasiones una personalidad impulsiva de base, esto es, se debe a motivos que hacen inadecuada la calificación de asesinato, debe hacerse depender éste también de la personalidad y

¹⁹⁷ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal, revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ*, Tomo I, Volumen segundo, 17ª edición, Bosch, 1975, pgs. 576 y ss.

¹⁹⁸ ALTÉS MARTÍ, M. A., *La alevosía (estudio de determinados aspectos de la agravante del Nº 1 del Art. 10 del código penal)*, Universidad de Valencia, 1982, pg. 82.

¹⁹⁹ TORÍO LÓPEZ, A., *Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)*, en *Repercusiones de la Constitución en el derecho penal*, Universidad de Deusto, 1983, pgs. 111 y ss.

motivos del autor. Es decir, la alevosía se fundamenta en la indefensión de la víctima al aumentar la probabilidad del resultado, pero sólo la indefensión buscada o aprovechada *ex profeso* por el autor.

Para MARTÍN GONZÁLEZ ha de ponerse en relación el fundamento con la alevosía con los propios fines de la pena: así, para que la pena cumpla su finalidad retributiva, de compensar la gravedad del hecho producido, es necesario una circunstancia agravante como la alevosía, que permite incrementar la pena en casos en los que el delito es más grave²⁰⁰. Así sucede en los casos de alevosía, que *"implican una mayor cantidad de delito, revelan una mayor peligrosidad en el sujeto y generan una más amplia repulsa social, que ha de ser satisfecha en forma suficiente para conseguir el restablecimiento de una sensación de seguridad y para reafirmar la moral de la propia sociedad"*.

RODRÍGUEZ DEVESA clasifica a la alevosía dentro de las circunstancias agravantes que determinan una mayor antijuricidad, y, dentro de éstas, frente a las que producen un resultado más grave del que es normal en el delito, en aquellas referentes a la técnica de comisión del delito²⁰¹.

Para GRACIA MARTÍN la idea del aseguramiento de la ejecución evitando los riesgos de la defensa de la víctima es la idea que fundamenta la alevosía, y añade que *"del concepto legal de alevosía se deduce que es absolutamente imprescindible, para que pueda apreciarse, que la finalidad de asegurar la ejecución y la de evitar los riesgos que pueda proceder de una posible defensa de la víctima vayan unidas"*²⁰².

²⁰⁰ MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pg. 62.

²⁰¹ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, parte general*, 16ª edición, Madrid, 1993, pgs. 727 y ss.

²⁰² GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, 1993, pg. 107.

Para GARCÍA ARÁN, *"el ordenamiento jurídico puede desvalorar en mayor medida el injusto de los comportamientos que busquen la indefensión del bien jurídico protegido"*²⁰³. Parece encontrarse aquí el fundamento de agravación de la alevosía, y entiende además la autora que, *"la coherencia con los principios de un Derecho penal del hecho exige no fundamentar la pena en elementos pertenecientes a la valoración del carácter o la forma de ser del autor, por lo que no debe exigirse aquí que la utilización de medios alevosos revele, además, el carácter cobarde del autor"*.

Según DE VICENTE MARTÍNEZ, *"el núcleo del concepto de alevosía se halla, por tanto, en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo"*²⁰⁴.

Tras realizar un recorrido por los distintos fundamentos de agravación sostenidos en la doctrina, POLAINO-ORTS entiende que *"ninguno de los criterios anteriores es, desde mi perspectiva, decisivo, único ni determinante: más bien hay que hallarlo en la creación o incremento objetivo (esto es: no dependiente de la voluntad del autor) de un riesgo de muerte jurídicamente no permitido o en la no neutralización objetiva de una fuente normativa de peligro de muerte hallándose el sujeto activo en posición de garante"*²⁰⁵.

CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC consideran que la esencia de la alevosía se encuentra *"en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al*

²⁰³ GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Directores), *Comentarios al código penal, parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, 2004, pg. 23.

²⁰⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., DEMETRIO CRESPO, D. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, 2ª edición, Iustel, 2015, pg. 406.

²⁰⁵ POLAINO-ORTS, M., en *Lecciones de derecho penal, parte especial*, POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), Tomo I, 2ª edición, Tecnos, 2019, pg. 66.

*aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa y, correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el autor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados. Subjetivamente, el autor debe conocer los efectos que los medios, modos o formas en la ejecución, elegidos directamente o aprovechados, van a producir en la supresión de las posibilidades de defensa del agredido"*²⁰⁶. Tal fundamento es considerado insuficiente por estos autores, que más adelante entienden que la subsistencia de esta circunstancia como agravante no está justificada, en la medida en que el aseguramiento del hecho está ya comprendido en el dolo. Dicen así que *"resulta, por otra parte, y a nuestro entender criticable, la subsistencia de esta circunstancia para agravar la responsabilidad, no sólo por las razones ya apuntadas, sino también porque el sujeto que ha decidido realizar una conducta delictiva toma las medidas para hacerlo bien, asegurándose el resultado y evitando posibles respuestas. Considerar que esto debe agravar la pena es someter la regulación de los delitos contra la vida a una especie de reglamentación entre caballeros, por definición incompatible con las conductas que se pretenden regular."* Esta misma línea argumentativa es desarrollada por SÁNCHEZ MORA, que considera que *"la alevosía está basada en un fundamento que, hoy en día, es absurdo, por tanto carece de un real y sólido fundamento actualmente, por lo que debería desaparecer del código al suponer, como bien dice Carbonell, un verdadero y auténtico castigo al listo, ya que el que decide hacer una acción maligna debe asegurarse de hacerla bien, como es condición humana (las cosas, aun las malas, deben hacerse bien). Se castiga en base a mayores facilidades en la comisión y en la impunidad, lo que supone que quien decide cometer un delito, lo hace bien. Estos reproches moralizantes y bajo ninguna forma jurídicos no pueden ser la*

²⁰⁶ CARBONELL MATEU, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en *Derecho penal, parte especial*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2008, pgs. 70 y ss. Igualmente GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, pg. 151.

base de la agravación de una conducta, con lo que la alevosía debería desaparecer del código penal"²⁰⁷.

En la misma línea crítica con el fundamento de la alevosía se encuentra también MAPELLI CAFFARENA, que considera que "(...) cabe señalar que se estaría negando la lógica del comportamiento humano si exigiéramos al homicida, al que le hemos imputado dolosamente los hechos, que para evitar la condena por asesinato, mate de forma que pueda errar o que lo haga sin asegurarse de que la víctima se pueda defender. Es incongruente por irracional"²⁰⁸.

Sí consigue fundamentar la mayor gravedad del comportamiento alevoso ALONSO ÁLAMO, que diferencia, a primera vista, un doble fundamento en la alevosía. En primer lugar, ésta se caracteriza por "el empleo de medios, modos o formas con la finalidad o tendencia de asegurar la ejecución sin riesgo", pero apunta la autora que "la circunstancia no ha pasado a ser, sin más, aseguramiento de la ejecución del hecho y de la persona del ejecutor"²⁰⁹. La alevosía orbita, junto a este fundamento de carácter objetivo, a un particular ánimo del autor, esto es, "la insidia del medio, modo o forma". Durante el siglo XIX, tal idea de insidia fue asimilada a la traición, transición que no puede hacerse sin más matices a la actualidad, como desarrollaremos más adelante. Para la autora, el elemento subjetivo que informa la alevosía es la cobardía que, en sus propias palabras "ni puede considerarse fundamento exclusivo de la citada circunstancia hoy ni, por otra parte, tampoco cabe ver en ella un resurgir de

²⁰⁷ SÁNCHEZ MORA, F., *Fundamento y naturaleza de la alevosía: conversión de homicidio en asesinato*, Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXVIII, Universidad de Extremadura, 2010, pgs. 281 y ss.

²⁰⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Alevosía y poder. El fundamento preventivo general del asesinato alevoso*, en *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol. I, Reus, Madrid, 2020, pg. 762.

²⁰⁹ ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981, pgs. 468 y ss.

la idea de traición", si bien es cierto que *"la idea de traición, en sentido amplio, que apunta a la ejecución del delito clandestina e insidiosamente, no ha dejado de informar en ningún momento, tampoco hoy, la alevosía"*. La idea de que este supone un doble fundamento de la agravante está, en realidad, matizada: así, entiende ALONSO ÁLAMO que *"la cobardía del sujeto, en la actual redacción del código, se halla particularmente apuntada, a través de la exigencia de que los medios, modos o formas de ejecución tiendan a asegurarla, sin riesgo de la defensa posible de la víctima"*. Dice la autora igualmente más adelante que *"el fundamento de la alevosía reside, según señalábamos antes, en el aseguramiento del delito y de la persona del ejecutor mediante el empleo de medios, modos y formas de manera insidiosa y clandestina. A ello se puede añadir ahora, que se advierte en tal forma de ejecución la específica cobardía del autor"*. No es, por lo tanto, que la alevosía esté basada en dos elementos distintos, el aseguramiento y la cobardía, sino que el fundamento es el aseguramiento en tanto en cuanto revela la cobardía en el hecho. La alevosía no intenta recoger, por lo tanto, todos los casos en los que la víctima está indefensa, el resultado es seguro o el autor se encuentra a salvo, sino sólo aquellos en los que estas circunstancias han sido buscadas o aprovechadas por el autor.

Para ÁLVAREZ GARCÍA el fundamento de agravación de la alevosía *"se encuentra en la mayor debilidad del bien jurídico atacado en atención a los medios comisivos, lo que implica un mayor desvalor de la acción y justifica el incremento de la sanción"*²¹⁰.

V.3 – *El fundamento de agravación de la alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

²¹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Derecho penal español, parte especial*, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2011, pg. 85.

Como síntesis introductoria a la relación de sentencias que realizaremos después, no se puede decir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya mantenido una posición clara ni constante a lo largo del tiempo sobre el fundamento de agravación de la alevosía. Podemos diferenciar a grandes rasgos, sin embargo, tres etapas en esta cuestión: en una primera fase, la alevosía se fundamenta en la deslealtad o traición del sujeto, si bien se encuentran otros términos para hacer referencia a este mismo atributo ("vileza", "cobardía" o "perversidad"). En una segunda fase, si bien el Tribunal Supremo no dice claramente que éste sea el fundamento y no un elemento más, parece que la alevosía se fundamenta en la mayor repulsa social del hecho (así, muy claramente, como veremos más en detalle, la Sentencia de 3 de febrero de 1995, que dice que "*tal repulsa natural significa que esa forma de actuar plenamente justifica en el sentir social un mayor plus incriminatorio*"). Por fin, y sólo recientemente, aún sin dejar de mencionar la mayor repulsa social como elemento necesario de la circunstancia, comienza la alevosía a orbitar sobre el hecho de "*aniquilar las posibilidades de defensa*", elemento que el Tribunal Supremo no considera únicamente necesario, como sucedía en toda la jurisprudencia anterior, sino como el auténtico "*núcleo de la alevosía*".

Hay que advertir, además, que el Tribunal Supremo no intenta realizar (ni es su deber) un estudio integral sobre la alevosía, sino que se limita a comprobar si en cada caso concreto los elementos de ésta están o no presentes. No hay, por lo tanto, demasiadas menciones expresas a cuál de esos elementos es el fundamento social de la agravante de manera general, sino únicamente, la mayoría de las veces, una enumeración uniforme sin resaltar la especial importancia de ninguno de ellos, lo cual puede hacer el estudio y categorización de estas sentencias algo más complicado.

Hemos seleccionado las sentencias referidas por ser, a nuestro

juicio, las que más claramente muestran la evolución anteriormente mencionada y en las que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el fundamento de agravación de la alevosía de manera más clara.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1953 entendía que los hechos enjuiciados "*no revelan un propósito de matar desenvuelto en el ambiente cobarde y ruin de toda acción alevosa, demostrativos de una perversidad superior a la normalmente informadora del resultado que se obtuvo*". La alevosía parece estar así vinculada a los conceptos de cobardía, ruindad y perversidad, en línea con la primera postura doctrinal de la concepción de alevosía como deslealtad o traición.

En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1967, que entiende que "*la circunstancia de alevosía, referida a la acción, de condición objetiva y que agrava por la mayor culpabilidad, cobardía y perfidia que el agente manifiesta*".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1981 identifica tres grupos de elementos de la circunstancia, mencionando la "repulsa social", si bien no indica cuál de ellos puede considerarse auténtica fundamentación: "*1.º En cuanto a la dinámica de la conducta delictiva, que se aprecie un «modus operandi», del que se deduzca el aseguramiento del resultado criminal, sin riesgo para el ofensor o agente, eliminando la potencialidad defensiva que pudiera realizar el ofendido -requisito objetivo o material-. 2.º En cuanto a la psiquis del autor influyente en la culpabilidad, la revelación de un animo tendencial sobre el aseguramiento de la conducta que realiza para el resultado y sobre la indefensión de la víctima, que permite la captación de cierta vileza y cobardía en el obrar -requisito subjetivo o espiritual-. 3.º En cuanto a la valoración socio-cultural del hecho influyente en la antijuridicidad, una mayor repulsa que la que arroja en sí la conducta productiva del resultado, por parte del entorno social en que se*

lleva a efecto la acción, en atención a las circunstancias que especifican los caracteres de la agravación -requisito normativo o antijurídico-".

De igual manera pone de manifiesto esta estructura tripartita la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1981, que dice que *"Primero. Que en la conducta de los delitos contra las personas, se de el aseguramiento del resultado criminal, sin riesgo para el ofensor, eliminando la potencialidad defensiva que pudiera realizar el ofendido, mediante el empleo de medios, modos o formas en la ejecución. Segundo. La revelación o presencia de un ánimo tendencial del que se deriva cierta y determinada vileza y cobardía en el obrar, a través del cual la dogmática penal construye el elemento subjetivo del condicionamiento agravatorio. Tercero. Que el grupo social, en cuyo entorno e realiza la acción, sienta una mayor repulsa en la actividad ejecutada, como determinante de una mayor antijuridicidad material en el resultado lesivo".*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1993 entiende que *"en cualquiera de tales modalidades la agravante requiere no sólo de un elemento objetivo o dinámico por el que se utiliza una forma de ejecución especial, sino también del requisito subjetivo, teleológico o tendencial, en virtud del cual con aquella manera de llevar a cabo la acción se busca la mejor y mayor facilidad para el cumplimiento del designio criminal, junto a la imposibilidad de defensa por parte de la víctima. Son en suma dos aspectos de la circunstancia reveladores del especial "modus operandi" en un caso, de la culpabilidad en otro. Con ambos aspectos, con los dos requisitos o con los dos elementos constituyentes de la agravación, se capta una mayor repulsa social de la acción criminal".* Independientemente de los elementos de la circunstancia, parece ser la repulsa social lo que la alevosía intenta "captar".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1983

repite la estructura del triple elemento de la alevosía: "a) *Un "modus operandi" que lleva consigo el aseguramiento del resultado delictivo, sin riesgo para la persona que ejecuta la acción, eliminando la defensa que pudiera tener el ofendido;* b) *La captación de un ánimo tendencial, como elemento ideológico, consistente en que el dolo no solamente se proyecta sobre la conducta del agente, sino además sobre la indefensión de la víctima, y del que se deriva o se pone de relieve la vileza o cobardía en el obrar, tan reiteradamente expuesta en nuestra Jurisprudencia como elemento subjetivo de la misma;* y c) *Que se de una mayor antijuricidad de la que lleva en sí la infracción penal, captada a través de una mayor repulsa sobre la acción causante del resultado"*.

En la Sentencia de 27 de diciembre de 1988 se altera esta estructura trimembre y se introduce un cuarto elemento, la cobardía: "*Hay alevosía - según dice el art. 10 del código penal - cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución, que tiendan directa y especialmente a asegurarla sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido. Por su parte, la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la alevosía está determinada: a) en cuanto a la dinámica de la actividad, por el aseguramiento del resultado sin riesgo para el agente, con la consiguiente indefensión de la víctima; b) en cuanto a la culpabilidad, aparte de la concurrencia del dolo proyectado sobre la acción del agente, por un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo, lo cual denota vileza o cobardía en el obrar, y d) una especial repulsa social, superior a la que intrínsecamente implica el resultado"*.

La Sentencia de 3 de noviembre de 1993 establece una estructura de dos elementos, objetivo (la forma de ejecución que evita la defensa) y subjetivo (el ánimo del sujeto que busca la mayor facilidad para cometer el crimen), pero hace referencia también tanto a la "vileza y cobardía" como a

la mayor repulsa social de la acción: *"El plus de culpabilidad y la mayor antijuridicidad del acto, exponente también de la mayor vileza y cobardía, se proyecta en la traición (alevosía proditoria), en la situación de desvalimiento y en el ataque fulgurante , imprevisto y repentino. En cualquiera de tales modalidades la agravante requiere no sólo de un elemento objetivo o dinámico por el que se utiliza una forma de ejecución especial, sino también del requisito subjetivo, teleológico o tendencial, en virtud del cual con aquella manera de llevar a cabo la acción se busca la mejor y mayor facilidad para el cumplimiento del designio criminal, junto a la imposibilidad de defensa por parte de la víctima. Son en suma dos aspectos de la circunstancia reveladores del especial "modus operandi" en un caso, de la culpabilidad en otro. Con ambos aspectos, con los dos requisitos o con los dos elementos constituyentes de la agravación, se capta una mayor repulsa social de la acción criminal".*

La Sentencia de 3 de febrero de 1995 entiende que *"La alevosía hace referencia a la situación dentro de la cual se desenvuelven los hechos criminales. Esa situación, evidentemente especial como distinta de lo que es normal, implica una doble consideración, material y espiritual, física y psíquica , en tanto afecta a la forma y al modo con que el ataque se produce y, a la vez, a la intención del sujeto activo cuando el mismo se produce.*

Por eso se ha hablado (Sentencia de 22 de junio de 1993) del elemento instrumental si la conducta del agente se proyecta a través de unos actos que aseguren el resultado sin riesgo para su persona, junto al elemento subjetivo consistente en la intención, en el deseo y en el ánimo del agente para conseguir la muerte sin dar posibilidad de defensa a la víctima, con evidentes matices de vileza y cobardía. Finalmente, podría hablarse de un elemento social porque el acto alevoso ha de propiciar un incuestionable eco social que en todos los ámbitos se origina ante esa cobarde agresión, siendo así que tal repulsa natural significa que esa forma de actuar

plenamente justifica en el sentir social un mayor plus incriminatorio".

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 se incluye un importante matiz: sin restar ninguno de los elementos que la jurisprudencia venía exigiendo, se habla de que el "aniquilamiento" de las posibilidades de defensa no es un elemento más, si no "el núcleo" de la alevosía: *"En su desarrollo, el recurrente considera que el ataque súbito e inesperado es constitutivo de meritada circunstancia agravante cualificadora del delito de asesinato. Ahora bien, la alevosía según tiene declarado esta Sala, requiere para poder ser apreciada: a) en cuanto a la dinámica de su actividad: un aseguramiento del resultado sin riesgo para el agente, eliminando la defensa que pudiera existir por parte del ofendido con lo que se pone de relieve el cariz predominantemente objetivo, a través del aseguramiento de la ejecución y de la indefensión de la víctima; b) en cuanto a la culpabilidad: la presencia no solamente del dolo proyectado sobre la acción del agente, sino además un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo del delito, y mediante el cual, se pone de relieve cierta vileza o cobardía en el obrar; y c) que, a través del enjuiciamiento, se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado (v. SS. de 24 de mayo de 1982, 10 de mayo de 1984, 25 de febrero de 1987 y 24 de enero de 1992). En último término, según la jurisprudencia, el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se halla en aniquilar las posibilidades de defensa".*

La referencia a tales elementos se mantiene hasta hoy en día. Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011: *"La alevosía, según tiene declarado esta Sala, requiere para poder ser apreciada:*

a) en cuanto a la dinámica de su actividad: un aseguramiento del resultado sin riesgo para el agente, eliminando la defensa que pudiera existir por

parte del ofendido, con lo que se pone de relieve el cariz predominantemente objetivo, a través del aseguramiento de la ejecución y de la indefensión de la víctima;

b) en cuanto a la culpabilidad: la presencia no solamente del dolo proyectado sobre la acción del agente, sino además un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo del delito, y mediante el cual, se pone de relieve cierta vileza o cobardía en el obrar; y

c) que, a través del enjuiciamiento, se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado. En último término, según la jurisprudencia, el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se halla en aniquilar las posibilidades de defensa."

V.4 – Análisis crítico de las principales corrientes en la doctrina y la jurisprudencia

Antes de analizar críticamente las diferentes teorías sobre el fundamento de la alevosía, conviene hacer una reflexión inicial sobre a qué nos referimos cuando hablamos de "fundamento". En su definición cuarta el diccionario de la Real Academia Española lo define como "*raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza algo no material*". En el caso de la alevosía el fundamento es, por lo tanto, uno de sus elementos, aquel que aporte el mayor sentido específico y diferencial a la agravante. El fundamento de la agravante será pues aquello que la caracterice y le dé entidad propia. Entendemos pues que varios de los elementos de distintas agravantes pueden coincidir, pero no así el fundamento, pues éste es precisamente lo que permite diferenciar una agravante de otra²¹¹.

Esta consideración nos obliga, en primer lugar, a rechazar que el

²¹¹ Esto sin perjuicio de que determinadas agravantes puedan compartir un mismo fundamento, siempre que pertenezcan a una misma "familia" de agravantes en la que la diferencia entre las distintas circunstancias sean elementos accidentales o cuantitativos pero compartan sus elementos esenciales o nucleares.

fundamento de la alevosía sea el mayor rechazo o repulsa social del delito, tal y como ha venido manteniendo la jurisprudencia (recordemos que la más reciente jurisprudencia entiende que el "núcleo" de la alevosía es que *"se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado"*), o razonamientos han mantenido también autores como PUIG PEÑA, que, como hemos examinado anteriormente, mantenía que *"la conciencia de las gentes se subleva en condiciones de máxima indignación y la agravación de la pena se justifica en todos sus sentidos"*. Estos razonamientos tienen una estructura tautológica: el pretendido fundamento de la agravante es que la sociedad considera el comportamiento como más grave, pero eso no es el fundamento, dado que la mayor gravedad se encuentra implícita en la idea, e incluso en la propia palabra, de agravante. Y, si la mayor repulsa social pudiera ser fundamento, no lo sería específicamente de la alevosía, sino que, lo sería, en su caso, de todas las circunstancias agravantes: existe ese mayor desvalor social tanto en la alevosía, como en la reincidencia, como en el hecho de cometer el delito por motivos discriminatorios, como en cualquiera de las demás agravantes que establece el código penal. No se trata aquí de negar que la sociedad considera más negativo el delito cometido con alevosía que el delito cometido sin ella, pues esto parece ser así, se trata, sin embargo, de negar que esta mayor desvaloración social pueda ser el fundamento específico de esta circunstancia agravante. Tampoco se trata, en puridad, de negar que la repulsa social pueda ser un elemento necesario de la alevosía, aunque esto se estudiará más detenidamente en capítulos sucesivos, pero, en la medida en que esa repulsa social está presente en todas las agravantes, no puede destacarse como elemento nuclear y diferencial exclusivamente de la alevosía, y por lo tanto no puede ser su fundamento.

Debemos rechazar también las consideraciones de que la alevosía agrava por una "mayor cantidad de delito" o expresiones similares, e

igualmente por "una mayor antijuricidad". Este rechazo no se motiva en que tales teorías estén equivocadas, pero nos parecen insuficientes a la hora de justificar el fundamento de agravación. Que la alevosía agrave o no por aumentar la antijuricidad del delito es una cuestión independiente de su fundamento que, como hemos referido anteriormente, se refiere a las circunstancias de índole sociocultural que determinan la existencia de la agravante. La discusión sobre, una vez aceptada la agravante, a qué aspecto de la teoría del delito afecta, esto es, su naturaleza jurídica, que sin duda merece atención, no debe ser confundida con la cuestión que aquí se trata.

En la doctrina más moderna ha desaparecido ya toda referencia a la mayor peligrosidad del sujeto como fundamento de la agravante, en la línea de la actual y acertada concepción del derecho penal como un derecho del hecho, no de la intención ni de la personalidad. Aun suponiendo que cometer un delito con alevosía implicara necesariamente que el sujeto es más peligroso para la sociedad, cuestión que es en sí misma discutible, tampoco la comprobación de que así fuera sería fundamento suficiente para la alevosía. Como ya hemos dicho, el derecho penal no debe tener en consideración las circunstancias personales del sujeto más que aquellas que se manifiesten en la acción.

V.4.1 – La alevosía como deslealtad

El uso de los términos "lealtad" y "deslealtad" ha sido, como hemos venido observando, confuso en la doctrina. Se ha empleado "lealtad" como un valor jurídico absoluto, que hoy definiríamos como un bien jurídico adicional que se daña en los casos de delito alevoso, y también se ha empleado "deslealtad" como una forma de actuar, consistente en el obrar "a traición y sobre seguro". A su vez, ese uso de "a traición" se suele referir al aseguramiento del resultado.

En aras de la sencillez y del orden, prescindiremos en este epígrafe del análisis de las teorías que emplean los términos "deslealtad" para referirse al aseguramiento del hecho o del autor, puesto que esta postura será estudiada autónomamente a continuación. Por lo que ahora nos interesa, podemos diferenciar el hablar de "deslealtad" refiriéndose a un modo de actuar de hablar de "deslealtad" refiriéndose a la vulneración de la lealtad, entendida ésta como un código de comportamiento autónomo. Es a esta segunda concepción a la que aquí nos referiremos.

Lo cierto es que, desde el siglo XIX, la mención a este fundamento ha sido principalmente para negarlo. Como ya hemos referido anteriormente, los autores hacen referencia a unas normas caballerescas (recordemos que Pacheco definía la alevosía como "*el crimen hecho sobre seguro, faltando a la lealtad que el caballerismo infundía en nuestras costumbres*") o de honor medieval que se consideran superadas en la sociedad y que por lo tanto no deben tener repercusión en el ámbito penal. Así, hemos examinado cómo CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC entienden que "*Considerar que esto debe agravar la pena es someter la regulación de los delitos contra la vida a una especie de reglamentación entre caballeros, por definición incompatible con las conductas que se pretenden regular*".

Compartimos tal posición sobre el fundamento de la alevosía, aunque quizá con ciertos matices. La lealtad no ha desaparecido de la sociedad, sino que se ha universalizado y diluido. Como bien apunta DE PABLO SERRANO, la lealtad en la que se basa la alevosía es la propia de una sociedad estamental, caballerisca, en la que honra y lealtad se consideran como bienes jurídicos autónomos sólo porque son exclusivos

de un reducido grupo de personas²¹². Así entiende este autor que "el concepto que se pierde en el olvido es el honor estamental, estratificado y jerárquico. Nuevas consideraciones nacidas de la Ilustración y del Enciclopedismo confluirán en la noción de dignidad". Desde un punto de vista no técnico y quizá un tanto exagerado abre CAMUS su obra "L'Homme Révolté" de la siguiente manera: "existen crímenes de pasión y crímenes de lógica. La frontera que los separa es incierta. El código penal los distingue, bastante cómodamente, por la premeditación. Estamos en el tiempo de la premeditación y el crimen perfecto. Nuestros criminales ya no son esos niños desarmados que invocaban como excusa el amor. Son adultos, al contrario, y su coartada es irrefutable: es la filosofía que puede servir a todo, incluso a convertir al asesino en juez"²¹³. Lo cierto es que la lealtad se ha universalizado, y por lo tanto lo ha hecho también la deslealtad, en el sentido en el que está presente en todos los delitos, y por lo tanto no puede ser fundamento de una agravante. No creemos, como CAMUS, que los delincuentes se motiven hoy de forma diferente, pero el mismo acto y por el mismo motivo tiene hoy un significado diferente. En otras épocas atentaba contra unos determinados bienes jurídicos. Desde el siglo XIX atenta contra esos mismos bienes jurídicos y además contra la lealtad.

Esta diferencia no es una pura cuestión literaria, sino que tiene una importante consecuencia práctica. La "lealtad de la dignidad" es diferente a la "lealtad caballeresca", diferencia que se deriva del hecho de su universalidad: en una relación entre caballeros, la lealtad era una exigencia

²¹² DE PABLO SERRANO, A, *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, 2018, pg. 116.

²¹³ En francés en el original: "*Il y a des crimes de passion et des crimes de logique. La frontière qui les sépare est incertaine. Mais le Code pénal les distingue, assez commodément, par la préméditation. Nous sommes au temps de la préméditation et du crime parfait. Nos criminels ne sont plus ces enfants désarmés qui invoquaient excuse amour. Ils sont adultes, au contraire, et leur alibi est irréfutable : c'est la philosophie qui peut servir à tout, même à changer les meurtriers en juges*".

bilateral: un sujeto podía exigir ser tratado lealmente por otro, pero quizá no por un tercero, mientras que la dignidad se despliega frente a todos y por lo tanto por todos he de ser tratado lealmente. El concepto de la alevosía, que se construyó sobre la base de la lealtad estamental, mantiene un importante elemento que sólo se explica por esa concepción antigua: dice el código que "*hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*". La relación relevante para el código es únicamente la que se establece entre autor y víctima, no entre posibles terceros que puedan defender a ésta. Sin perjuicio de que más adelante, tratando la indefensión de la víctima, se retome esta idea, apuntamos ya que el superado concepto de la lealtad caballeresca, bilateral, en el que las obligaciones de trato se despliegan uno a uno y no *erga omnes*, aún mantiene sus efectos en la alevosía: en la circunstancia de *lege lata* es irrelevante que la víctima esté o no en una situación de indefensión, sólo se tiene en cuenta que la víctima pueda o no defenderse. La defensa se considera, así, como una opción que el autor tiene que dejar disponible a la víctima, pero es irrelevante que evite o no la defensa de la víctima que pueda efectuar un tercero. Es, por lo tanto, una manifestación de la deslealtad bilateral.

Este razonamiento puede llevar a distintas (aunque compatibles) consecuencias: la primera, admitir que la antigua deslealtad es aún hoy fundamento de la alevosía, o al menos, un elemento vertebrador de ella. La segunda, como exploraremos más adelante, que el concepto de alevosía ha de modificarse para superar este elemento, considerando la situación objetiva y universal de posibilidad de defensa de la víctima, y no sólo la que provenga de sus propias acciones.

V.4.2 – La alevosía como aseguramiento del hecho

La indefensión de la víctima como fundamento de la alevosía es la postura más extendida en la actualidad en la doctrina jurídico-penal española. Sin embargo, resulta importante realizar una distinción entre dos concepciones distintas de "indefensión". En primer lugar, siguiendo lo sostenido por la mayoría de los autores, se entiende la indefensión como mayor facilidad para cometer el delito, esto es, la defensa de la víctima tiene un valor instrumental para la defensa del bien jurídico que el delito protege y no es un valor en sí misma. De contrario cabría plantearse si la defensa, en sí misma, ha de ser un valor jurídicamente considerado con independencia del daño que el delito produzca. Tal distinción no es banal, pues las consecuencias sobre los elementos de la alevosía serán diferentes según consideremos la defensa como un valor propio o como un valor instrumental, como veremos más adelante.

Si se considera que la defensa es un valor en sí mismo, privar al sujeto de ella puede fundamentar la agravante con independencia de que la comisión del delito sea o no más fácil para el autor. Evidentemente, que la víctima no pueda defenderse siempre hace la comisión del delito más fácil que una situación idéntica en la que la víctima sí pudiera defenderse, pero esa mayor facilidad no determina automáticamente la alevosía, salvo que se considere que la incapacidad de la víctima de defenderse determina la alevosía por sí misma, sin importar cuál sea el estado de indefensión de la víctima. En cambio, si se considera que la defensa tiene únicamente un valor instrumental, y que evitar la defensa de la víctima fundamenta la alevosía únicamente en tanto en cuanto se facilite la comisión del delito, tal indefensión no fundamenta en sí misma la alevosía, pues puede existir incapacidad de la víctima de defenderse sin indefensión.

Se entenderá mejor este planteamiento con un ejemplo:

supongamos que el autor planea entrar de noche y subrepticamente en el domicilio de la víctima con intención de darle muerte, esperando encontrársela dormida. Sin embargo, en el rellano, es sorprendida por un vecino que casualmente bajaba las escaleras y que, alertado por el comportamiento sospechoso del autor forzando la cerradura, interviene atacándole para evitar que consiga entrar en la vivienda de la víctima. El autor, tras una pelea con este vecino, consigue incapacitarlo y continuar con su plan de entrar sigilosamente en el domicilio de la víctima y darle muerte, que ha permanecido en un profundo sueño durante toda la escena. En este ejemplo la víctima puede defenderse, pero no está indefensa, pues ha sido defendida por un tercero.

Este ejemplo pone de manifiesto una cuestión determinante para el fundamento de agravación de la alevosía, y que volveremos a explorar más en detalle con el examen de sus elementos: la indefensión de la víctima puede entenderse de dos maneras. Una, que la víctima está en un estado de indefensión absoluto, esto es, que no puede ser defendida, ni ella misma ni por un tercero. Y otra, que la defensa "de la víctima" se refiere exclusivamente a la defensa que proviene de la víctima, única relevante a efectos de considerar la alevosía, y que, por lo tanto, la incapacidad de la víctima de defenderse determina la comisión alevosa a pesar de que pueda no estar indefensa en términos absolutos. El código penal parece decantarse por esta segunda opción, ya que habla del aseguramiento "*sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*"²¹⁴.

²¹⁴ Esta interpretación gramatical del sintagma "por parte del ofendido" no es, sin embargo, indiscutible. A nuestro juicio la "defensa que pudiera proceder por parte del ofendido" se refiere a aquella que la propia víctima ejerce, ya sea por su propia mano o por actuaciones defensivas que no realiza ella misma pero que ella misma ha predeterminado. Por ejemplo, la intervención de un guardaespaldas contratado por la víctima es también defensa que proviene "por parte del ofendido", al mantener ésta el control del medio defensivo, que no solamente conoce, sino que preordena. Pero, como hemos dicho, esta interpretación de la redacción del 22.1 no nos parece gramaticalmente incontrovertida: puede entenderse también que la defensa "por parte del ofendido" es toda aquella que se proyecte sobre el

Retomamos el planteamiento inicial sobre las dos maneras de concebir la defensa, y lo hacemos para criticar la redacción de la agravante: en nuestra opinión, la defensa no tiene un valor independiente, o, por lo menos, no un valor tan grande que justifique y fundamente la alevosía. Si la indefensión justifica la alevosía es únicamente por la mayor facilidad de comisión del delito, independientemente de que esa mayor facilidad radique en la incapacidad de la víctima de defenderse por sí misma o no. No debería ser de aplicación la alevosía, por lo tanto, en los casos en los que la víctima no pueda defenderse por sí misma pero sí ser defendida por otros, pues son casos en los que la comisión del delito no está garantizada, y, de hecho, puede ser muy complicada, como sucede en nuestro ejemplo anterior del sujeto dormido defendido por el vecino. Este grupo de casos en los que el sujeto no puede defenderse, pero, por la defensa de otros, no está indefenso, determinan, de *lege lata*, la existencia de alevosía, pues la redacción actual de la circunstancia sólo tiene en cuenta la defensa que provenga de la víctima, dado que se concibe la defensa como una derivación de la lealtad caballeresca de la que hablábamos en su apartado correspondiente.

No es, sin embargo, la concepción que mantenemos aquí. La alevosía se determina por la mayor facilidad de comisión del delito, esto es,

ofendido, sea cual sea su origen e independientemente del control que ejerza el ofendido sobre el medio defensivo. Aunque en este trabajo manejaremos la primera interpretación de las dos expuestas en esta nota al pie, por parecernos más coherente con el sentido gramatical de las palabras y con la evolución histórica de la alevosía, queremos dejar de manifiesto que no es la única interpretación posible. De hecho, como examinaremos en el apartado correspondiente a la relación entre la alevosía y la nueva circunstancia del homicidio y el asesinato del artículo 140.1.1^ª del código penal operado por la reforma de la L.O. 1/2015, recientes sentencias del Tribunal Supremo toman en consideración la defensa que los padres realizan de sus hijos de muy corta edad, entendiendo que el ataque sobre los niños que sorprende a los padres es alevoso. No nos parece, sin embargo, y como desarrollaremos en apartados sucesivos, que esta interpretación del Tribunal Supremo responda realmente a un criterio interpretativo gramatical, sino a un ejercicio voluntarista de hacer compatibles la alevosía y la nueva circunstancia del artículo 140.1.^ª en los casos en los que la víctima es de muy corta edad, compatibilidad que nos parece acertada de *lege ferenda* pero no de *lege lata*.

por un mayor desvalor de acción consistente en el aumento del peligro creado o aprovechado conscientemente por el autor. En muchas ocasiones tal aseguramiento del hecho, que es además aseguramiento del autor, viene determinado por la reducción o eliminación de las capacidades defensivas de la víctima, pero puede consistir también en otros factores, como la reducción o eliminación de la defensa proveniente de terceros. Adelantamos pues una conclusión que se examinará con más detenimiento en sucesivos capítulos: la circunstancia 22.1 del código penal de 1995 debe modificarse, desprendiéndose definitivamente de los elementos derivados de una concepción anticuada de la lealtad y la defensa, pues ésta, como ya se ha dicho, es una manifestación de aquella. Deben tenerse en cuenta únicamente las circunstancias de facilidad de comisión del delito y la influencia que el autor ha tenido en ellas, independientemente de cuál sea el origen de los obstáculos a tal comisión.

V.4.3 – La alevosía como aseguramiento del autor (cobardía)

Podemos definir la cobardía en la alevosía como la evitación consciente e intencionada por parte del autor de los riesgos intrínsecos a su acción. La cobardía se ha concebido como elemento subjetivo de la alevosía y, si bien es distinto de la indefensión de la víctima, existe una cierta relación entre ambos, pues aquella es el reverso de ésta: el autor provoca la indefensión de la víctima para asegurarse porque actúa de manera cobarde. No hay, por lo tanto, una absoluta separación entre indefensión, aseguramiento y cobardía, sino que estas tres circunstancias se entremezclan.

El actuar con ánimo cobarde²¹⁵, por lo tanto, se ve sometido a la misma cuestión que ya exploramos tratando la indefensión: no se puede

²¹⁵ Y es que sólo esto podría ser considerado como fundamento de la alevosía en un derecho penal del hecho.

fundamentar la alevosía en la cobardía, con carácter general, ya que la alevosía sólo requiere que el sujeto se asegure de los riesgos que provengan de la defensa de la víctima, no de todos los riesgos, por lo que, en puridad, el sujeto puede actuar alevosamente sin tener un comportamiento cobarde. Retomemos el ejemplo que empleamos en el epígrafe anterior: el autor intenta entrar en el dormitorio de la víctima para encontrarla dormida, pero es defendida por un vecino, al que consigue superar, dando finalmente muerte a la víctima. Como ya hemos adelantado, tales hechos serían calificados como asesinato con alevosía, pues la víctima no podía defenderse y el autor estaba por lo tanto asegurado de los riesgos que pudieran provenir de esta defensa, pero el hecho de que el autor se enfrente violentamente al defensor de la víctima hace complicado definirlo como cobarde, especialmente si el autor supiese desde el momento de planear inicialmente su acción que iba a tener que enfrentarse frente a frente a un vecino para conseguir entrar en el domicilio de la víctima y sorprenderla dormida²¹⁶.

De nuevo se observa aquí el remanente de lealtad que mantiene la alevosía. El fundamento original, la deslealtad del autor con la víctima, la quiebra de la relación bilateral que le obliga, el "honor caballeresco" que busca poner a salvo el derecho de la víctima a defenderse por sí misma, impregna la redacción actual de la alevosía e impide, de *lege lata*, otros fundamentos. Indudablemente, en muchos casos quien actúa de manera alevosa lo hará de forma cobarde, pues no existirán más riesgos para su persona que los que provengan de la defensa del ofendido, que ha

²¹⁶ El mismo ejemplo, pero sustituyendo al vecino por un portero de la vivienda o un guardaespaldas apostado a la puerta del domicilio, si bien sería más habitual y más sencillo de imaginar, no sería igual en términos jurídicos según la concepción que mantenemos de la alevosía: el guardaespaldas y el portero (éste en menor medida) sí son medios defensivos que provienen "por parte del ofendido", en tanto en cuanto la víctima conoce su presencia y confía en su actuación defensiva frente a un ataque. Lo determinante del vecino del ejemplo es que la víctima no sabe que va a defenderlo ni ha preordenado la actuación del vecino para su defensa.

eliminado, pero que la cobardía sea frecuente o habitual en la alevosía no permite considerarla su fundamento, todo lo contrario, esta reflexión obliga a descartarla, pues el fundamento, como ya dijimos anteriormente, es aquella circunstancia que está presente en todos los casos, que define y especifica la alevosía. Para que la cobardía fuera fundamento de la alevosía, debería estar presente en todos los casos de manera necesaria, pero no sucede así.

V.5 – Conclusiones

En materia de fundamentación social de la alevosía nos encontramos con un *impasse* provocado por la, en nuestra opinión, desfasada redacción de la circunstancia 22.1 del código penal. A pesar de que en la doctrina se ha querido descartar, de manera acertada, la deslealtad como fundamento de la alevosía, y de que términos que hacían referencia a ella, como el propio "deslealtad", pero también "a traición", se mantiene un cierto "victimocentrismo" en la alevosía, pues sólo la defensa que provenga por parte del ofendido es relevante, lo que determina de manera decisiva los elementos de indefensión, aseguramiento y cobardía. Puede decirse, por lo tanto, que el fundamento actual de la alevosía es la deslealtad del sujeto con la víctima, a quien impide el comportamiento al que ésta tiene derecho.

Este fundamento nos parece absolutamente insuficiente, como ya hemos adelantado. La lealtad no es en nuestros días un valor de entidad suficiente como para justificar una agravante en su vulneración, o, mejor dicho, en su concepto moderno, la deslealtad está implícita en cualquier delito contra las personas y no es más desleal matar a un sujeto indefenso que matar a alguien que puede defenderse. La dualidad entre homicidio leal y homicidio desleal, y de alevosía como elemento diferenciador entre ambos, surgió para dar respuesta a una realidad social que ya no existe:

no existen homicidios (ni, en general, delitos) honorables, como aquel que se lleva a cabo en un duelo. El hecho de dar a la víctima la posibilidad de defenderse no hace el delito menos reprobable.

Esto no significa, sin embargo, que la alevosía no pueda encontrar ningún fundamento. Determinados autores que hemos examinado, como CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, critican la alevosía por estar implícita en el propio delito, y que, por lo tanto, debería desaparecer, al no haber justificación para agravar la pena de quien intenta asegurarse el resultado, ya que es un comportamiento normal en cualquier actuación dolosa. No podemos compartir este razonamiento, ya que el aumento del riesgo *ex ante* es fundamento suficiente para justificar la alevosía como un modo de ejecución particular. Tampoco podemos admitir el razonamiento de que cualquier sujeto intenta asegurar el resultado de su acción, que la alevosía es una especie de "castigo al listo" y que, en cierto sentido, no debe castigarse lo que la naturaleza premia. No es ésta la esencia del derecho penal, cuya función es, precisamente, castigar comportamientos que pueden ser naturalmente beneficiosos para el autor, pero que se consideran socialmente desvalorados y dañinos, por lo que se debe desincentivar a quien pudiera recurrir a ellos. "Castigar al listo", cuando esa inteligencia se emplea para un fin prohibido, parece perfectamente razonable.

La alevosía debe pues encontrar un nuevo fundamento, y para ello la redacción de la circunstancia debe modificarse. Compartimos la idea extendida en la doctrina de que la alevosía se fundamenta en la indefensión de la víctima, pero esta indefensión ha de ser considerada de manera global: lo relevante es las posibilidades de evitar el resultado que el autor ha mantenido en el momento del hecho, posibilidades que pueden ser llevadas a cabo por la víctima o por terceros, indiferentemente. Buscamos, en definitiva, "desvictimizar" la alevosía, entendiendo que la circunstancia

se fundamenta y debe recoger la diferencia que existe entre una situación de especial alto riesgo para la víctima, provocada o aprovechada conscientemente por el autor, de una situación de riesgo medio o normal, pero sin que el único factor relevante para este riesgo sea el comportamiento defensivo de la víctima.

La alevosía se fundamenta, por lo tanto, en la indefensión de la víctima, pero como manifestación de un mayor desvalor de acción consistente en el aumento del riesgo, no como violación de un inexistente derecho a la defensa, manifestación a su vez de una "lealtad caballeresca" hoy inexistente. Creemos necesario también el elemento de aseguramiento sin riesgo para el autor, que subjetivamente se traduce en un comportamiento cobarde, pero, de nuevo, este aseguramiento debe desplegarse frente a todos los riesgos que el hecho tenga para el autor, no únicamente de aquellos que provengan de parte de la víctima. Indudablemente, el comportamiento de la víctima será relevante, en la medida en que si puede defenderse no habrá alevosía. Pero la circunstancia responde mal a los casos en los que, no pudiendo defenderse la víctima por sí misma, no hay indefensión, aseguramiento ni cobardía, porque es defendida por otros (circunstancia que hace que el autor no esté a salvo de riesgos ni por lo tanto se comporte de manera cobarde), casos que la redacción actual de la circunstancia obliga a considerar como alevosos sin que a nuestro entender deban serlo.

Proponemos, por lo tanto, una primera redacción alternativa del artículo 22.1 del código penal, modificando la rúbrica final de "por parte del ofendido": "*hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido*". La diferencia entre "defensa del ofendido" y "defensa por parte del ofendido", como

hemos examinado, no es banal: distingue entre una circunstancia fragmentaria, que agrava casos que no son más graves, y fundamentada en elementos inexistentes en la sociedad desde hace ya más de dos siglos, de una circunstancia propia del derecho penal moderno, que intenta diferenciar dos situaciones objetiva y subjetivamente diferenciadas. Si se quiere evitar la confusión que la expresión "defensa del ofendido" puede aportar, pues puede referirse tanto a la defensa por parte del ofendido como a la defensa que se hace del ofendido (independientemente de su origen), podría ampliarse de la siguiente manera: *"hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido, propia o por parte de terceros"*.

VI – La naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía

Tradicionalmente, en la doctrina, los conceptos de naturaleza jurídica y naturaleza objetivo-subjetiva se han hecho dependientes el uno del otro, siguiendo una concepción del delito en la que todo lo objetivo pertenecía a la antijuricidad y todo lo subjetivo pertenecía a la culpabilidad. Según este criterio, naturaleza jurídica y naturaleza objetivo-subjetiva son similares: si una circunstancia aumenta el desvalor de injusto será objetiva, y si aumenta el grado de culpabilidad será subjetiva.

Este criterio no se mantiene ya de forma mayoritaria en la actualidad. En la medida en que se desvanece la identidad de lo objetivo con la antijuricidad y de lo subjetivo con la culpabilidad, la relación entre naturaleza jurídica y naturaleza objetivo-subjetiva pierde también fuerza. La discusión sobre la naturaleza jurídica de la alevosía y la discusión sobre su naturaleza objetiva, subjetiva o mixta son hoy, pues, independientes²¹⁷. Sin perjuicio de que más adelante estudiemos más detenidamente la postura de este autor, resume así la situación DÍEZ RIPOLLÉS: *"si nos centramos ahora en la búsqueda de una justificación a cada una de las tres posibles vinculaciones que se dan entre las tres parejas de conceptos, y nos detenemos en primer lugar, en la vinculación más extendida, la consistente en conectar naturaleza subjetiva de las circunstancias con referencia de ellas a la culpabilidad, y naturaleza objetiva de ellas y referencia a lo injusto, veremos que dada la moderna teoría de lo injusto es difícilmente sostenible tal postura"*²¹⁸.

²¹⁷ PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, 1995, pgs. 42 y ss. Igualmente GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, pg. 154 y pgs. 166 y ss.

²¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del código penal español*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1977, pg. 642, entiende que *"las tres parejas de conceptos"* son los binomios naturaleza objetiva – naturaleza

Esto no debe hacernos perder la perspectiva histórica, en la que de manera mayoritaria se mantiene la confusión entre naturaleza jurídica, fundamento de agravación y naturaleza objetiva o subjetiva. Encontraremos pues, en el estudio histórico de la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía, desde finales del siglo XIX, constantes referencias a conceptos propios de la teoría del delito (antijuricidad y culpabilidad), así como al fundamento político-criminal de la circunstancia.

A pesar de esta tendencia de la doctrina histórica, tampoco puede decirse que unánimemente la doctrina haya adoptado de manera clara y precisa una plena identificación entre injusto y naturaleza objetiva y culpabilidad y naturaleza subjetiva, sino que, como entiende GONZÁLEZ CUSSAC, *"si bien no se puede decir que existan tantas clasificaciones como autores se han ocupado del tema, ello no impide asegurar que la materia ha sido un verdadero semillero de distinciones, agrupaciones y, en general, toda suerte de intentos clasificatorios"*²¹⁹.

En materia de naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía es pues necesario y con carácter previo realizar una consideración sobre cuáles son los criterios de determinación de esta naturaleza, siendo insuficiente para ello la constatación de que la alevosía aumenta el desvalor de injusto o el grado de culpabilidad. La doctrina mayoritaria actual entiende que la determinación de la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía debe hacerse a través del examen de sus elementos. Así, la alevosía será de naturaleza objetiva si sus elementos son objetivos, de naturaleza subjetiva si sus elementos son subjetivos, y de naturaleza mixta si está compuesta tanto de elementos objetivos como de elementos subjetivos. La discusión,

subjetiva, injusto – culpabilidad y personal – impersonal a efectos del artículo 60 del código penal (hoy artículo 65).

²¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Universidad de Valencia*, 1988, pg. 103.

sin embargo, ha de llevarse un paso más adelante, pues no existe en la doctrina ninguna postura relevante que niegue la existencia tanto de elementos objetivos como de elementos subjetivos en la alevosía; la práctica totalidad de los autores reconocen la existencia de elementos de ambos tipos. La determinación de la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía no se hace pues constatando la simple existencia o inexistencia de elementos objetivos y subjetivos, sino ponderando la distinta importancia de éstos: defienden que la alevosía tiene naturaleza objetiva los autores que entienden que, de sus elementos objetivos y subjetivos, los primeros tienen más importancia o constituyen el auténtico núcleo de la circunstancia, y defienden que la alevosía tiene naturaleza subjetiva los autores que entienden que esta mayor importancia o naturaleza nuclear radica en los elementos subjetivos.

La naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía no carece de importancia, pero en la doctrina actual no ocupa el papel predominante que tradicionalmente ha venido ocupando. A día de hoy la clasificación de la alevosía en circunstancia de naturaleza objetiva, subjetiva o mixta tiene un valor metodológico, sistemático o incluso pedagógico, pero ya no implica de manera necesaria la respuesta a si la alevosía incrementa el injusto o el grado de culpabilidad, cuestión que quizá tenga mayor relevancia práctica. Sí se detectan importantes conclusiones de esta discusión en la jurisprudencia, donde existe una tendencia a emplear la naturaleza jurídica como justificación de una particular interpretación del concepto de la alevosía respecto a la ponderación de sus elementos objetivos y subjetivos, como examinaremos.

VI.1 – En la doctrina

Si bien GROIZARD no especifica cuál es, para él, la naturaleza de la agravante, podemos deducir de su enumeración de los elementos que

se requieren para su apreciación que combina tanto elementos objetivos como subjetivos, por lo que podríamos adscribirlo a la teoría mixta²²⁰. Dice así el autor que "*(...) sólo pueden dar existencia a la circunstancia de que tratamos, el empleo de determinados medios, modos o formas en la ejecución de los delitos. Por no haberse así reconocido siempre, por no haber sido, ni en nuestro derecho escrito, ni en nuestra jurisprudencia una doctrina admitida, lo que era un verdadero canon en la ley racional, a saber, que la alevosía se refiere y concreta a la manera con que el delito es cometido*". GROIZARD parece hacer orbitar la alevosía alrededor de un elemento objetivo, consistente en el determinado medio, modo o forma de ejecución del delito, pero más adelante, explicando la necesidad de que tales medios tiendan a asegurar el resultado y no necesariamente lo aseguren, dota el autor a esta tendencia de un halo de subjetividad: "*Ello demuestra que el resultado de la acción no va a ser, como ha venido sucediendo generalmente hasta aquí, el motivo dominante para declarar o no la existencia de la alevosía. Si con la espada desnuda acomete, hiere y mata uno a otro que esperó, sin embargo, la agresión armado de una pistola, ¿podrá decirse que obró con alevosía porque después resulte que el arma de fuego estaba descargada? Ciertamente que no, sobre todo si se prueba que el que acometió no lo sabía*". El elemento esencial de la alevosía es pues, para GROIZARD, la tendencia al aseguramiento, pero esta tendencia no se predica de los medios, modos o formas, sino del autor que los emplea, por lo que la naturaleza de la alevosía tiene, para este autor, elementos esenciales objetivos y también subjetivos, lo que determina su naturaleza mixta.

Para JIMÉNEZ DE ASÚA las circunstancias modificativas de la responsabilidad son "*eminente subjetivas*", entendiendo que lo son aquellas circunstancias que se refieren al carácter personal del autor,

²²⁰ GROIZARD, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 1902, pg. 435 y ss.

mientras que las objetivas se refieren al carácter accidental del hecho²²¹. La alevosía es pues también una circunstancia de naturaleza subjetiva, pues *"aunque la alevosía aparezca de un modo objetivo, si no ha sido buscada de propósito o aprovechada por el agente, no podrá agravar la pena"*. JIMÉNEZ DE ASÚA hace así orbitar la naturaleza de la alevosía alrededor de su elemento subjetivo, pues *"debe apreciarse sólo cuando indica en el agente traición, cobardía o propósito de aseguramiento"*²²².

CUELLO CALÓN critica la concepción objetiva de las circunstancias agravantes que propone SILVELA, y entiende que tales circunstancias *"no son más que manifestaciones de una mayor perversidad de la que es consecuencia la mayor culpabilidad del delincuente, la mayor gravedad objetiva del delito es consecuencia de la mayor gravedad subjetiva del delincuente"*²²³. También sobre la alevosía entiende este autor que el empleo de determinados medios, modos o formas en la ejecución del delito para perpetrarlo sin riesgo o peligro que proceda de la defensa del ofendido es también expresión de mayor perversidad y por lo tanto de mayor culpabilidad, lo que determina su naturaleza subjetiva.

Entiende PUIG PEÑA que las circunstancias agravan *"en razón de la mayor gravedad subjetiva del delincuente"*, y que ésta es por lo tanto su naturaleza, dado que la postura subjetiva es *"la que satisface más*

²²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*, 2ª edición, Hermes, 1954, pgs. 483 y ss.

²²² El autor se refiere a la naturaleza de la alevosía en sentido amplio, pues entre los tres grupos en que clasifica las circunstancias agravantes el primero es el empleo de *"formas alevosas, traidoras o cobardes"*, que incluyen la *"alevosía propiamente dicha"*, pero también la astucia, fraude o disfraz, el abuso de superioridad, obrar con abuso de confianza, cometer el hecho aprovechándose de calamidad, ejecutarlo con armas o en unión de quienes proporcionen la impunidad, nocturnidad o despoblado, escalamiento, fractura o la embriaguez preordenada al delito. La cita aquí reseñada se refiere a la alevosía propiamente dicha, si bien especifica que *"la alevosía marca el criterio con que deben ser interpretadas todas las que constituyen el grupo primero"*.

²²³ CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal, revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ*, Tomo I, 17ª edición, Bosch, 1975, pgs. 575 y ss.

cumplidamente las exigencias de nuestro Derecho"²²⁴. El autor justifica su postura en el artículo 60 del código penal de 1944, que se corresponde en la actualidad con el artículo 65 del código penal de 1995²²⁵. Este artículo enumera dos tipos de circunstancias: por una parte, aquellas que consisten en una "causa de naturaleza personal" (disposición moral, relaciones particulares con el ofendido u otras causas personales en el código penal de 1944) y por otra aquellas que consisten en la "ejecución material del hecho". Si bien esto parece diferenciar circunstancias de naturaleza subjetiva y circunstancias de naturaleza objetiva, para PUIG PEÑA, siguiendo a FERRER SAMA, se incluye un elemento subjetivo en las circunstancias objetivas (el conocimiento de ellas en el momento de la acción o la cooperación con el delito), por lo que este segundo grupo de circunstancias tienen un elemento subjetivo esencial y no pueden ser catalogadas como circunstancias de naturaleza objetiva.

Para CAMARGO HERNÁNDEZ la alevosía es una circunstancia puramente subjetiva, lo que fundamenta en las siguientes razones²²⁶:

²²⁴ PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, Tomo II, 5ª edición, Desco, 1959, pgs. 113 y ss.

²²⁵ Ambos artículos tienen un contenido similar, aunque con ciertas diferencias en la redacción. Para evitar confusiones, se reproducen a continuación e íntegramente tanto el artículo 60 del código penal de 1944 como el artículo 65 del código penal de 1995:

Artículo 60 del código penal de 1944: "*Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurren.*

Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito."

Artículo 65 del código penal de 1995: "*1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.*

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito."

²²⁶ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pgs. 33 y ss.

primera, que el criterio objetivo, en el caso de la alevosía, es, citando a FERRER SAMA, contrario *"no sólo al buen sentido, sino también a la moderna orientación de la Ciencia penal, basada cada día más en el factor personal"*. En segundo lugar, y siguiendo un argumento de CUELLO CALÓN, que la agravante *"no es en realidad más que una manifestación de la mayor peligrosidad del delincuente; pues, la mayor gravedad objetiva del delito es consecuencia de la mayor gravedad subjetiva del autor del hecho"*. En tercer lugar, que *"no es suficiente para la apreciación de la alevosía que objetivamente se dé, sino que es indispensable la consciencia en el culpable de que obra traicioneramente y sobre seguro; pues de otra manera, bastando para su apreciación la mera concurrencia objetiva, se llegaría al absurdo de tener que apreciar esta circunstancia en los delitos culposos"*. En cuarto lugar, el requisito de que los medios, modos o formas que tiendan al doble fin de indefensión de la víctima y ejecución de forma segura, y no de que la víctima se encuentre en estado de indefensión ni de que el hecho se ejecute de forma segura. En quinto lugar, el artículo 60 del código penal (que se correspondería, en el código penal de 1995, con el artículo 65) imposibilita la aplicación de la alevosía si el autor del hecho desconoce la presencia de la circunstancia (pensemos, por ejemplo, en los casos en los que el autor cree que la víctima puede defenderse, aunque en realidad no pueda). Y en sexto y último lugar alude CAMARGO HERNÁNDEZ a las reiteradas declaraciones jurisprudenciales que exigen para la apreciación de la alevosía que los medios, modos o formas hayan sido buscados de propósito o por lo menos aprovechados.

Para QUINTANO RIPOLLÉS las circunstancias agravantes no tienen una naturaleza uniforme y común, ya sea ésta subjetiva u objetiva, sino que, como lo entiende también sobre las circunstancias atenuantes, cada una tiene naturaleza objetiva o subjetiva, atendiendo a su examen particular

y a los concretos elementos de cada una de ellas²²⁷. Entiende el autor que *"la norma del artículo 60 obliga a la discriminación, ardua y dependiente del caso concreto, por lo que queda encomendada al arbitrio judicial"*. Específicamente sobre la alevosía, entiende QUINTANO RIPOLLÉS que *"es circunstancia eminentemente objetiva"*, sin que el necesario *"elemento personal inherente a todo acto inculparable"* de que la circunstancia sea querida o conocida por el autor tenga la entidad suficiente como para considerarla una circunstancia de naturaleza subjetiva o mixta. Esto se debe a que el elemento que define a la alevosía, para este autor, *"no es el aseguramiento de la ejecución, ni siquiera la ausencia de riesgo personal, sino la indefensión de la víctima, que no es lo mismo, indefensión que puede haber sido provocada por el delincuente o meramente aprovechada"*. Así, *"el ataque súbito e inesperado, el cauteloso, el de emboscada, son alevos, no tanto por la cobardía del ofensor, ni menos por su frialdad de ánimo, como por la presunta indefensión de la víctima"*. En otra obra²²⁸ también defiende la naturaleza objetiva de la alevosía cuando considera, que *"prefieren acentuar su objetividad Silvela, Valdés y Antón Oneca, que la catalogan en el grupo de las objetivas por medio o modo de comisión. A mi modo de ver, es esta segunda solución la más ajustada a la dogmática, que expresamente habla de medios, modos o formas en la ejecución, es decir, de características instrumentales referidas a un aseguramiento igualmente objetivo."*

En la sistematización de las circunstancias agravantes que realiza ANTÓN ONECA se clasifican éstas en objetivas, subjetivas y mixtas, definidas de la siguiente manera²²⁹: *"Lo cierto es que los términos objetivo y subjetivo se emplean en variedad de acepciones. Si aceptamos lo la más*

²²⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al código penal*, 2ª edición, Revista de Derecho Privado, 1966, pgs. 201 y ss.

²²⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de derecho penal*, I, Revista de derecho privado, Madrid, 1963, pg. 434.

²²⁹ ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal*, 2ª edición, Akal, 1986, pgs. 384 y ss.

usual entre los juristas, las objetivas se referirán al hecho externo y las subjetivas a la culpabilidad y a la valoración de la persona responsable que a través del juicio de culpabilidad se realiza". A su vez en cada uno de estos grupos existen diversas categorías. En las circunstancias agravantes objetivas encontramos aquellas que se definen por los medios y modos de ejecución (alevosía, medio que debilite la defensa, astucia, fraude o disfraz, estragos y publicidad), por el tiempo y lugar de la acción (ocasión calamitosa, nocturnidad, despoblado, morada y lugar sagrado), por la condición del sujeto pasivo (ofensa de dignidad, edad o sexo). En las subjetivas se diferencian aquellas definidas por la intensidad del dolo (premeditación), por los móviles (precio, ensañamiento) y por la condición del culpable (público carácter, reiteración, reincidencia). Por último, en las circunstancias agravantes de naturaleza mixta encontramos aquellas que se definen por la pluralidad de sujetos activos y por los medios empleados (auxilio de gente armada, cuadrilla) y las que se definen por la relación entre el sujeto activo y pasivo (abuso de superioridad, abuso de confianza). La alevosía es pues, para ANTÓN ONECA, una circunstancia de naturaleza objetiva, que se define por el medio y modo de ejecución. Sin embargo, más adelante, estudiando los elementos de la circunstancia, y concretamente el requisito de que los medios, modos o formas de ejecución "*tiendan directa y especialmente*" a asegurar la ejecución, reconoce el autor la dimensión subjetiva de la alevosía, lo que le lleva a definirla como una circunstancia de carácter "*predominantemente objetivo*".

No es posible, para RODRÍGUEZ DEVESA, una categorización unánime de todas las circunstancias, pues "*la antijuricidad y la culpabilidad son susceptibles de variación, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, en el delito cometido; es decir, son capaces de una graduación mayor o menor que repercute sobre su gravedad*"²³⁰. Dentro de

²³⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal, parte general*, Madrid, 1974, pgs. 585 y ss.

estas dos opciones, entiende este autor que la alevosía afecta a la antijuricidad, lo que determina su carácter objetivo. En una edición posterior de la misma obra²³¹, sin embargo, el autor vincula la naturaleza objetiva o subjetiva a la naturaleza objetiva o subjetiva de los elementos que integren cada circunstancia, calificando a la alevosía como mixta, por estar compuesta tanto por elementos objetivos como por elementos subjetivos.

Considera DÍEZ RIPOLLÉS que el artículo 60 del código penal, actual artículo 65, establece la necesidad del principio de culpabilidad en las circunstancias agravantes, y cómo los autores que defienden posturas subjetivistas en base a este artículo realizan la siguiente inferencia: si el artículo 60 establece el principio de culpabilidad de los partícipes en las circunstancias agravantes, y las circunstancias que se refieren a la culpabilidad son referidas a una persona, siempre que medie el principio de culpabilidad se ha de hablar de subjetividad y por lo tanto todas las circunstancias son subjetivas²³². DÍEZ RIPOLLÉS critica esta "*mala interpretación del problema*", pues el principio de culpabilidad en las circunstancias se da por supuesto y no influye en su naturaleza, que sólo se deriva de las circunstancias "*en sí mismas consideradas*". Entiende que "*el legislador, cuando elaboró el artículo, y el mismo tenor literal de él, no se encaminan a formular una distinción entre las circunstancias de naturaleza objetiva y las de naturaleza subjetiva, en base a los párrafos del artículo 60, sino que se pretende únicamente dar una norma clara a través de la cual no pierda vigencia el principio de culpabilidad en relación con las circunstancias*". No se debe, por lo tanto, establecer la vinculación entre naturaleza objetiva de las circunstancias del párrafo segundo y naturaleza subjetiva de las circunstancias del párrafo primero, ni tampoco deducir que

²³¹ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal, parte general*, 18ª edición, Madrid, 1995, pg. 693.

²³² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del código penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1977, pgs. 607 y ss.

todas las circunstancias son subjetivas por exigirse en todas el principio de culpabilidad. Considera el autor también difícilmente sostenible la vinculación entre naturaleza subjetiva y culpabilidad y naturaleza objetiva e injusto, pues no hay obstáculo en admitir elementos subjetivos en el injusto y, si bien escasos, elementos objetivos en la culpabilidad. Entiende pues DÍEZ RIPOLLÉS que se trata aquí de dos análisis diferentes: *"el primero, basado en el análisis de los elementos del tipo de las circunstancias, y el segundo, en el fundamento de ella en función del contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito"*.

Para ALONSO ÁLAMO es un error intentar dar un tratamiento unitario a la naturaleza de las circunstancias, que no puede ser resuelta en bloque²³³. Entiende la autora que los párrafos primero y segundo del artículo 60 (actual artículo 65 en el código penal de 1995) no implican una clasificación, como han mantenido otros autores, en circunstancias subjetivas y objetivas respectivamente, sino más bien en personales e impersonales. La autora discute así la propia concepción del binomio objetivo-subjetivo, pues plantea *"todas las circunstancias son, según esto, al mismo tiempo subjetivas, y al revés. Todas las circunstancias subjetivas, en tanto valoradas en la ley, corporizan una valoración de la conciencia social, como dice BAIGUN, un pensamiento. Pero, de otra parte, también las circunstancias objetivas necesitan de un sujeto cognoscente y, en este sentido, son subjetivas"*. Sin embargo, ALONSO ÁLAMO entiende que sí se puede aludir a la naturaleza objetiva o subjetiva de cada circunstancia, pero sólo si *"partimos del análisis de los elementos constitutivos que unas veces apuntan a la psique del autor, en cuyo caso decimos que se trata de un elemento subjetivo, y otras veces se refieren al mundo exterior (a la acción, al tiempo, al lugar, etc.), en cuyo caso decimos que se está ante un elemento objetivo"*. A continuación, la autora pone de manifiesto, como se

²³³ ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981, pgs. 344 y ss.

está viendo en el análisis de la postura de distintos autores, la dificultad que se plantea por el uso no uniforme de los términos "objetivo" y "subjetivo", y también por el alejamiento de la equiparación de la antijuricidad a lo objetivo y la culpabilidad a lo subjetivo. Por el contrario, *"la naturaleza subjetiva no es hoy predeterminante, necesariamente, de la reconducción al injusto o a la culpabilidad"*. Tratando específicamente de la alevosía, entiende la autora que de sus dos elementos principales o nucleares, esto es, por una parte, el aseguramiento de la ejecución y la indefensión de la víctima y, por otra, la cobardía revelada en el actuar alevoso, es el primero el que determina la auténtica *ratio* o *telos* de la circunstancia, pues, si bien la alevosía presenta un doble fundamento, *"al fundamento de la agravante 1ª del art. 10 en la cobardía que revela el autor sólo debe otorgársele carácter complementario"*. La alevosía tiene pues naturaleza impersonal a efectos del artículo 65 del código penal de 1995, y además *"tiñe la acción de específicas propiedades que la vuelven más grave objetivamente"* y agrava, para ALONSO ÁLAMO, por razones de antijuricidad.

La importancia de la naturaleza de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, según ALTÉS MARTÍ, ha de reducirse, al entender el autor que *"el problema en definitiva de la naturaleza jurídica es más bien un producto nacido del afán de clasificación de las agravantes y como un deseo de justificar las mismas"*, si bien admite posicionarse en las *"tesis modernas que postulan una naturaleza subjetiva"*, pues incluso los autores que defienden tesis objetivistas exigen que cada circunstancia haya sido buscada o aprovechada por el culpable²³⁴. La naturaleza se define así por el fundamento, y éste es la mayor reprochabilidad del sujeto, lo que determina la naturaleza subjetiva de las circunstancias agravantes. Refiriéndose ya específicamente a la alevosía, entiende este autor que la diversidad de posturas se basa en una disparidad sobre el punto de origen

²³⁴ ALTÉS MARTÍ, M.A., *La Alevosía*, Universidad de Valencia, 1982, pgs. 56 y ss.

de cada teoría, pues *"se mueven en planos distintos, desde el momento en que no parten de conceptos o elementos, sobre los que están previamente de acuerdo"*: así, entiende ALTÉS MARTÍ que el artículo 60 del código penal (que hoy se correspondería con el artículo 65 del código penal de 1995) ha sido utilizado para justificar tanto posturas objetivas como posturas subjetivas. Igualmente, si se conecta la alevosía al concepto de culpabilidad, su naturaleza dependerá precisamente del concepto de culpabilidad que se maneje, e igualmente y por último, la existencia o no de correlación entre la culpabilidad y lo subjetivo y la antijuricidad y lo objetivo dificulta enormemente la discusión partiendo desde un mismo punto. Entiende ALTÉS MARTÍ que el mencionado artículo 60 no es respuesta a la discusión sobre la naturaleza de la alevosía, pues no contiene una división de las circunstancias en objetivas y subjetivas. Así, lo que el legislador pretendía en el artículo 60 *"era establecer una norma dirigida a los partícipes, para que respondan por tales circunstancias, o queden excluidos cuando se trate de circunstancias, que ya no sólo están desvinculadas de ellos, sino que ni siquiera conocían de su existencia"*. Para ALTÉS MARTÍ la construcción del fundamento y naturaleza (cuestiones que, como hemos visto, caminan de la mano para este autor) de las circunstancias, y por lo tanto también de la alevosía, *"está aún por hacer"*. Manteniendo esta dificultad inicial, entiende el autor, en conclusión, que *"por lo que se refiere a la naturaleza jurídica, creemos que no es problema esencial para poder demostrar o mantener ese elemento subjetivo que requiere la alevosía para su apreciación. Ahora bien, si con esta posición se nos entiende como comprendidos en las tesis subjetivistas no tenemos inconveniente ninguno. Pero siempre partiendo de la base, de que la alevosía si bien se refiere al aspecto objetivo de la conducta típica, sólo adquiere su propia dimensión, en cuanto actúa sobre la psique del sujeto"*.

Entiende BUSTOS RAMÍREZ que la clasificación en circunstancias

objetivas, subjetivas y mixtas responde a una concepción causalista del delito, y que hoy no puede hacerse una separación tajante entre aspectos objetivos y subjetivos²³⁵. El autor divide pues las circunstancias según el *"aspecto valorativo que se ha tenido en consideración; por tanto, en el injusto habría que distinguir aquellas que están en relación con el desvalor de acto, o bien, con el resultado desvalor y, en cuando al sujeto responsable, aquellas que podrían decir relación con la exigencia de una determinada conciencia, o bien con la conducta exigida"*. Según esta clasificación, entiende el autor que la alevosía *"aumenta el injusto del delito, ya que lo fundamental de ella es el ánimo aleve o traidor, es decir, buscar la indefensión de la víctima o lo que es lo mismo asegurar totalmente su acción; se trata, pues, de un elemento subjetivo específico que acompaña al dolo (así s. 26/6/63). Hay, por tanto, un aumento del desvalor de acto"*.

No trata específicamente la alevosía GONZÁLEZ CUSSAC, pero la menciona cuando dice que *"tampoco tiene mucho sentido indagar la naturaleza jurídica, en los términos convencionales de objetiva y subjetiva, de muchas de las circunstancias catalogadas en nuestro código penal. Ello sucede, por ejemplo, con todas aquellas que, como la alevosía, el abuso de superioridad, la nocturnidad, el despoblado, etc., exigen un elemento subjetivo de aprovechamiento o que sean buscadas de propósito. Pues, junto a su comprobación, será igualmente necesaria la constatación de una referencia objetiva: el empleo de determinados modos, medios o formas, la efectiva situación de prevailecimiento, que sea de noche en términos físico-geográficos, o que exista una absoluta inexistencia de personas"*²³⁶. El autor parece rechazar la necesidad de clasificar a la alevosía como circunstancia de naturaleza objetiva o subjetiva por la presencia de elementos tanto objetivos como subjetivos, lo cual nos lleva a inferir que

²³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de derecho penal español, parte general*, Ariel, 1984, pgs. 414 y ss.

²³⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, pg. 169.

mantendría una postura mixta.

Para MARTÍN GONZÁLEZ la cuestión sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía carece de relevancia práctica, en la medida en que ni esto se corresponde necesariamente con un aumento de la antijuricidad o la culpabilidad respectivamente ni tampoco se discute ya en la actualidad la exigencia de elementos tanto objetivos como subjetivos en la agravante²³⁷.

De la misma opinión es ARIAS EIBE, para quien *"la vetusta discusión –que tantos ríos de tinta ha generado- acerca de si la circunstancia agravante que tratamos presenta naturaleza subjetiva, objetiva o mixta"* es una *"discusión inútil por lo demás"*²³⁸.

MAPELLI CAFFARENA recoge, aunque veremos matices a su afirmación en el estudio de la jurisprudencia, la evolución doctrinal y jurisprudencial de la alevosía, que *"originariamente se concibió como una circunstancia objetiva, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se reconoce hoy como mixta, en la que se perfila el carácter subjetivo (teleológico) de la propia dinámica modal"*²³⁹.

Entiende PRATS CANUT que el artículo 65 del código penal de 1995 no determina la naturaleza de las circunstancias en tanto la comunicabilidad de la circunstancia se determina por las propias circunstancias fácticas del delito en el que se produce²⁴⁰. Dice así,

²³⁷ MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pg. 46.

²³⁸ ARIAS EIBE, M. J., *La circunstancia agravante de alevosía, estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 7, 2005, pg. 03:11.

²³⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *El dolo eventual en el asesinato*, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1988, pg. 432.

²⁴⁰ PRATS CANUT, J. M., QUINTERO OLIVARES (Coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, Aranzadi, 1996, pgs. 225 y ss.

refiriéndose a la naturaleza de las circunstancias: *"Éste es un viejo debate que ha sido justificado, ya sea por razones sistemático-clasificadoras, en aras de la claridad expositiva, ya sea para dar una respuesta a las exigencias de comunicabilidad o no que establecía el antiguo art. 60 CP y que reitera con casi idéntica redacción el vigente art. 65 CP/1995. La realidad no obstante ha demostrado que dicha voluntad por vincular las circunstancias a criterios de una parte objetivos o subjetivos, o de otra parte a ser expresión de mayor injusto o mayor culpabilidad, ha resultado estéril, toda vez que dichas circunstancias no pueden desvincularse de las exigencias propias de la estructura típica del delito al que se anudan, lo cual ha hecho que en función de todo ello en ocasiones pueda predicarse la comunicabilidad y en otras no de la misma circunstancia"*. Más claramente sobre cómo el artículo 65 determina o no la naturaleza de las circunstancias, se pronuncia así: *"Es por ello que desde el punto de vista de la aplicación práctica, y por lo tanto de las exigencias que se derivan del art. 65 CP/1995, no pueda establecerse esa nítida distinción entre circunstancias objetivas y subjetivas; dicho de otro modo: los problemas de comunicabilidad de las circunstancias no podrán establecerse "a priori", sino que deberán ser el fruto de la ponderación de los elementos que se desprenden del hecho concreto, y por lo tanto de los criterios tradicionales de interpretación propios del Derecho penal"*. Específicamente sobre la alevosía, PRATS CANUT entiende que ejemplifica paradigmáticamente lo señalado anteriormente y la dificultad de determinar la naturaleza *a priori* de una circunstancia, pues del tenor legal se requiere que concurren elementos objetivos, pero también subjetivos: *"para su apreciación es necesaria la concurrencia de elementos de contenido eminentemente objetivos, cuales son los medios, modos o formas de ejecución, que son la base fáctica que permite hablar de un ataque alevoso; pero de otra parte no puede desdeñarse que dichos medios, modos o formas, no constituyen un fin en sí mismo, o no son suficientes para integrar la agravante, pues igualmente característico de la alevosía es el elemento tendencial de*

asegurar la ejecución evitando el riesgo, elemento tendencial que se ve reforzado por la interpretación de que no es necesario de que dicho fin se consiga, sino que basta con que esté presente en el ánimo del autor, lo cual ha permitido buscar el fundamento de la agravante en la actitud traicionera o de cobardía del agresor". El autor concluye pues que "*dicha circunstancia viene integrada por dos aspectos: uno eminentemente objetivo, los medios, modos o formas de ejecución, y otro de carácter claramente subjetivo, cual es la finalidad de asegurar la ejecución sin riesgo*". Podríamos pues entender que PRATS CANUT concibe la alevosía como una circunstancia de naturaleza mixta, salvando la dificultad que el autor percibe en clasificar apriorísticamente la naturaleza de una circunstancia de esta manera.

Para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN las circunstancias se dividen en objetivas o subjetivas "*atendiendo a su naturaleza, esto es, a si suponen, respectivamente, una modulación del injusto o de la culpabilidad*"²⁴¹. Sin embargo, existen matices en determinadas circunstancias, consistentes en la "*atribución doctrinal y jurisprudencial de especiales fundamentaciones a ciertas circunstancias*", como sucede precisamente en el caso de la alevosía, que supone una mayor gravedad del injusto, por lo que debería ser de naturaleza objetiva, pero en tanto en cuanto se le atribuye un fundamento basado en el carácter traicionero del autor, supone, además de una confusión entre naturaleza y fundamento, que "*se acepta indirectamente la agravación de la pena en atención a la forma de ser del sujeto, lo que resulta propio de la rechazable culpabilidad por el carácter y, por lo tanto, contrario a las exigencias de la culpabilidad por el hecho*". Sin perjuicio de que esta cuestión se trate con más detenimiento en sucesivos capítulos de este trabajo, podemos anticipar aquí que, en nuestra opinión, la alevosía se encuadraría, siguiendo dentro de la teoría de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, en el grupo de

²⁴¹ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2007, pgs. 475 y ss.

circunstancias que expresan cuando dicen que *"cuestión distinta es que en muchas de las circunstancias agravantes convivan elementos objetivos que incrementan la gravedad del hecho, con componentes que denotan una mayor reprochabilidad de autor por el modo en que lo ha cometido -no por su forma de ser-*". Entendemos que las referencias al "carácter traicionero" del autor, que se estudiará más detenidamente, no se refieren a su forma de ser en su dimensión estática, a la culpabilidad por el carácter, si no al carácter manifestado en el hecho, esto es, al concreto ánimo o dimensión subjetiva del hecho que concurre en ese momento. Con todo, cuando MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN categorizan las circunstancias²⁴², determinan que las circunstancias agravantes se diferencian en objetivas, si suponen *"un incremento de la gravedad objetiva del hecho"*, o subjetivas, si suponen *"un mayor reproche al autor"*. Dentro de esta clasificación encontramos a la alevosía entre las circunstancias agravantes objetivas, y más concretamente entre aquellas que *"suponen mayor facilidad de ejecución o facilitan la impunidad del culpable"*, diferenciando aquellos casos en los que el sujeto interpone medios o formas de ejecución tendentes a asegurar la lesión del bien jurídico de aquellos en los que el sujeto se aprovecha de una situación de superioridad ya existente, siendo la alevosía *"el paradigma de lo primero"*.

Siguiendo la moderna concepción de que naturaleza jurídica y naturaleza objetiva o subjetiva son cuestiones independientes, entiende MIR PUIG que *"que todas las agravantes aumenten la gravedad del injusto penal no impiden que unas sean "objetivas" y otras "subjetivas", puesto que el injusto comprende una parte objetiva y una parte subjetiva"*²⁴³. La alevosía es clasificada como este autor como circunstancia objetiva, dentro del grupo de las que denota mayor peligrosidad del hecho, y en concreto

²⁴² MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2007, pgs. 485 y ss.

²⁴³ MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10ª edición, Reppertor, 2015, pgs. 648 y ss.

por la especial facilidad de comisión determinada por los medios, frente a circunstancias que denotan mayor peligrosidad del hecho por la mayor facilidad de comisión determinada por las personas, las circunstancias que suponen una especial facilidad de impunidad y circunstancias que suponen un ataque más extenso. El carácter objetivo de la alevosía se deriva de su naturaleza instrumental, esto es, el empleo de determinados procedimientos. Ello no obsta, sin embargo, para que MIR PUIG reconozca la necesidad del elemento subjetivo de la alevosía: *"pero el sujeto ha de querer utilizar las mencionadas circunstancias objetivas que facilitan el hecho, para lo cual basta aprovecharlos conscientemente"*. A pesar de la existencia de elementos objetivos y subjetivos en la alevosía, son los primeros los que, para este autor, constituyen el auténtico núcleo de la circunstancia, lo que determina su naturaleza objetiva.

Considera MORILLAS CUEVA que la alevosía tiene un carácter *"eminente objetivo"*²⁴⁴. Sin embargo, parece que este carácter deriva, para el autor, de una fundamentación situada *"en el especial aseguramiento delictivo"*, que *"pone de manifiesto una mayor peligrosidad de la conducta típica realizada bajo sus condicionantes"*. El autor considera que *"se trata, en definitiva, de una conducta agresora que objetivamente cabe ser valorada en cuanto orientación al aseguramiento de la ejecución delictiva para lo que se proyecta hacia la eliminación de la posible defensa de la víctima y, consecuentemente, de los riesgos que aquella le podría producir en la realización de la infracción criminal"*.

VI.2 – En la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Si bien existe una tendencia a pensar que la jurisprudencia ha seguido, en el ámbito de la naturaleza de la alevosía, la tan repetida

²⁴⁴ MORILLAS CUEVA, L, *Sistema de derecho penal, parte general*, Dykinson, 2018, pgs. 1021 y 1022.

evolución partiendo de una postura objetivista a una postura subjetivista, terminando finalmente por decantarse por una postura mixta, el estudio jurisprudencial de la materia realizado por ALTÉS MARTÍ revela que, si bien han existido sentencias que se decantaban por alguna de estas posturas, no puede afirmarse que el Tribunal Supremo haya seguido una línea evolutiva claramente definida, siendo más bien que se han ido alternando tesis objetivas, subjetivas y mixtas en distintos momentos²⁴⁵. Nos limitaremos aquí, por lo tanto, a poner de manifiesto algunas de estas teorías, centrándonos especialmente en el estado de la cuestión en la actualidad. No siendo posible determinar distintas etapas jurisprudenciales, agruparemos las sentencias según defiendan posturas objetivas, subjetivas o mixtas, sin pretender ordenarlas cronológicamente.

Tenemos que poner de manifiesto, sin embargo, dos consideraciones previas. La primera, que frente a los distintos criterios de clasificación de las circunstancias según su naturaleza que hemos observado en la doctrina, y que otorgan distintos caracteres a las nociones de "objetivo" y "subjetivo", que retomaremos en las conclusiones, es unánime en la jurisprudencia la consideración de que la alevosía (y, en general, cualquier circunstancia) es una circunstancia de naturaleza objetiva, subjetiva o mixta exclusivamente según los elementos que la integran. Así, frente a una postura histórica doctrinal mayoritaria que entendía que una circunstancia es objetiva si afecta a la antijuricidad y subjetiva si afecta a la culpabilidad, mantiene la jurisprudencia que una circunstancia es de naturaleza objetiva si los elementos que la integran son objetivos, subjetiva si los elementos que la integran son subjetivos, y mixta si tiene elementos tanto objetivos como subjetivos. La jurisprudencia no se limita a observar la naturaleza de los elementos y, constatada su existencia, clasificar a la alevosía, sino que también valora su importancia y, aún

²⁴⁵ ALTÉS MARTÍ, M.A., *La Alevosía*, Universidad de Valencia, 1982, pgs. 83.

reconociendo la existencia de elementos objetivos y subjetivos en la alevosía, define a la circunstancia como de naturaleza objetiva o subjetiva por otorgar a los elementos objetivos o subjetivos, respectivamente, una importancia superior a los otros. La jurisprudencia realiza así una labor interpretativa de la importancia relativa de los elementos de la alevosía, pues la constatación de que está compuesta por elementos objetivos y también subjetivos es, desde temprano, innegable. La labor que observaremos en la jurisprudencia es pues, mayoritariamente, la determinación de cuál de estos elementos es el que constituye el auténtico núcleo de la alevosía y el que determina su naturaleza objetiva o subjetiva. Esta misma consideración hace complicado, en ocasiones, diferenciar cuándo las sentencias se decantan por una postura mixta y cuándo por una postura objetiva o subjetiva, pues sucede que las sentencias, al aplicarse a casos concretos, hacen mayor incidencia en uno u otro elemento según se haya sucedido, por ejemplo, la prueba de los hechos, o según sean los argumentos de la sentencia recurrida. En ocasiones una sentencia hace incidencia en el elemento objetivo o subjetivo, pareciendo así que el Tribunal Supremo le otorga mayor importancia que al otro, cuando lo que en realidad sucede es que está colocando los dos elementos al mismo nivel, corrigiendo al tribunal inferior, que sólo otorgó importancia a uno de ellos. Nuestra clasificación de las sentencias ha de ser tomada pues con precaución, pues se basa en la interpretación de la valoración de la importancia relativa del elemento objetivo y del elemento subjetivo que realiza el Tribunal Supremo, que pocas veces expresa específicamente cuál considera que es la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía.

Sentencias que defienden posturas objetivas son, por ejemplo, la sentencia de 8 de mayo de 1981²⁴⁶, en la que encontramos una línea

²⁴⁶ "(...) como con tantísima reiteración ha venido declarando este Tribunal, la circunstancia de alevosía, fundamentalmente objetiva, descansa en los modos o formas del quehacer criminal o modo de operar, es decir, en la terminología legal, en los medios,

jurisprudencial que se repetirá frecuentemente, que considera a la alevosía una circunstancia de naturaleza mixta, reconociendo la existencia de un elemento subjetivo, pero estableciendo su carácter de circunstancia "*predominantemente objetiva*". En esta misma línea se sitúa también la sentencia de 13 de marzo de 1984²⁴⁷, que realiza además un interesante relato que justifica cómo la circunstancia puede tener carácter objetivo y a la vez requerir un elemento subjetivo asimilando la situación a la propia naturaleza del injusto, "*cuya objetividad es en ocasiones trascendida por elementos subjetivos que deciden dicho injusto*", según la mencionada sentencia. Quizá la sentencia que de manera más clara expone la postura de la naturaleza mixta pero predominantemente objetiva de la alevosía sea la sentencia de 7 de abril de 1984²⁴⁸, que explica cómo los distintos

modos o formas empleados en la ejecución del hecho que tiendan directa y especialmente a asegurarla".

²⁴⁷ "Considerando que esta Sala viene declarando con reiteración como recoge la Sentencia de 6 de mayo de 1978, que la definición de la alevosía -cualificadora en este caso del asesinato- que se describe profusamente en el número 1.º del artículo 10 del código penal, es de cariz predominantemente objetivo al descansar en dos pilares que realzan su carácter ejecutivo: el aseguramiento de la acción delictiva y la eliminación de la consiguiente reacción defensiva del ofendido, lo que no impide para que en la agravante se incluya un elemento subjetivo que decide el plus de antijuridicidad insito en esta circunstancia, llamada por ello de tendencia: la específica orientación por el culpable de los medios, modos o formas de ejecución hacia aquel doble fin del aseguramiento de su acción ofensora que pudiera hacer la víctima, con lo que no se hace sino reproducir en el ámbito más reducido de lo circunstancial, lo que también sucede en el orden más general del injusto típico, cuya objetividad es en ocasiones trascendida por elementos subjetivos que deciden dicho injusto; de todo lo cual se concluye la dificultad de reconocer el ánimo tendencial propio de la alevosía cuando precede reyerta entre los contendientes, de modo; que cada uno está ya apercibido delatar que o amago del mismo por parte de su contrincante como a la defensa propia".

²⁴⁸ "Considerando que la formación histórica del concepto de la alevosía puede contribuir a explicar las notas o elementos que aparecen en su vigente formulación legal, no sin admitir -de entrada- los contornos poco precisos de esta circunstancia de agravación, que, en su primer momento, correspondiente a las Leyes de Partida y al Fuero Real, se parifica a traición o deslealtad; en tiempo posterior, que coincide con la Novísima Recopilación, equivale al aseguramiento del hecho y estos dos conceptos, traición y aseguramiento, se yuxtaponen en el Derecho codificado (códigos de 1822 y 1848) que acuña la clásica frase "obrar a traición y sobre seguro", culminando el proceso formativo en el código de 1870, al añadir a los elementos expresados la nota de cobardía que surge de la ausencia de riesgo para el ejecutor; y los precedentes ingredientes conceptuales tienen reflejo en la definición legal del número 1.º del artículo 10 del código penal, donde en la "indefensión de la víctima" asoma aquella idea inicial de traición o ataque solapado o desleal, del mismo modo que la cobardía aflora en el "aseguramiento de la ejecución sin riesgo", pero a estos elementos objetivos, en que predominantemente descansa la agravante, se coliga un requisito intencional o teleológico, implícito en la forma verbal "tiendan" de la definición

elementos de la alevosía actual derivan de las distintas concepciones de alevosía que se han ido manteniendo a través de los años. Esta línea jurisprudencial, iniciada en la década de 1980, es la que se ha ido imponiendo y se mantiene unánimemente en la actualidad. Así, por ejemplo, se mantiene la misma postura en las sentencias de 18 de diciembre del 2000, de 19 de enero de 2007, de 14 de abril de 2011, de 26 de diciembre de 2014, o de 20 de julio de 2015.

Sentencias que defienden posturas subjetivas son, por ejemplo, la sentencia de 23 de febrero de 1949²⁴⁹, que entiende que, si bien la alevosía tiene un innegable elemento objetivo, es necesario, "*principalmente*", "*el designio consciente, malicioso y directo del agresor de escoger, o aprovechar al menos, esa situación de la víctima*". La sentencia de 21 de noviembre de 1969²⁵⁰ podría enmarcarse en la teoría mixta, ya que enumera los elementos objetivos y subjetivos, e igualmente habla de la

legal, que se proyecta o incide sobre aquéllos a través de factores instrumentales o modales de variada morfología, sin olvidar, finalmente, el justificado reproche natural y social que arrastra tras de sí el obrar traicionero, desleal y cobarde, que se traduce en la más severa retribución jurídico-penal en cuanto circunstancia cualificativa del homicidio; y esta doctrina, de frecuente uso jurisprudencial que conjuga y pretende armonizar el elemento objetivo y el subjetivo que conviven en la alevosía, no puede aplicarse a la acción que protagonizó el acusado solamente en el momento crítico y final del hecho delictivo, sino que ha de referirse al suceso en la plenitud de su dinamismo o desarrollo objetivo - sin desdeñar la dimensión subjetiva-, como han cuidado de advertir reiteradas resoluciones de esta Sala, entre ellas las muy recientes de 16 de mayo y 20 de diciembre de 1983".

²⁴⁹ STS 1223/1949: "*la circunstancia específica de alevosía, cuyo genuino carácter intencional y subjetivo resalta en su definición legal, no se integra tan sólo con el acto de disparar a 60 metros de distancia contra una persona que huye y, por tanto, va de espaldas, sin poder darse cuenta ni defenderse de la agresión, sino que, además y principalmente, era preciso constatar el designio consciente, malicioso y directo del agresor de escoger, o aprovechar al menos, esa situación de la víctima para cometer el delito hallándola indefensa y desapercibida, de modo inesperado, cobarde y cauteloso*".

²⁵⁰ STS 1086/1969: "*Considerando que la estructura de la alevosía, de naturaleza objetiva en cuanto a los medios, modos o formas de ejecución, muestra su marcada nota subjetiva en la elección que el agente hace de ellos para buscar el aseguramiento al realizar el ataque y evitar el riesgo, logrando o aprovechando la indefensión de la víctima; esta ambivalencia de la agravante demanda el estudio total, no reducido a una circunstancia de lugar, de tiempo, de posiciones entre los sujetos, aunque tales particularidades desvelen la intención del agresor, quien ha de conocer y querer los instrumentos y maneras para una más segura y perversa agresión*".

"ambivalencia" de la circunstancia. Sin embargo, menciona también su "marcada nota subjetiva", por lo que parece que el Tribunal Supremo se inclina aquí por dar preferencia al elemento subjetivo.

Hay sentencias que defienden posturas mixtas tan pronto como en 1936²⁵¹, siendo ponente ANTÓN ONECA, en una sentencia en la que se defiende la importancia tanto de los elementos objetivos de la alevosía como de sus elementos subjetivos, que especifica, además, que el elemento subjetivo de la alevosía no consiste únicamente en el conocimiento y voluntad de la acción, sino en la búsqueda del específico fin de asegurar el resultado y precaverse "de todo riesgo", esto es, "el fin alevoso". Igualmente, la sentencia de 7 de julio de 1953²⁵² entiende que mientras la alevosía tenía, anteriormente, un "fondo subjetivo absoluto", el

²⁵¹ STS 417/1036: "Considerando que siendo indiscutibles los elementos objetivos de la alevosía, también deben reconocerse los subjetivos, no sólo porque la voluntariedad de las acciones se presume, salvo prueba en contrario, y en la acción están comprendidas sus circunstancias, sino porque la persistencia en la agresión con varios días premeditada y los actos de montar y cargar el arma para hacer el segundo disparo, demuestran la reflexión con que se eligieron o aprovecharon las condiciones objetivas para asegurar el resultado y precaverse de todo riesgo, o sea que los medios empleados tendían directamente al fin alevoso".

²⁵² STS 1087/1953: "Considerando que la circunstancia agravante de alevosía primera del artículo 10 del código penal y cualificativa de determinados delitos contra las personas tiene, a guisa de definición una nueva explicación conceptuosa en el dictado legal antes dicho, por lo cual ha motivado y merecido una nutrida y meditada atención de la jurisprudencia, con objeto de matizar y definir en cada caso dicho concepto, haciéndolo evolucionar a fin de acomodarlo al de la Ley en vigor, desde el concreto y preciso de nuestro Derecho tradicional, que lo asentaba en la traición a particulares y en el aseguramiento del delito con un fondo subjetivo absoluto, a otro más conforme con la medida penal de la perversidad del agente que la alevosía representa, y que sin perder el carácter de subjetividad que la informa pueda permitir que se aprecie y admita, ampliando la base de la traición inicial con los de la cobardía y la cautela, puestos al servicio de los delitos contra las personas, y en esta elasticidad del concepto reputarla estimable cuando, según la Ley vigente, los medios, modos o formas empleados en la ejecución del delito triunfan, es decir, sean reputados idóneos, para cumplir la finalidad alevosa, tanto si son buscados de propósito como si se aprovecha su presencia actual, pero no por ello puede entenderse que sea lícito prescindir de esta presencia y de aquel propósito perverso de utilizarlos, que han de ajustarse a los elementos de hecho reconocidos como probados, y sin que sea lícito tampoco establecerlos sobre supuestos que, aunque a las veces coincidentes, no figuran en la consideración conjunta de los hechos perseguidos, como ambientados por la directriz consciente y voluntaria de utilizarlos como representantes de una ventaja que no integró el designio delictivo, y sólo se representa en el proceso como una accidentalidad de la ejecución formal de dicho delito".

concepto moderno de alevosía debe combinar este ánimo subjetivo con "*la cobardía y la cautela*", entendiendo como tal los concretos medios "*idóneos para la finalidad alevosa*".

En conclusión, si bien podemos aceptar la premisa de ALTÉS MARTÍ expresada anteriormente, según la cual no ha existido una línea jurisprudencial constante ni una evolución perfectamente definida en la que el Tribunal Supremo iba cambiando de una postura a otra, sino que más bien ha habido siempre sentencias que resaltaban el carácter objetivo, subjetivo o mixto de la alevosía, creemos que este planteamiento necesita algún matiz. En primer lugar, si bien es cierto que distintas sentencias resaltan el elemento objetivo o subjetivo de la alevosía, hemos comprobado cómo suelen hacerlo por haber ignorado tal elemento el tribunal de instancia, y la postura del Tribunal Supremo es más bien de reivindicación del elemento olvidado, sin que esto implique la negación del otro. Así, aunque es cierto que existen sentencias que proclaman el carácter únicamente objetivo y subjetivo de la alevosía, son excepcionales, pues, la mayoría de sentencias, desde antiguo, reconocen tanto la existencia de elementos objetivos como de elementos subjetivos y, por lo tanto, el carácter mixto de la alevosía, si bien se han dado consideraciones sobre su naturaleza atendiendo al mayor valor o importancia de unos u otros elementos. No hay, en nuestra opinión, tantas diferencias entre las distintas posturas del Tribunal Supremo como son aparentes. La segunda consideración que debemos hacer al planteamiento de ALTÉS MARTÍ es que sólo es acertado hasta la década de 1980, a partir de cuando, como hemos comprobado, el Tribunal Supremo sí adopta una postura unánime: la alevosía es una naturaleza de naturaleza mixta, compuesta de elementos objetivos y de elementos subjetivos, pero "*predominantemente objetiva*".

Destacaremos ahora, sin perjuicio de que en subsiguientes apartados analicemos si estamos o no de acuerdo con la postura actual del

Tribunal Supremo, un elemento característico común a la totalidad de la jurisprudencia sobre la alevosía: el criterio de clasificación de la naturaleza de la circunstancia en objetiva, subjetiva o mixta no es más que la naturaleza objetiva o subjetiva de los elementos que la componen. Hemos observado en la doctrina cómo distintos autores hacen depender la naturaleza objetiva o subjetiva, por ejemplo, de la posición de la circunstancia en la teoría del delito (y así será objetiva si afecta a la antijuricidad y subjetiva si afecta a la culpabilidad), o del fundamento político-criminal de la agravante. La jurisprudencia, sin embargo, mantiene el criterio uniforme de que la naturaleza objetiva o subjetiva de la circunstancia depende exclusivamente de los elementos que la conforman, criterio que aquí compartimos, aunque mantengamos diferencias en qué elementos son éstos, o, mejor dicho, en qué importancia relativa tienen.

VI.3 – Conclusiones y toma de postura

La cuestión de la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía resulta de difícil estudio. La cuestión está abierta a una interpretación que va más allá de la pura interpretación gramatical habitual en derecho, pues se confunden en el debate, a nuestro entender, distintos planteamientos. La naturaleza objetiva o subjetiva se superpone y en muchos casos confunde con la naturaleza jurídica, esto es, la posición de la agravante en la teoría del delito y el aumento del injusto o del grado de culpabilidad y con el fundamento jurídico, esto es, los motivos de política criminal, sociales o éticos, que determinan la propia existencia de la circunstancia. Hemos observado cómo muchos autores determinan la naturaleza subjetiva de la circunstancia por estar esta basada en la mayor perversidad del autor, su cobardía, o, en definitiva, motivos que más parecen indicar la finalidad del mayor castigo o su fundamentación que su auténtica naturaleza objetiva o subjetiva. GONZÁLEZ CUSSAC resume perfectamente la cuestión cuando dice que *"el problema comienza cuando una vez recepcionada la moderna*

*teoría jurídica del delito, aquellos términos [el binomio objetivo-subjetivo] continúan vigentes, y con idéntico significado, junto a los nuevos conceptos de injusto y culpabilidad. Además, mientras estos más recientes van progresivamente depurándose y actualizándose, aquellos otros más viejos, permanecen, sorprendentemente, intactos e inmóviles respecto a las nuevas concepciones dogmáticas. Por tanto, podría decirse un poco esquemáticamente que los conceptos objetivo-subjetivo gozan de una vigencia que va más allá de sus propias coordenadas espaciales y temporales. Por lo que obviamente resultan, a todas luces, categorías totalmente obsoletas"*²⁵³.

El estudio de la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía se topa con dificultades, pues la determinación de qué criterios hay que emplear para determinar este carácter objetivo, subjetivo o mixto no son unánimes. Refiriéndonos a las distintas posturas ya estudiadas anteriormente, nos bastará aquí con decir que en este trabajo emplearemos el criterio que, a nuestro entender, resulta más respetuoso con el estado de la cuestión actual en materia de teoría del delito, y es separar la naturaleza objetivo-subjetiva de la alevosía de su naturaleza jurídica, esto es, la posición sistemática dentro de la estructura del delito. Ha sido, si bien no mayoritaria ni constante, una postura muy repetida en la doctrina entender que, en la medida en que la antijuricidad es enteramente objetiva y la culpabilidad enteramente subjetiva, una circunstancia que afecta a ésta será igualmente subjetiva y una circunstancia que afecta a aquella será objetiva. No creemos que esta postura pueda mantenerse en la actualidad, cuando, sin querer entrar en más detalles, se reconocen de manera unánime elementos subjetivos en la antijuricidad y elementos objetivos en la culpabilidad.

La determinación de la naturaleza objetiva o subjetiva de una

²⁵³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, pg. 167.

circunstancia ha de venir determinada, como hemos reiterado, por los elementos que la integran. Una circunstancia será de naturaleza objetiva si está compuesta de elementos objetivos y de naturaleza subjetiva si está compuesta de elementos subjetivos, afecte ésta a la antijuricidad o a la culpabilidad. Ésta es la postura que se mantiene mayoritariamente hoy en día y también la que mantiene de forma exclusiva el Tribunal Supremo.

Hay que valorar la posibilidad de que existan circunstancias compuestas por elementos objetivos y subjetivos a la vez, para lo cual podría responderse, de manera inmediata, que estas circunstancias son de naturaleza mixta. No creemos, sin embargo, que la respuesta sea tan sencilla, pues la naturaleza jurídica no se determina únicamente por la mera existencia de los elementos de la circunstancia, sino por su valoración y ponderación. Así, en un ejemplo abstracto, si una circunstancia estuviera compuesta de elementos objetivos y subjetivos, pero su auténtico núcleo o *ratio* fuera un elemento objetivo, tal circunstancia sería objetiva. Dejaremos aquí este razonamiento, pues no afecta a lo que nos ocupa, la alevosía, que, y anticipamos aquí nuestra postura, tiene naturaleza auténticamente mixta.

La alevosía contiene, sin perjuicio de que examinemos cada uno de ellos más adelante, elementos de distinta naturaleza: normativos (la exigencia de que el delito al que se aplica sea un delito contra las personas), objetivos (el empleo de determinados medios, modos o formas) y subjetivos (la particular tendencia o ánimo con el que se emplean estos medios, modos o formas). No creemos que el elemento objetivo sea más importante que el subjetivo, ni lo contrario. Ambos elementos son dos caras de la misma moneda: la acción y la finalidad de la acción, y ninguna de las dos puede existir sin la otra. Encontramos, en la doctrina y en la jurisprudencia, una particular tendencia a reivindicar uno de los dos elementos, olvidado por una postura anterior. Así, en muchas de las

sentencias, tratados o manuales examinados, el autor da mayor importancia al elemento objetivo o subjetivo de la circunstancia, respondiendo a quien daba mayor importancia al otro. Este juego dialéctico, en el que resulta sencillo enfrascarse, sólo puede llevarnos a que la alevosía, observada desde una postura ajena a la discusión, tiene una naturaleza auténticamente mixta.

Sin perjuicio de que más adelante estudiemos detenidamente estos elementos, la alevosía descansa sin duda sobre unos medios materiales. No es suficiente la voluntad del autor de asegurar el resultado sin riesgo para su persona de la defensa del ofendido si ésta no va acompañada de unos medios que apriorísticamente sean objetivamente idóneos para cumplir tal fin. Pero igualmente sucede lo contrario: el uso de uno de estos medios no implica alevosía si no se encuentra en el autor esta intención de asegurar el resultado sin riesgo para su persona de la defensa del ofendido. Ninguno de estos dos elementos nos parece menos importante que el otro en lo que respecta a la determinación de la naturaleza objetiva o subjetiva de la circunstancia.

La incidencia que algunos autores han querido dar al artículo 65 del código penal de 1995 (similar en su redacción al artículo 60 anterior) no nos parece tan relevante como para determinar la naturaleza subjetiva de la alevosía. Una primera distinción que entendía que las circunstancias del primer párrafo del artículo se referían a circunstancias subjetivas y las segundas a circunstancias objetivas fue resuelta por ALONSO ÁLAMO, entendiendo que tal artículo diferencia circunstancias personales de circunstancias impersonales, pero que estas categorías no son equiparables a subjetivas y objetivas en sus sentidos tradicionales²⁵⁴. Además, el argumento de PUIG PEÑA y FERRER SAMA examinado

²⁵⁴ ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981, pgs. 344 y ss.

anteriormente de que el segundo párrafo del artículo 65 introduce un elemento subjetivo esencial en toda circunstancia objetiva (el conocimiento de dicha circunstancia) no nos parece satisfactorio; el conocimiento de la circunstancia es un elemento ajeno a la circunstancia. Ello no obstaría a aceptar que tal elemento subjetivo esencial es necesario para la aplicación de cualquier circunstancia, lo cual deriva del propio principio de culpabilidad, pero tal consideración no implica que ese requisito esencial para la aplicación de una circunstancia agravante sea uno de los elementos de la circunstancia agravante. Hay que recordar además que este artículo se aplica a situaciones de comunicabilidad de circunstancias entre partícipes del delito y no se pueden deducir de él consideraciones sobre las circunstancias en general, sino sólo en ese ámbito. En definitiva, y en lo que respecta a este trabajo, consideramos que deducir el elemento subjetivo del artículo 65, al menos tratándose de la alevosía, resulta forzado y en cualquier caso innecesario, ya que se establece específicamente tal elemento en el artículo 22.1 del código penal de 1995, como estudiaremos en su apartado correspondiente.

Nos parece importante tratar específicamente la postura del Tribunal Supremo, por lo sugerente que resulta la terminología "*predominantemente objetiva*", que parece abrir un nuevo campo en la tradicional clasificación trimembre de las circunstancias: a las circunstancias objetivas, subjetivas y mixtas habría que añadir las "mixtas, pero predominantemente objetivas" y las "mixtas, pero predominantemente subjetivas", lo cual hace pensar si realmente existen las circunstancias de naturaleza mixta. No creemos que la postura del Tribunal Supremo tenga otra explicación que la de la justicia material, aunque quizá en un perverso sentido de este término: en las sentencias en que se pone de manifiesto la naturaleza "mixta, pero predominantemente objetiva" se busca la relajación de la necesidad probatoria del elemento subjetivo de la alevosía, que es, como cualquier elemento subjetivo, de difícil prueba, pues no existe prueba autónoma

sobre la psique del autor, sino sólo a partir de elementos objetivos de los que se deduce un particular ánimo o intención. El Tribunal Supremo pretende así probar el elemento subjetivo de la alevosía a partir de su elemento objetivo, por lo que, en la práctica, si se da el elemento objetivo se presumirá siempre el elemento subjetivo, salvo que haya prueba en contrario, lo que determina esta particular naturaleza "mixta, pero predominantemente objetiva". Esto es, sin embargo, una perversión de las reglas sobre interpretación de la prueba, pues si de una circunstancia han de probarse dos elementos, admitir que la presencia de uno es prueba del otro equivale a admitir que sólo el primero es necesario, postura que el Tribunal Supremo no sólo emplea, sino que intenta legitimar sosteniendo la predominancia del elemento objetivo. No nos parece que esta postura sea sostenible, pues implica, por mucho que se intenten adornar los fundamentos jurídicos de la sentencia con cantos a la importancia del elemento subjetivo de la alevosía, una objetivización total de la circunstancia, lo cual va en contra no ya de su fundamento jurídico, que podría discutirse, sino del propio texto del artículo 22.1 del código penal.

Nos parece, en definitiva, que tanto el elemento subjetivo como el elemento objetivo de la alevosía constituyen el propio núcleo o fundamento de la circunstancia. Raro es el autor que niega la existencia de alguno de ellos, pues sería una interpretación *contra legem*, pero sí es habitual la minusvaloración de uno u otro, colocándolo en una posición inferior, lo que determina, así, la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía, según se haya hecho predominante al elemento objetivo o subjetivo. No es la postura que sostenemos aquí: tanto el elemento objetivo de la alevosía como su elemento subjetivo son esenciales e imposibles de imaginar sin el otro, lo que determina que la alevosía sea una circunstancia de naturaleza auténticamente mixta.

VII – La naturaleza jurídica de la alevosía

La cuestión de la naturaleza jurídica de la alevosía ha sido una de las más tratadas en el desarrollo teórico de la circunstancia, si bien en las últimas décadas ha perdido cierta importancia. Se trata aquí, una vez examinada la naturaleza objetivo-subjetiva de la alevosía y desvinculada ésta de injusto o culpabilidad, de situarla sistemáticamente en una de estas dos categorías, si es que se sitúa dentro de la teoría del delito.

Con carácter previo es necesario hacer la misma precisión que se ha hecho en el estudio de la naturaleza objetivo-subjetiva: la vinculación entre estos dos problemas ha sido no unánime, pero sí frecuente en la doctrina: la naturaleza objetiva venía determinada por la pertenencia al injusto (o, en sentido contrario, su pertenencia al injusto venía determinada por su naturaleza objetiva) y la naturaleza subjetiva venía determinada por la pertenencia a la culpabilidad (o, igualmente, en sentido contrario, su pertenencia a la culpabilidad venía determinada por su naturaleza subjetiva). Los dos problemas que en este trabajo diferenciamos han sido en numerosas ocasiones en realidad uno, en el marco de teorías del delito en las que todo lo objetivo pertenece a la antijuricidad y todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad. Nosotros creemos, sin embargo, que no puede sostenerse esta identificación en la actualidad, pues la antijuricidad no es completamente objetiva y la culpabilidad no es completamente subjetiva. Existe la posibilidad, por ejemplo, de considerar a la alevosía una circunstancia de naturaleza subjetiva que agrava por mayor contenido de injusto. Los dos problemas han de ser analizados pues separadamente.

Como quiera que la vinculación de la alevosía con la teoría del delito ha tenido carácter mayoritario, separaremos el estudio histórico de la cuestión en tres grupos de autores: en primer lugar, aquellos que desarrollan su postura con anterioridad a la teoría del delito que diferencia

antijuricidad de culpabilidad. En segundo lugar, los autores que sitúan a la alevosía dentro de la teoría del delito, y, dentro de éste, a los autores que lo hacen en el injusto y en la culpabilidad. Por último, estudiaremos a los autores que consideran que la naturaleza y fundamento jurídico de la alevosía o bien se encuentra fuera de la teoría del delito, o bien no se encuentra. Por último, analizaremos la postura de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, antes de tomar postura.

VII.1 – En la doctrina

VII.1.1 – Autores anteriores a la teoría del delito

El primer grupo de autores que vamos a examinar postulan sus teorías con anterioridad al desarrollo de la teoría del delito en su concepción moderna. No hay, por lo tanto, una vinculación de las circunstancias, ni tampoco de la alevosía, a injusto o culpabilidad, aunque sí plantean posturas situadas en el binomio hecho-circunstancias personales del autor que parecen indicar una anticipación a la dualidad antijuricidad-culpabilidad. No pueden pues situarse estos autores en clasificaciones cronológicamente posteriores, pero sí se pone aquí ya de manifiesto que las distintas posturas sobre la alevosía o las circunstancias en general tienen su reflejo posterior en la discusión sobre injusto y culpabilidad.

VIZMANOS y ÁLVAREZ parecen hacer una mención a la mayor culpabilidad del autor cuando dicen que "*el hombre, que proponiéndose causar un mal, acecha la ocasión en que pueda sorprender á su víctima para acometerla traidoramente, por la espalda y sobre seguro, es por cierto mucho mas culpable que el que sin tomar estas precauciones, provoca la cólera y la defensa de la persona ofendida*"²⁵⁵. Sin embargo, no se puede

²⁵⁵ VIZMANOS, T. y ÁLVAREZ, C., *Comentarios al nuevo código penal*, Tomo II, Madrid, 1848, pg. 131.

entender la mención a la culpabilidad como equivalente a la culpabilidad clásica de la teoría del delito, sino como sinónimo de agravación. Esto se debe a que, si bien las referencias a "traidoramente", "acecha" y "sobre seguro" parece implicar un determinado ánimo o tendencia en el delito, esa mayor culpabilidad de la que hablan VIZMANOS y ÁLVAREZ se determina también por una eliminación de la defensa de la persona ofendida. La "mayor culpabilidad" está pues determinada, para estos autores, tanto por una mayor gravedad objetiva como por una mayor gravedad subjetiva.

PACHECO, que, como ya vimos, diferencia los delitos de traición, entendidos éstos como los cometidos contra el Estado, de los delitos a traición, parece diferenciar en la alevosía una dimensión objetiva, consistente en el aseguramiento del resultado, y una dimensión subjetiva, consistente en un particular ánimo cobarde²⁵⁶. Dice así el autor: *"Aquella misma palabra [traición], que significó rectamente el crimen de Estado, significó también por una ampliación bien fácil el crimen hecho sobre seguro, faltando a la lealtad que el caballerismo infundía en nuestras costumbres"*. Igualmente entiende el autor que *"es traidor el que ataca la independencia nacional; es también traidor el que obra alevosamente y sobre seguro"*. Junto a estas dos dimensiones PACHECO referencia también una cuestión de peligrosidad y alarma social, cuando entiende que *"la alevosía es una de las mayores vilezas que pueden rebajar a un delincuente, y también uno de los peligros que alarman más á la sociedad entera. El alevoso es semejante al reptil, que llega callado, arrastrándose, sin anunciar su ira, sin dar lugar para la defensa"*.

SILVELA, que maneja una concepción del delito en la que se diferencia la modificación de la gravedad del delito de las circunstancias *"modificativas de la imputabilidad en el agente"*, entiende que *"las*

²⁵⁶ PACHECO J. F., *El código penal concordado y comentado*, Tomo I, 1856, pg. 217-218.

circunstancias accidentales concurren en el hecho criminal y tienen, por tanto, un carácter objetivo"²⁵⁷. Igualmente entiende este autor que "consecuencia de la noción de estas circunstancias, tal y como las venimos presentando, es que concurren en el acto de quebrantamiento del Derecho en cualquiera de sus estados, ya cuando se resuelve, ya cuando se prepara, ya cuando se intenta ó se consuma, lo que las diferencia de aquellas que modifican la Pena, que pueden ser, no sólo posteriores al Delito y á la sentencia, sino también subjetivas y personales". De manera prototípica establece así SILVELA que existe una diferencia entre las circunstancias que modifican el hecho, objetivas, y las circunstancias que modifican la "imputabilidad en el agente", subjetivas. Entre las primeras encontramos las circunstancias consistentes en "la manera de llevar á cabo el Delito dentro de las tres formas indicadas en el párrafo XXXIX, como á traicion, ejecutando males ó crueldades innecesarios para la comisión del crimen, aumentando la ignominia que del mismo se desprende, etc"²⁵⁸, por lo que la naturaleza agravatoria de la alevosía radica en la mayor gravedad objetiva del hecho.

Para GROIZARD las circunstancias "no tienen otra virtud, otra naturaleza, otro carácter, que la de hacer más grave ó más leve un hecho que, independientemente de ellas, ya reunía los elementos esenciales para ser elevado á delito"²⁵⁹. El autor parece así entender que todas las circunstancias agravantes se fundamentan en una mayor gravedad del hecho, y se clasifican en ocho tipos: las relacionadas con las personas, las relacionadas con la cosa, las relacionadas con el lugar, las relacionadas con el número de los culpables, las relacionadas con el número de delitos cometidos, las relacionadas con la causa impulsiva del delito, las

²⁵⁷ SILVELA, L., El derecho penal estudiado en principios, Madrid, 1874, pgs. 182 y ss.

²⁵⁸ Se refiere aquí el autor a la comisión violenta, a la comisión mediante engaño, y al quebrantamiento del derecho "en el momento de descuido ó de inatención del que le disfruta ó de los encargados de protegerle", pg. 180.

²⁵⁹ GROIZARD, A., El código penal de 1870 concordado y comentado, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 1902, pgs. 413 y ss.

relacionadas con el medio o el modo de cometer el delito y las relacionadas con el tiempo. Aunque la clasificación arroja dudas sobre si alguna de los grupos de circunstancias que establece GROIZARD no agravarían en realidad por un mayor desvalor subjetivo del autor, no sucede así con las circunstancias "*relacionadas con el medio o modo de cometer el delito*" a las que pertenece la alevosía, sin perjuicio de que, como veremos en el apartado correspondiente, este autor exija también un elemento subjetivo en la circunstancia.

Para VIADA las circunstancias agravantes "*son hijas de ese mayor grado de perversidad que puede manifestarse en la comisión de todo delito, proveniente ya de la causa impulsiva del mismo, ya del lugar y tiempo en que se comete, ya del medio ó modo empleados en su ejecución, ora de las circunstancias personales del culpable ó del ofendido, ora de las circunstancias de la cosa objeto del mismo*"²⁶⁰. Para el autor, por lo tanto, independientemente de cuál sea la causa de agravación de las circunstancias todas se reconducen a un mismo motivo de agravación, esto es, el "mayor grado de perversidad".

MONTES realiza una clasificación de las circunstancias agravantes que en cierta manera anticipa la diferencia entre mayor injusto y mayor culpabilidad, aunque con matices²⁶¹. Así, entiende que "*en conformidad con la doctrina del mal mixto -mal moral, mal material y mal social o político- que inspiró nuestro código, el fundamento de la agravación está, unas veces en suponer la circunstancia de que se trate mayor perversidad que si no existiera, y otras, en producir la circunstancia agravante mayor daño material o social*". Sin embargo, a continuación, matiza que "*en rigor, todas*

²⁶⁰ VIADA, S., *código penal reformado de 1870, con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876 concordado y comentado*, Tomo I, 4ª edición, Madrid, 1890, pg. 247.

²⁶¹ MONTES, J., *Derecho penal español, parte general*, Volumen I, Nuñez Samper, 1917, pgs. 430 y ss.

o casi todas vienen a fundarse en la razón del mal moral, ya que el mayor daño material o social de algún modo ha de estar en la voluntad para que sea imputable al delincuente". Para este autor existe la mayor agravación por el hecho (mal material), por la mayor perversidad del autor (mal moral) o por la mayor repercusión que la circunstancia provoca (mal social), aunque el decisivo en todos o casi todos los casos es el segundo. Sobre la alevosía, dice MONTES, a pesar de incluirla dentro del epígrafe de circunstancias que agravan por las "*formas y medios de ejecución del delito*" que "*la mayor perversidad del que así obra y el mayor peligro que representa por hacer imposible la defensa individual contra la agresión, son las razones que justifican esta agravante*". La mayor gravedad de un delito alevoso se sitúa así tanto en el ámbito de la acción como en el ámbito del autor.

En los comentaristas examinados no encontramos aún referencias a la teoría del delito mayoritaria a partir del segundo tercio del siglo XX. La discusión sobre si la alevosía agrava por mayor antijuricidad (y, dentro de ésta, si agrava por mayor desvalor de acción o mayor desvalor de resultado), por mayor culpabilidad, o si la razón de agravación ha de encontrarse fuera de la teoría del delito es posterior a todos ellos, pero, sin embargo, sí encontramos referencias a las razones o causas de agravación que recuerdan a lo que más tarde constituirá el eje de esta discusión.

VII.1.2 – Autores dentro del marco de la teoría del delito

A modo de introducción, antes de analizar las posturas de los distintos autores que sitúan la naturaleza jurídica de la alevosía en una mayor antijuricidad (o un mayor injusto) o una mayor culpabilidad, trazaremos de manera básica y siguiendo a ROXIN cuáles han sido las etapas principales en la evolución de la teoría del delito, y especialmente en la evolución de los conceptos de antijuricidad y culpabilidad, a efectos

de una mejor comprensión y contextualización de las posturas doctrinales que vamos a examinar²⁶².

Las categorías básicas del delito (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) son sistematizadas por autores como LISZT o BELING (en el llamado sistema clásico), que parten de la idea de que la antijuricidad recoge todos los aspectos objetivos del delito, esto es, todos aquellos que pertenecen a la realidad, externa a la psique del autor, mientras que en sede de culpabilidad han de analizarse todos los aspectos subjetivos del delito, internos, pertenecientes a la psique del autor, y muy especialmente el dolo y la culpa.

Este sistema clásico, dominante en la doctrina a principios del siglo XX, entra en crisis por el reconocimiento por parte de distintos autores de que en la tipicidad y en la antijuricidad han de analizarse elementos de carácter subjetivo. Cita ROXIN el ejemplo del elemento anímico-interno del ánimo de apropiación en el delito de hurto, es decir, la concurrencia no solamente de un aspecto objetivo (la sustracción material del bien ajeno), sino también de un aspecto subjetivo (que esta sustracción sea realizada por el autor con ánimo de apropiarse del bien, y no, por ejemplo, con el ánimo de ponerlo a salvo de otra persona, tomarlo para examinarlo de cerca, etc.). Al mismo tiempo, en determinados casos, la culpabilidad también se ve integrada por elementos de naturaleza objetiva, como sucede en el caso del estado de necesidad disculpante o la imprudencia consciente. Estas dificultades llevan a la sustitución del sistema clásico por el llamado sistema neoclásico, encabezado por MEZGER y dominante hacia 1930.

²⁶² ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la 2ª edición alemana por LUZÓN PEÑA, D.-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., Thomson Civitas, 2008, pgs. 198 y ss.

Hacia mediados del siglo XX, se desarrolla la teoría final de la acción, o el sistema finalista, fundada esencialmente por WELZEL, MAURACH o STRATENWERTH. A diferencia del cambio del sistema clásico al sistema neoclásico, que mantenía en lo esencial la definición y la naturaleza de las distintas categorías del delito, si bien alterando su composición, el modelo finalista redefine la acción y a consecuencia de ello también el tipo, el injusto y la culpabilidad. El punto de partida del sistema finalista es la consideración de la acción no como una mera causación natural de un resultado derivado de un comportamiento humano, sino un comportamiento seleccionado, dirigido y controlado por el ser humano para la consecución de un resultado concreto. Muy gráficamente entiende ROXIN que en este sistema *“sólo habrá una acción de matar si el autor pone rumbo al objetivo con conocimiento y voluntad, o sea si mata dolosamente”*. La consecuencia más importante de esta nueva concepción de la acción es que el dolo y la culpa son extraídos de la culpabilidad para pasar a ser elementos esenciales de todos los tipos penales, y por lo tanto a ser un elemento nuclear del análisis de tipicidad. Ello supone un paso más en la subjetivización del injusto que se había iniciado con el sistema neoclásico, ahora mucho más profundo y con un alcance general, no excepcional: aumenta la carga subjetiva del injusto, que ahora en todos los casos tendrá un componente objetivo y un componente subjetivo, mientras que disminuye la carga subjetiva de la culpabilidad, que, si bien sigue manteniendo elementos tanto de carácter objetivo como de carácter subjetivo, tiende a normativizarse, pasando a incluir también el llamado juicio de reproche o reprochabilidad.

Según ROXIN, el impulso del sistema finalista ha sido decisivo y algunas de sus propuestas han sido acogidas por la doctrina mayoritaria, pero sus postulados no se han impuesto de manera total. La mayor parte de la doctrina sigue, para el autor, una síntesis *“entre los nuevos impulsos que debemos al finalismo, y ciertas conclusiones irrenunciables de la*

anterior fase de desarrollo de nuestra ciencia, determinada por el pensamiento valorativo y teleológico, o sea, la teoría neoclásica del delito". Esta síntesis, dominante en la actualidad, pasa primero por rechazar el concepto finalista de la acción, y ello porque un concepto ontológico de acción no puede ser vinculante para el derecho penal, que es fundamentalmente valorativo, y también porque el concepto final de acción, que explica bien los delitos dolosos activos, no puede ser aplicado ni a los delitos imprudentes ni a los delitos omisivos, o al menos no sin grandes dificultades. Sin embargo, la consecuencia sistemática más importante del finalismo, esto es, el traslado del dolo y la culpa al tipo subjetivo, sí ha sido asumida por la doctrina mayoritaria. Así, para ROXIN, en la actualidad la diferencia entre el injusto y la culpabilidad en el sistema de síntesis neoclásico-finalista es que el injusto caracteriza el desvalor de acción y del resultado, mientras que la culpabilidad caracteriza el "desvalor de la actitud interna". Este desvalor de la actitud interna consiste tanto en el juicio sobre las posibilidades que tenía el autor de evitar la realización antijurídica del tipo como de su reprochabilidad.

ROXIN destaca también la creciente importancia, si bien no mayoritaria, del modelo funcionalista o el sistema racional-final o teleológico. Estos autores parten de la hipótesis de que el sistema jurídico-penal no ha de formarse partiendo de realidades ontológicas previas (acción, causalidad, etc.), sino que ha de fundamentarse en las finalidades del derecho penal. En lo que nos afecta, la novedad más importante de esta teoría es la ampliación de la culpabilidad a la categoría de "responsabilidad", añadiéndosele las consideraciones sobre la necesidad preventivo-general o preventivo-especial de la pena. Así, la culpabilidad y la necesidad de prevención *"se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la "responsabilidad" personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena"*.

VII.1.2.1 – Autores que defienden una mayor antijuricidad o un mayor injusto

ANTÓN ONECA divide las circunstancias en objetivas, si afectan a la antijuricidad, y en subjetivas, si afectan a la culpabilidad²⁶³. Así, *"las objetivas se referirán al hecho externo y las subjetivas a la culpabilidad y a la valoración de la persona responsable que a través del juicio de culpabilidad se realiza"*. En concreto, las objetivas se dividen en tres categorías: aquellas definidas por la condición del sujeto pasivo, aquellas que consideran el tiempo y lugar de la acción, y aquellas que se definen por los medios y modos de ejecución. Dentro de esta última categoría sitúa el autor a la alevosía.

Para CEREZO MIR *"la mayor parte de las circunstancias agravantes del artículo 22 suponen una mayor gravedad de lo injusto, concretamente por ser mayor el desvalor de la acción"*²⁶⁴. Sólo el actuar por precio, recompensa o promesa, los motivos racistas, ideológicos o confesionales y la reincidencia afectan, para este autor, a la culpabilidad, mientras que el ensañamiento tiene una naturaleza mixta. La alevosía agrava pues por aumentar el injusto, y, en concreto, por mayor desvalor subjetivo de acción, por emplear el autor medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurar ésta e impedir los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima. El autor, sin embargo, recoge también la incidencia de la alevosía en el desvalor objetivo de acción, pues entiende que es preciso también que este empleo de medios, modos o formas de ejecución implique, *"en un juicio ex ante, en el momento del comienzo de la acción una mayor probabilidad de la producción del resultado delictivo, es decir, un aumento de la peligrosidad de la misma"*, pues en la concepción de lo

²⁶³ ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal*, 2ª edición, Akal, 1986, pgs. 384 y ss.

²⁶⁴ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, Tomo II, 6ª edición, Tecnos, 2005, pgs. 352 y ss. y 372 y ss.

injusto de los delitos dolosos en el nuevo código penal la peligrosidad de la acción "*aparece como un elemento cofundamentador de lo injusto*".

En la idea del mayor injusto por mayor probabilidad del resultado se sitúa también MIR PUIG²⁶⁵. El autor entiende, en primer lugar, que todas las circunstancias agravantes lo son por mayor injusto, ya que en la concepción de la imputación personal de este autor (equivalente a la culpabilidad en otras posturas sobre la teoría del delito), ésta actúa como regla de atribución de una responsabilidad ya definitivamente determinada en la antijuricidad. Así, entiende MIR PUIG que "*lo único que se pregunta al comprobar la imputación personal es, según esto, si las condiciones en que tuvo lugar la motivación del autor son normales y permiten atribuirle plenamente el injusto penal, o si son plena o parcialmente anormales, y entonces no puede atribuírsele el injusto o sólo parcialmente*". No son posible pues conceptualmente las circunstancias agravantes por mayor imputación personal, ya que o el sujeto es plenamente imputable y entonces se mantiene idéntica la responsabilidad ya definida en el injusto, o el sujeto no es plenamente imputable y esta responsabilidad se reduce o incluso elimina. La imputación personal "*no puede, sin embargo, crear un nuevo desvalor que no provenga ya del injusto penal, porque no puede más que atribuir el injusto penal que concurra. Toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, la imputación personal sólo condiciona la atribución total o parcial de dicha gravedad*". Esto no obsta, sin embargo, a que en el injusto se diferencien circunstancias objetivas y subjetivas, que, para MIR PUIG, se definen de la manera siguiente: son objetivas aquellas que denotan mayor peligrosidad del hecho, ya sea por la especial facilidad de comisión determinada por los medios, por la especial facilidad de impunidad o por ambas razones, y aquellas que suponen un ataque más extenso al bien jurídico, mientras que

²⁶⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10ª edición, Reppertor, 2015, pgs. 648 y ss.

son subjetivas aquellas que indican una motivación particularmente indeseable o revelan en el sujeto una actitud más contraria al derecho. Esta clasificación en objetivas y subjetivas se debe a su razón objetiva o subjetiva, es decir, a la causa de agravación, y no a sus elementos, pues tanto en las circunstancias agravantes clasificadas como "objetivas" como en las clasificadas como "subjetivas" requiere el autor de la presencia tanto de elementos objetivos como de elementos subjetivos. La alevosía se define pues para MIR PUIG como circunstancia que aumenta el injusto (pues todas lo hacen) y, dentro de éstas, como objetiva, no en el sentido de que para su apreciación sean suficientes únicamente elementos objetivos, sino porque supone una mayor facilidad de comisión del hecho. Así, la alevosía, el abuso de superioridad, el abuso de confianza y el carácter público del culpable *"aumentan el injusto penal porque suponen (ex ante) un mayor peligro para el bien jurídico. El legislador castiga en mayor medida los hechos realizados por medios o sujetos o en ocasión especialmente peligrosos, con objeto de que la mayor penalidad haga desistir al sujeto de utilizar tales vías, con lo que se pretende dificultar su uso y así proteger los bienes jurídicos de los ataques más peligrosos"*.

Considera ALONSO ÁLAMO que la importancia histórica que la cobardía ha desempeñado en la alevosía, y su reconducción a la culpabilidad, ha de ser reducida²⁶⁶. Si bien para la autora la cobardía es un elemento cofundamentador de la alevosía, junto al aseguramiento del resultado, a este segundo fundamento *"sólo debe otorgársele carácter complementario"*. La cobardía no es suficiente para fundamentar la agravante, ni tampoco para orientarla sistemáticamente hacia la culpabilidad. La auténtica ratio de la alevosía se encuentra, para ALONSO ÁLAMO, en el aumento del desvalor objetivo-final *"que hace referencia a la peligrosidad de la acción y que la tiñe de un particular contenido de desvalor"*.

²⁶⁶ ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981, pgs. 493 y ss.

volviéndola objetivamente más grave", aumento que produce conscientemente el autor mediante un específico modo de ejecución con una particular tendencia: asegurar la ejecución y dejar a la víctima indefensa²⁶⁷. Esto se traduce en un mayor desvalor de acción, pues, de los dos elementos esenciales de la alevosía, la indefensión de la víctima objetivamente considerada y la búsqueda o aprovechamiento consciente de tal indefensión por parte del autor, el segundo es el que orienta la fundamentación y naturaleza de la agravante.

También sitúa la alevosía dentro de las circunstancias que suponen un mayor contenido de injusto, y, dentro de éstas, las que suponen un incremento del desvalor de acción, SANZ MORÁN, que entiende que *"la agravante aparece informada por la especificidad del medio, modo o forma de ejecución del hecho"*²⁶⁸.

Para BUSTOS RAMÍREZ, las circunstancias modificativas del delito tienen por objeto *"una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen, e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales"*²⁶⁹. El autor dibuja así, a priori, un escenario en el que las circunstancias pueden afectar o bien al injusto o bien a la culpabilidad. La alevosía, en concreto, pertenece al primer grupo, bajo el epígrafe de las circunstancias que *"aumentan el desvalor de acto"*. La alevosía aumenta pues, para este autor, el injusto, y dentro de éste, el desvalor de acción, pues lo fundamental de la alevosía es *"el ánimo aleve"*

²⁶⁷ ALONSO ALAMO, M., *La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015*, Cuadernos de Política Criminal, Número 117, pg. 34.

²⁶⁸ SANZ MORÁN, A., *Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 48, Número 3, 1995, pg. 808.

²⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J.J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de derecho penal*, Volumen II, Trotta, 1999, pgs. 396 y ss.

o traidor, es decir, buscar la indefensión de la víctima, o, lo que es lo mismo, asegurar totalmente su acción".

Considera GARCÍA ARÁN que la alevosía no puede vincularse con la culpabilidad, pues *"la coherencia con los principios de un derecho penal del hecho exige no fundamentar la pena en elementos pertenecientes a la valoración del carácter o la forma de ser del autor"*, por lo que el carácter cobarde del autor debe ser irrelevante para la apreciación o no de la circunstancia²⁷⁰. La autora entiende, por el contrario, que el comportamiento que busca la indefensión del bien jurídico protegido implica una mayor desvaloración del injusto, *"aunque dicha valoración pueda considerarse desacertada"*. La autora encuentra un argumento a favor de la colocación sistemática de la alevosía en la antijuricidad en la ya estudiada relación consecucional entre la naturaleza objetiva de la alevosía por razón del artículo 65 del código penal y su afección al injusto, relación que, en opinión de GARCÍA ARÁN, *"no suele discutirse"*. La autora entiende así que la comunicabilidad a los partícipes de la alevosía si la conocen en el momento de su intervención en el hecho *"apoya su consideración como circunstancia afectante al injusto"*.

El fundamento de la alevosía ha de encontrarse en un mayor contenido de injusto, según ARIAS EIBE. Así, entiende el autor que la mayor gravedad de hecho se explica por *"la ejecución insidiosa y clandestina del mismo; en el aseguramiento y la mayor facilidad de comisión del delito"*²⁷¹. Entiende el autor, además, que no es preciso la concurrencia de traición ni de cobardía. A continuación, sin embargo, defiende una fundamentación doble al decir que *"se trata pues, de que es*

²⁷⁰ GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Directores), *Comentarios al código penal, parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, 2004, pg. 23.

²⁷¹ ARIAS EIBE, M. J., *La circunstancia agravante de alevosía, estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Número 7, 2005, pgs. 11 y ss.

el aseguramiento del delito y del delincuente, junto con la especificidad de la forma clandestina insidiosa o sorpresiva de la comisión lo que co-fundamenta esta agravante". Este empleo de medios determinados con intención de asegurar el hecho e impedir los riesgos provenientes de la víctima incide en distintos ámbitos del hecho y del autor: así, se añade al desvalor de resultado un "especial e intenso desvalor de la acción", y suponen "a la par que una mayor sangre fría en la preparación o comisión del delito, un aumento de la peligrosidad de la acción, ya que el empleo de tales medios modos o formas de ejecución, desde una perspectiva ex ante –en el momento del comienzo de la acción-, supone una evidente ventaja que hace más probable la producción del resultado delictivo".

Como ya vimos en el capítulo referente al fundamento de agravación de la alevosía, para ÁLVAREZ GARCÍA éste "se encuentra en la mayor debilidad del bien jurídico atacado en atención a los medios comisivos, lo que implica un mayor desvalor de la acción y justifica el incremento de la sanción", lo que supone un incremento del injusto²⁷².

Como ya hemos adelantado, MORILLAS CUEVA considera que la alevosía "se trata, en definitiva, de una conducta agresora que objetivamente cabe ser valorada en cuanto orientación al aseguramiento de la ejecución delictiva para lo que se proyecta hacia la eliminación de la posible defensa de la víctima y, consecuentemente, de los riesgos que aquella le podría producir en la realización de la infracción criminal"²⁷³. Este punto de partida lleva al autor a considerar que "semejante argumentación me lleva al significado de la alevosía como generadora de un mayor contenido del injusto de hecho".

²⁷² ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Derecho penal español, parte especial*, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2011, pg. 85.

²⁷³ MORILLAS CUEVA, L, *Sistema de derecho penal, parte general*, Dykinson, 2018, pgs. 1021 y 1022.

VII.1.2.2 – Autores que defienden una mayor culpabilidad

Para CUELLO CALÓN las circunstancias agravantes tienen un carácter "*puramente personal y subjetivo*", pues representan "*una mayor perversidad del delincuente a la que corresponde una mayor culpabilidad*"²⁷⁴. En desarrollo de esta idea entiende el autor en otra obra²⁷⁵ que "*lejos de tener como nota distinta un carácter objetivo, las agravantes son puramente subjetivas y personales, pues siempre representan una mayor perversidad o una mayor temibilidad del delicto cuyo acto acompañan*". La alevosía sigue esta suerte, pues entiende el autor que el empleo de medios alevosos es "*expresión de una mayor perversidad y por consiguiente de una culpabilidad más grave*". En desarrollo de esta idea entiende CUELLO CALÓN que lo determinante de la alevosía es la finalidad del sujeto de asegurar la ejecución del delito sin riesgo para su persona. Esta circunstancia tiene, para este autor, y siguiendo a PACHECO, un fondo de cobardía que es el que determina que el reo sea "*más abyecto y peligroso*".

Según JIMÉNEZ DE ASÚA, las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad "*si repercuten en la responsabilidad es por indicar mayor o menor peligro*"²⁷⁶. A continuación, vincula esta mayor peligrosidad del autor a una mayor culpabilidad: "*Por otra parte, si la peligrosidad expresada en el acto concreto, se vincula al elemento caracteriológico que ha de ser tenido en cuenta en el juicio de culpabilidad*

²⁷⁴ CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal, revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ*, Tomo I, Volumen Segundo, 17ª edición, Bosch, 1975, pgs. 576 y ss.

²⁷⁵ CUELLO CALÓN, E., *El nuevo código penal español (exposición y comentario)*, Libro I, Bosch, 1929, pg. 133.

²⁷⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de derecho penal*, Tomo V, 2ª edición, Losada, 1965, pgs. 177 y ss. Resulta importante recordar que la postura de este autor se encuentra fuertemente influida por el positivismo criminológico, que otorga una importancia capital a la peligrosidad del autor, manifestada ésta no solamente en los propios elementos objetivos y subjetivos presentes en el hecho, sino también, como apunta el autor, en la personalidad del delincuente.

(*vid. supra, cap. XXXI-227*), es obvio que esas circunstancias influyen en el más o el menos de lo culpable". Corrige así el autor una postura anterior que mantenía en la primera edición de la obra citada según la cual el trato de estas circunstancias pertenecía "a la aplicación y mensuración de las penas" al estilo del sistema seguido en Alemania. Sin género de dudas manifiesta JIMÉNEZ DE ASÚA su apartamiento definitivo de esta postura cuando dice que "lo que no aparece propio es tratarlas como datos para la medida de la pena, sistema seguido en Alemania, porque si agravan o atenúan la pena será por algo. Y este algo es el grado de culpabilidad o peligrosidad". El equilibrio entre los conceptos de culpabilidad y peligrosidad no representa, para este autor, ninguna dificultad, pues entiende, siguiendo a FERRI, que "delito y delincuente son los dos objetos inseparables de la ley penal". Así, la mayor culpabilidad del autor es precisamente lo que determina su mayor peligrosidad, pues éste es un concepto que ha de ser fijado "por la gravedad del delito, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente". JIMÉNEZ DE ASÚA considera que "todas las circunstancias que modifican la aplicación de la pena son eminentemente subjetivas. Las atenuantes se refieren a la imputabilidad y a la culpabilidad, y las agravantes al móvil del dolo y al peligro del agente". Hemos visto, sin embargo, cómo para el autor esta contraposición entre culpabilidad y peligrosidad no ha de ser tomada como excluyente, en la medida en que la peligrosidad está integrada, entre otros, por la culpabilidad. De la misma manera, la referencia al "móvil del dolo" nos sitúa, en el contexto del autor, también en el terreno de la culpabilidad, sin perjuicio de que podamos entender que, en el marco de una teoría del delito en la que el dolo forme parte del injusto, esta mayor gravedad por su móvil determinaría su pertenencia a la antijuricidad y no a la culpabilidad. Este criterio lo ejemplifica el autor con la alevosía, sobre la que considera que "aunque la alevosía aparezca de un modo objetivo, si no ha sido buscada de propósito o aprovechada por el agente, no podrá agravar la pena". La naturaleza jurídica de la alevosía es pues la de agravar la

culpabilidad por vía de un particular móvil del autor, y concretamente el del uso de "*formas alevosas, traidoras o cobardes*", categoría en la que JIMÉNEZ DE ASÚA sitúa a la alevosía y a sus circunstancias afines (astucia, fraude o disfraz, abuso de superioridad, abuso de confianza y aprovechamiento de calamidad, ejecución con armas o en unión de quienes proporcionen impunidad, nocturnidad o despoblado, escalamiento, fractura y embriaguez preordenada al delito).

Aunque pudiera parecer que PUIG PEÑA defiende que la agravación de las circunstancias se encuentra en el injusto, pues dice que "*en un sentido amplio, son circunstancias agravantes todas aquellas que aumentan la intensidad antijurídica del hecho y, por ende, la responsabilidad del autor*", tenemos que incidir en el particular sentido que el término "intensidad antijurídica" tiene en esta idea, pues, tal y como marca el propio autor, el sentido de esta antijuricidad es más amplio que el del tradicional elemento del delito²⁷⁷. Muy claramente matiza PUIG PEÑA este sentido cuando dice que "*cuando decimos que las agravantes aumentan la intensidad antijurídica del hecho, no queremos decir que sean tales agravantes por razones de una mayor antijuricidad, sino que el hecho en su conjunto, tal como aparece en el plano real, merece un más duro reproche de la sociedad*". Mayor antijuricidad es pues, aquí, sinónimo de mayor gravedad, sin que esta mayor gravedad se concrete en una mayor antijuricidad en sentido estricto. PUIG PEÑA diferencia, sobre la naturaleza jurídica de las agravantes, tres doctrinas: la doctrina "clásica u objetiva", la doctrina "moderna o subjetiva", consistente, según el autor, en un carácter "*puramente personal y subjetivo, pues no presenta sino una mayor culpabilidad, una mayor temibilidad del delincuente en cuyo acto aparecen*", y la doctrina "eclectica o intermedia". Este autor entiende que "*la postura subjetiva es la que satisface más cumplidamente las exigencias*

²⁷⁷ PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, Tomo II, 5ª edición, Desco, 1959, pgs. 113 y ss.

de nuestro Derecho, y, por ende, estimamos que si estas circunstancias agravan es en razón de la mayor gravedad subjetiva del delincuente". Sobre la alevosía, entiende PUIG PEÑA que "no puede darse con el absoluto objetivismo de la simple realidad de los hechos", sino que esta circunstancia ha de pasar "por el tamiz de la culpabilidad"²⁷⁸. Esta mayor culpabilidad se fundamenta en ser la alevosía manifestación de la "máxima perfidia" del autor, concretada en "no es sólo la eliminación del riesgo lo que merece destacarse, sino la abyección que supone el dar muerte a esos seres indefensos".

Para CAMARGO HERNÁNDEZ la cuestión de la naturaleza jurídica se vincula directamente con la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía²⁷⁹. Así, entiende el autor que *"para los que encuentran el fundamento de la alevosía en razones de naturaleza objetiva, se hallará el motivo de la existencia de esta agravante, en un aumento de la antijuricidad del hecho; mientras que para los partidarios de las teorías subjetivas, estará en la mayor culpabilidad del agente"*. Para el autor la alevosía es una circunstancia puramente subjetiva, lo cual justifica con seis argumentos: el primero, siguiendo a FERRER SAMA, que la "moderna orientación" del derecho penal obliga a centrarse en el factor personal. El segundo, siguiendo a CUELLO CALÓN, que la alevosía es fundamentalmente una manifestación de la mayor peligrosidad del delincuente, y así "la mayor gravedad objetiva del delito es consecuencia de la mayor gravedad subjetiva del autor del hecho". El tercero, que es indispensable en la alevosía que se dé "la consciencia en el culpable de que obra traicioneramente y sobre seguro". El cuarto, que el código penal no exige que la víctima se encuentre en estado de indefensión ni que el hecho se ejecute de forma segura, sino que se empleen medios que tiendan a esos fines. El quinto lugar CAMARGO HERNÁNDEZ retoma el ya examinado

²⁷⁸ PUIG PEÑA, F., *Alevosía*, en *Nueva enciclopedia jurídica*, Seix, 1950, pg. 559.

²⁷⁹ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 41.

argumento centrado en el artículo 60 (actual artículo 65) del código penal según el cual es necesario el conocimiento de las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla para que estas circunstancias se transmitan a los partícipes. En sexto y último lugar se refiere CAMARGO HERNÁNDEZ a la orientación mayoritariamente subjetiva, según su opinión, de la jurisprudencia, al entender ésta que los medios, modos o formas hayan sido buscados de propósito o por lo menos aprovechados. Estos seis argumentos hacen concluir al autor que la alevosía tiene naturaleza subjetiva y, consecuentemente, que aumenta la culpabilidad del autor: "*para nosotros, la única razón de ser de esta circunstancia es tener en cuenta -en el momento de la imposición de la pena- la mayor culpabilidad del autor del hecho; y esto por dos motivos: el primer lugar, porque si como hemos visto la alevosía es de naturaleza subjetiva, no puede tener su fundamento en un aumento de la antijuricidad, que, generalmente, es objetiva; y en segundo lugar, porque si bien el hecho en que concurre esta circunstancia puede revestir una mayor gravedad objetiva, esta gravedad no es más que uno de los elementos en virtud de los cuales se nos muestra al exterior la mayor culpabilidad del agente*". Este segundo argumento es importante en la medida en que CAMARGO HERNÁNDEZ no niega que la alevosía tenga incidencia tanto en el ámbito objetivo como en el ámbito subjetivo del delito, sino que se deduce su fundamento de la mayor culpabilidad por estar ésta en el origen de la mayor gravedad objetiva del delito cometido con alevosía.

Para MARTÍN GONZÁLEZ el fundamento de la alevosía no puede encontrarse en la antijuricidad ni en la culpabilidad, pues esta identificación dependería del concepto del que se parta a la hora de fijar el contenido de ambas categorías²⁸⁰. Lo que se mantiene constante en la alevosía es, sin embargo, "*una mayor repulsa social, o será más grave el juicio de*

²⁸⁰ MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pgs. 46 y 56 y ss.

desaprobación que merezca el hecho alevoso". El autor sitúa el fundamento de la alevosía, por lo tanto, en el juicio de desaprobación en que consiste la culpabilidad, "según la teoría normativa de ésta". Así, el fundamento de la alevosía se sitúa en la producción de "una mayor repulsa, un más acentuado reproche social, en el seno de una sociedad moralmente sana, sobre la acción, en primer término, pero también sobre el autor, aunque sea en forma secundaria, en cuanto que la valoración de aquélla incide sobre la de quien la realiza". Más claramente entiende el autor a continuación que "apunta la alevosía a una mayor ofensa a los sentimientos que se encuentran en todas las conciencias sanas, a los que son propios de "los hombres de buena voluntad". El grupo social reclama para tales supuestos una agravación de la pena y no se conforma con una sanción insuficiente".

VII. 1.3– Autores que sitúan la naturaleza jurídica de la alevosía fuera de la teoría del delito

Critica QUINTANO RIPOLLÉS la, en su opinión, complicada y estéril clasificación de las circunstancias modificativas del delito en relación a los elementos del delito²⁸¹. En una primera aproximación a esta idea, entiende el autor que *"cierto es que las circunstancias modificativas, o muchas de ellas, presentan rasgos morfológicos más o menos emparentados con los diversos elementos del delito, y que por ello pudiera llevarse a cabo una nueva coordinación, como tantas otras veces se ha intentado, con dudoso éxito por los autores. Tarea de investigación impropia de un manual expositivo, por la falta de claridad que acarrearía el fragmentar demasiado las circunstancias, sin trascendencia alguna, ya que todas ellas abocan al mismo fin exclusivo de alterar las cuantías de la punición"*. El criterio de clasificación adecuado para QUINTANO RIPOLLÉS no es pues la

²⁸¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de derecho penal*, I, Revista de derecho privado, Madrid, 1963, pgs. 410-411 y 434 y ss.

vinculación a injusto o culpabilidad, y no sólo, como parece indicar en la cita anterior, por la dificultad de entroncar esta idea en un manual expositivo, sino que esta postura de vincular circunstancias modificativas a elementos del delito ha sido *"abandonada por su inseguridad y, sobre todo, por su ineficacia"*. Sin embargo, encontramos cómo, en el específico estudio de la alevosía, QUINTANO RIPOLLÉS sí parece reconducir la naturaleza jurídica de la circunstancia a la culpabilidad cuando entiende que *"en lo que afecta a los elementos del delito, la alevosía se relaciona íntimamente con la culpabilidad, pero no al modo de como lo entendiera Manzini, en su textura psicológica, pues entonces estaría en contradicción con la tesis objetivista que acabo de defender²⁸², sino con la culpabilidad normativamente considerada, a modo de juicio de reproche. La acción se juzga aleve con un máximo de culpabilidad por lo que tiene de superlativo reproche jurídico y social en vista de las consideraciones de gravedad que el hecho entraña"*. A continuación, entiende el autor que la elaboración moderna de la alevosía se corresponde con una *"correlativa importancia de los elementos ético-sociales de la culpabilidad"*. En otra obra²⁸³, el autor parece desprenderse definitivamente de la idea de la agravación de la alevosía por razón de la "culpabilidad psicológica", pues entiende que *"la razón de la agravación no está, como explicaba PACHECO, en la abyección moral que el ataque alevoso delata. Castigar la alevosía por cobardía pudo ser un motivo explicable en épocas románticas y un tanto ingenuas, en que el riesgo personal suscitaba siempre cierta admiración, incluso en el delincuente"*. La única justificación

²⁸² Véase la consideración de la alevosía como circunstancia de naturaleza objetiva por parte de este autor en el capítulo anterior, que entendía que *"prefieren acentuar su objetividad Silvela, Valdés y Antón Oneca, que la catalogan en el grupo de las objetivas por medio o modo de comisión. A mi modo de ver, es esta segunda solución la más ajustada a la dogmática, que expresamente habla de medios, modos o formas en la ejecución, es decir, de características instrumentales referidas a un aseguramiento igualmente objetivo"*, en QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de derecho penal*, I, Revista de derecho privado, Madrid, 1963, pg. 434.

²⁸³ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al código penal*, Revista de derecho privado, Madrid, 1966, pgs. 203 y ss.

moderna que la alevosía puede encontrar es pues "*la de proveer a una más eficaz protección de las eventuales víctimas desvalidas, aunque el desvalimiento sea ocasional*". Esta justificación parece reconducir la idea de QUINTANO RIPOLLÉS a un mayor contenido de injusto por mayor desvalor de resultado, pero éste no por implicar el delito con alevosía un daño más grave, sino por una mayor riesgo o probabilidad de que el resultado se produzca. Así, entiende el autor que "*no cabe duda que una agresión alevosa es siempre más eficaz y fácil que una a pecho descubierto, y esa eficacia y facilidad debe justamente ser contrarrestada por un mayor riesgo, determinado por la agravación de la pena*". Junto a esta idea, plantea de manera aparentemente secundaria el autor la agravación también por mayor culpabilidad en sentido estricto, vinculando ésta a una mayor peligrosidad del autor, cuando dice que "*puede ser además la alevosía, pero no lo es siempre, indicio de máxima perversidad, determinante de una mayor peligrosidad social, justificativa también de agravación*". Esta postura ecléctica de QUINTANO RIPOLLÉS parece estar de acuerdo con el epígrafe bajo el que se estudia la alevosía en la primera obra examinada, llamado "*la alevosía propiamente dicha: su plural naturaleza*".

Considera GONZÁLEZ CUSSAC que las circunstancias modificativas de responsabilidad no pueden situarse en el marco de la teoría del delito. Partiendo de una concepción objetiva de la antijuricidad, entiende el autor que no cabe afirmar que las circunstancias "*supongan un menor o mayor contenido de injusto*"²⁸⁴. Entiende así que en ningún caso el concurso de ninguna circunstancia afecta a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, por lo que ninguna conlleva "*un plus o un minus de antijuricidad*". Sí admite GONZÁLEZ CUSSAC esa vinculación de las circunstancias al injusto, pero sólo adscribiéndose a dos posiciones: "*o bien*

²⁸⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, pgs. 143 y ss.

se concibe subjetivamente la antijuricidad, configurándola primordialmente como desvalor de acción; o bien, dentro de una concepción objetiva del injusto, se afirma que la función esencial del Derecho Penal es regular conductas humanas, entendiendo que la antijuricidad se construye fundamentalmente en torno a la idea del desvalor de acción, o por lo menos se acepta dicha categoría junto a la del desvalor de resultado". No es ésta, sin embargo, la postura del autor, que entiende que "el acento no ha de recaer en la conducta en sí misma considerada, sino en el resultado de dicho comportamiento". Así, entiende GONZÁLEZ CUSSAC que el carácter fragmentario del Derecho Penal, así como la propia esencia de un Estado de Derecho, imposibilita la aceptación del desvalor de acción, que supone, para el autor, un "adelantamiento de la línea de defensa" que no debe aceptarse. Tampoco pueden reconducirse las circunstancias a la culpabilidad, pues supondría "abrir una puerta a una nueva corriente moralizante del juicio de culpabilidad". La gravedad de un hecho se determina, para el autor, en base a tres pilares: contenido de injusto, reproche culpabilístico y necesidad de tutela. Quedando las circunstancias fuera de las dos primeras categorías, operan en la tercera, determinando la pena del caso concreto dentro del marco penal determinado por el contenido de injusto y la culpabilidad del sujeto. Esta afirmación general sobre las circunstancias se ve matizada en el caso de la alevosía, pues, como ya estudiamos en su apartado correspondiente, el autor considera que esta circunstancia no debe tener incidencia tampoco en la pena y ser irrelevante, al no haber fundamento en el aprovechamiento de "las ventajas que pudieran surgirle, lo que es absolutamente contradictorio con la misma idea de delito, que presupone el aprovechamiento, normalmente, de toda ocasión para cometerlo".

Muy crítico con la regulación del asesinato en el vigente código penal es CARBONELL MATEU, que considera que el vigente código penal "ha sido dictado por una mano invisible guiada por tres mentores: la ignorancia,

*la improvisación y el descuido. Sus preceptos no reflejan, pues, "las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas", sino la incompetencia y el ardor punitivo de sus autores"*²⁸⁵. No es menor la crítica del autor a la regulación del asesinato como delito diferenciado del homicidio: en primer lugar, entiende que no cabe la justificación de la alevosía en un aumento de la culpabilidad, pues *"asistiríamos a una "eticización" del juicio de culpabilidad incompatible con la función que le corresponde desempeñar al Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. Incrementar la pena, y nada menos que en la medida en que lo supone la aplicación de los artículos 139 y 140 del código penal, sobre la base de un reproche ético es rechazable"*. Tampoco entiende CARBONELL MATEU que el contenido del injusto del homicidio y del asesinato sea distinto, pues *"la presencia de las diferentes circunstancias cualificadoras del asesinato no parecen suponer un mayor contenido de injusto. El grado de afección de esas circunstancias al injusto de la figura específica delictiva no parece mayor que el que puedan tener esas mismas circunstancias aplicadas a cualquier otro delito"*. La mayor gravedad del asesinato, y por lo tanto también de la alevosía no está, para el autor, ni en el injusto ni en la culpabilidad. No encontrándose esta mayor gravedad en los elementos del delito, entiende que las mayores penas del delito de asesinato se explican por una *"política criminal de escaparate"* contraria al derecho penal propio de un Estado democrático y de derecho. La alevosía no queda tampoco libre de esta crítica: para CARBONELL MATEU, *"resulta, por otra parte criticable la subsistencia de esta circunstancia para agravar la responsabilidad, no sólo por las razones ya apuntadas, sino también porque parece lógico que el sujeto que ha decidido realizar una conducta delictiva tome las medidas para hacerlo bien, asegurándose el resultado y evitando posibles respuestas. Considerar que*

²⁸⁵ CARBONELL MATEU, VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, M. L. BORJA JIMÉNEZ, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Derecho penal, parte especial*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, 2015, pgs. 57 y ss.

esto debe agravar la pena es someter la regulación de los delitos contra la vida a una especie de reglamentación entre caballeros, por definición incompatible con las conductas que se pretenden regular". En el caso de la alevosía parece pues que el autor considera que no hay un contenido de injusto agravado, sino el estándar en quien comete un delito contra la vida. La alevosía sería así una circunstancia esencial, o por lo menos típica o consustancial al homicidio, y no una circunstancia agravante.

En una postura similar se sitúa QUINTERO OLIVARES, que entiende, en primer lugar, que las circunstancias no pueden situarse de manera global ni en el injusto ni en la culpabilidad, pero también que *"puede suceder que la razón de una atenuación o de una agravación no se encuentre ni en la antijuricidad ni en la culpabilidad, sino en postulados político-criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal"*²⁸⁶. La alevosía, en concreto, no se encuentra, para el autor, fundamentada ni en una *"cuota mayor de necesidad de prevención"* ni en un incremento del injusto. QUINTERO OLIVARES parece alinearse (si bien no lo hace de manera expresa) con aquellos autores que consideran a la alevosía la *"normalidad del comportamiento criminal"* y que no debe ser, por lo tanto, circunstancia agravante. Entiende así el autor que *"no tiene que extrañar que el delincuente busque modos o formas de ejecución del delito que aseguren su ejecución así como la falta de defensa del ofendido (alevosía) pues lo "anormal" sería lo contrario"*.

Encuentra el fundamento de la alevosía ALTÉS MARTÍ *"en razones de política criminal"*²⁸⁷. Hay que partir, sin embargo, de la consideración del autor de que *"el estudio acerca de la naturaleza jurídica únicamente viene justificado, si con ella lo que se pretende es la averiguación de la exigencia*

²⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de derecho penal, parte general (acorde con el Nuevo código penal de 1995)*, Barcelona, 1996, pgs. 551 y ss.

²⁸⁷ ALTÉS MARTÍ, M.A., *La Alevosía*, Universidad de Valencia, 1982, pgs. 82 y ss.

del elemento subjetivo". Entiende el autor, sin embargo, que las razones de política criminal no explican del todo la circunstancia, pero sí se encuentra en ellas la "completa justificación" de la alevosía. El autor realiza un estudio de las distintas posturas sobre la naturaleza jurídica de la alevosía, concluyendo que "todas las posiciones adoptadas tienen bastante solidez como señala Orts Berenguer para resistir cualquier embate crítico". Como ya hemos examinado, el autor introduce aquí la idea de que el estudio de la naturaleza jurídica de las circunstancias debe vincularse necesariamente a la existencia o no del elemento subjetivo en ellas: "se siga el camino de buscar su fundamento en posiciones puramente subjetivas, o se adopte la posición de encontrar cual es su naturaleza jurídica subjetiva u objetiva, según se conecte con la culpabilidad o antijuricidad; o se acudan a razones de política criminal para buscar su justificación y fundamento, lo cierto es, que siempre al estudiar en particular cualquiera de las agravantes, surgirá el problema de si su aplicación lo es automática por ley, con independencia de que el sujeto la haya buscado o aprovechado, o será necesario esto último para poder estimarla". ALTÉS MARTÍ se sitúa con las "tesis modernas que postulan una naturaleza subjetiva", esto es, que se fundamenta en la culpabilidad, y esto porque, en opinión del autor, el injusto es una magnitud no graduable al ser una categoría formal. Muy gráficamente expresa el autor que "se está con o contra la norma, pero no en más o en menos". La vinculación entre el binomio subjetivo/culpabilidad y la fundamentación en razones de política criminal se justifica, para ALTÉS MARTÍ, de esta manera: "de ahí que, en definitiva, prefiramos encontrar su fundamento en razones de "política criminal" o "de justicia material", las cuales siempre tendrán que tender a una mayor reprochabilidad del sujeto, para hacer posible su apreciación".

VII.2 – En la jurisprudencia del Tribunal Supremo

La jurisprudencia actual del Tribunal Supremo ha diferenciado un

doble fundamento en la alevosía, entendiendo que su elemento subjetivo revela una mayor culpabilidad, mientras que su elemento objetivo se sitúa en la antijuricidad. Como ya examinamos en apartados anteriores, el Tribunal Supremo vincula la naturaleza objetivo-subjetiva a la exigencia de elementos objetivos, subjetivos o ambos, habiendo transitado por distintas fases en las que la alevosía ha pasado de ser una circunstancia únicamente objetiva a ser una circunstancia mixta.

La cuestión que en este apartado nos ocupa ha seguido la misma suerte, pues a la (en nuestra opinión, acertada) vinculación entre elementos de la circunstancia y naturaleza objetivo-subjetiva ha añadido el Tribunal Supremo, siguiendo a parte de la doctrina, la vinculación con la naturaleza jurídica, partiendo del principio de que todo lo objetivo pertenece a la antijuricidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Así, el Tribunal Supremo mantiene en la actualidad los trinomios de elementos objetivos-naturaleza objetiva-antijuricidad y elementos subjetivos-naturaleza subjetiva-culpabilidad. En la medida en que en la jurisprudencia actual el Tribunal Supremo considera a la alevosía una circunstancia de naturaleza mixta en la que es necesaria la coexistencia de elementos objetivos y de elementos subjetivos, mantiene en consecuencia una postura también mixta sobre la naturaleza jurídica, que queda vinculada, para el Tribunal Supremo, tanto a la antijuricidad como a la culpabilidad. Esta evolución queda perfectamente explicada en la Sentencia de 20 de junio de 1993²⁸⁸, que delimita y

²⁸⁸ En el Fundamento Jurídico Segundo de la mencionada sentencia, entiende el Tribunal Supremo que "*La sentencia de este Tribunal de 24 de noviembre de 1989 ha destacado el carácter mixto de la circunstancia por la dualidad de elementos objetivos y subjetivos, referidos al binomio antijuricidad-culpabilidad*". Igualmente, en el siguiente párrafo, explica que "*Si bien en las últimas décadas, como ya recogió la sentencia de 19 de enero de 1991, era suficiente para la apreciación de la circunstancia con que la conducta fuese objetivamente alevosa, lo cual entrañaba el plus de antijuricidad consistente en la utilización de medios, modos o formas de ejecución tendentes a lograrla sin riesgo para el infractor procedente de la defensa del ofendido, pasó después la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo a una etapa de transición en que, sin desconocer la naturaleza objetiva de la alevosía, se destacan y precisan en ella aspectos subjetivos, principalmente para evitar su confusión con la circunstancia de premeditación. Finalmente, este Tribunal exige el plus de culpabilidad, precisando una previa escogitación o selección*

perfecciona una postura que el Tribunal Supremo mantiene hasta hoy.

En estos términos se pronuncia también, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2001 que entiende que en casos de alevosía *"hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde, o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo)"*.

Evitamos aquí referir un mayor número de sentencias del Tribunal Supremo por considerarlo reiterativo e innecesario, dado que, las más de las veces, se limitan a repetir textualmente o con escasos cambios lo mantenido desde la jurisprudencia iniciada durante la década de 1980 y definitivamente consolidada a principios de la década de 1990. Sólo a efectos de que se compruebe la actualidad y vigencia de esta postura, referiremos la Sentencia de 27 de septiembre de 2016, en la que el Tribunal Supremo entiende que *"en definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000)"*. Se comprueba aquí fácilmente como la postura del Tribunal Supremo, que de las dos premisas de considerar la alevosía una circunstancia de naturaleza mixta, objetiva y subjetiva, y de la de considerar que lo objetivo está vinculado a la antijuricidad y lo subjetivo a la culpabilidad, extrae la lógica

de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado".

(si bien, a nuestro entender, errónea) consecuencia de que la alevosía afecta tanto a la antijuricidad como a la culpabilidad.

Como se explorará más adelante en el apartado correspondiente a las conclusiones y toma de postura, esta concepción de la alevosía como afectante a injusto y a culpabilidad por ser tanto objetiva como subjetiva es, a nuestro entender, una conclusión equivocada, ya que en el injusto se incluyen tanto elementos objetivos como elementos subjetivos. La acertada premisa de que la alevosía es una circunstancia mixta (no compartimos, como ya estudiamos en su momento, que sea "predominantemente objetiva", como mantiene el Tribunal Supremo) no conlleva de manera necesaria, a nuestro entender, una vinculación al injusto y a la culpabilidad, sino sólo al injusto, tanto en su dimensión objetiva como en su dimensión subjetiva, como veremos.

VII.3 – Conclusiones y toma de postura

El estudio sobre la naturaleza jurídica de la alevosía y la elaboración de una toma de postura se topa con tres grandes dificultades, algunas de ellas exploradas en apartados anteriores, que repetimos aquí en virtud de una mayor claridad expositiva.

La primera de las dificultades, ya estudiada anteriormente, deriva de la poca claridad conceptual que históricamente han manejado doctrina y jurisprudencia sobre fundamento jurídico, naturaleza objetivo-subjetiva y naturaleza jurídica. En este trabajo hemos defendido ya la independencia de esos tres problemas, sin llegar al extremo de considerarles completamente independientes, pero sí admitiendo que la respuesta a uno de ellos no condiciona las otras dos. Entendemos aquí que el fundamento jurídico de la alevosía se refiere a las razones de política criminal sobre las que descansa la agravante. Aunque los términos que se emplean en esta

discusión recuerdan a los que veremos en la naturaleza jurídica, no es este problema estrictamente jurídico, o por lo menos no completamente: se trata más bien de consideraciones ético-sociales sobre los comportamientos que, independientemente de cómo se traduzcan legalmente, entendemos que son más graves en la sociedad. El problema de la naturaleza objetiva o subjetiva de la circunstancia, que ha sido identificado en la doctrina con el problema de la naturaleza jurídica²⁸⁹, se centra en determinar esta naturaleza objetiva o subjetiva, lo que, en nuestra opinión, ha de hacerse exclusivamente acudiendo a los elementos que determinan la agravante y a la ponderación de ellos, llegando así a un escenario con tres posibilidades, ya estudiadas anteriormente: la alevosía es una circunstancia objetiva si los elementos que la componen son en su totalidad objetivos o si sus elementos nucleares o esenciales son objetivos, es subjetiva si los elementos que la componen son en su totalidad subjetivos o si sus elementos nucleares o esenciales son subjetivos, y, por último, y ésta es nuestra postura, es mixta si entre sus elementos esenciales hay tanto elementos objetivos como elementos subjetivos. El debate de la naturaleza objetivo-subjetiva de la alevosía se desgaja del debate de la naturaleza jurídica cuando, en las modernas concepciones del delito, la antijuricidad ya no es totalmente objetiva y la culpabilidad ya no es totalmente subjetiva, sino que ambas categorías tienen una vertiente objetiva y una vertiente subjetiva. El problema de la naturaleza jurídica se encuentra pues en identificar, dentro de la estructura del delito y de la pena, qué elementos se ven afectados, aumentándose su gravedad, o qué elementos aparecen *ex novo* que incrementan el desvalor de la conducta. El problema de la naturaleza jurídica tiene así más que ver con el problema del fundamento jurídico que con el de la naturaleza objetivo-subjetiva, pues las razones ético-sociales de agravación se traducen, en un entorno ya de

²⁸⁹ Identificación que es acertada, como ya examinamos, si se parte de una concepción del delito en que la antijuricidad se identifica con lo objetivo y la culpabilidad se identifica con lo subjetivo. Entendemos en este trabajo que tales teorías del delito se encuentran plenamente superadas en la actualidad y, en cualquier caso, no nos adscribimos a ellas.

estudio jurídico, en unos determinados elementos de agravación.

Para la exposición de la segunda dificultad tenemos que anticipar que en este trabajo situaremos la naturaleza jurídica de la alevosía en el marco de la teoría del delito, y, dentro de ella, en el injusto. Esta segunda dificultad se debe a las distintas concepciones y límites que se pueden manejar sobre los conceptos de injusto, y dentro de él desvalor de acción y desvalor de resultado, y culpabilidad. No cabe duda de que para situar un elemento dentro de un determinado marco importan tanto la posición relativa del elemento como la del propio marco, y, no existiendo un marco unánime o indiscutido sobre la teoría del delito, una misma postura puede ser clasificada por distintos autores dentro de distintas categorías. Cuando sea necesario haremos alusión, pues, a qué marco de la teoría del delito nos referimos.

Las dos dificultades anteriores no son en absoluto exclusivas de la alevosía. Pueden aplicarse, en mayor o menor medida, al estudio de prácticamente cualquier institución jurídico-penal. La tercera dificultad, sin embargo, es propia y exclusiva de la circunstancia del artículo 22.1 del código penal y del origen histórico de la circunstancia, ya estudiado. En esta evolución histórica distinguimos dos aspectos de la alevosía, que en la redacción actual del artículo²⁹⁰ han quedado fusionados o al menos asimilados. Nos referimos aquí a la doble finalidad que debe cumplir la conducta del autor mediante unos medios, modos o formas determinadas: por una parte, ha de asegurar la ejecución. Por otra parte, el autor ha de asegurarse a sí mismo del riesgo que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. Entendemos, y ésta va a ser la premisa que vertebrará el estudio de la naturaleza jurídica, que ambas facetas o consecuencias de la

²⁹⁰ Artículo 22.1 del código penal de 1995: "*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.*"

conducta no responden al mismo fundamento y que por lo tanto no pueden estudiarse de manera unitaria. Concebimos esta dualidad como una dificultad en el estudio de la alevosía porque hemos examinado cómo a menudo los autores se centran en únicamente una de ellas y basan en ésta el fundamento (o la crítica) de la alevosía, minusvalorando la importancia de la otra vertiente. Hemos estudiado autores que entienden que la alevosía aumenta el desvalor objetivo de acción por incrementar la probabilidad de que el resultado se produzca, sin hacer referencia a la necesidad de que el autor se asegure de eventuales comportamientos de la víctima. Igualmente, hemos estudiado cómo se critica la alevosía por no poderse exigir al autor un comportamiento distinto al de asegurar su propio bienestar, obviando el hecho de que la alevosía exige, al mismo nivel, que se asegure también el resultado. Estas formas de estudiar la alevosía nos parecen erróneas por incompletas, pues no puede fundamentarse la alevosía en una de las dos consecuencias del comportamiento sin mencionar la otra. De ninguna manera puede llegarse a conclusiones acertadas si el debate se plantea ignorando parte de lo que expresamente establece el código penal.

Esta tercera dificultad nos obliga a estudiar la naturaleza de ambas exigencias de la alevosía por separado, pues aseguramiento del hecho y aseguramiento del autor no parecen ser requisitos suficientemente similares como para que una concreta postura sobre la naturaleza de uno de ellos determine automática y necesariamente una respuesta sobre la naturaleza del otro. Nos remitimos aquí al estudio sobre la evolución histórica de la alevosía, en que aseguramiento del autor y aseguramiento del hecho no son partes esenciales de una misma circunstancia, sino que la alevosía comienza siendo sólo aseguramiento del autor para ir, durante el siglo XIX, incubando una segunda finalidad, que se justifica en una mayor adecuación a la sociedad de la época, consistente en el aseguramiento del hecho, pero sin que el aseguramiento del autor pierda importancia. La

alevosía es pues, por causa de su devenir histórico, una circunstancia que, en nuestra opinión, recoge dos finalidades que, si bien material o casuísticamente están íntimamente relacionadas, pues asegurar el hecho y asegurar al autor son *de facto* siempre parte de un mismo comportamiento, poco tienen que ver en su faceta jurídico-penal, y desde luego en su naturaleza jurídica.

Entendemos, como consideración previa, que las circunstancias accidentales del delito han de ser estudiadas en el marco de éste. Es la teoría del delito la que debe recoger todos los elementos esenciales e inesenciales de éste. Entendemos que situar a la alevosía fuera de la teoría del delito se explica únicamente por un incorrecto planteamiento de la dualidad fundamento jurídico - naturaleza jurídica, así como por un ya superado rechazo a que el injusto y la culpabilidad puedan ser magnitudes graduables. Las teorías que defienden que la alevosía no puede vincularse a injusto o culpabilidad mantienen que el fundamento de ésta es la mayor protección de las víctimas, el mayor reproche o repulsa social y razones de política criminal. Estas son respuestas acertadas, pero no al problema de la naturaleza jurídica, sino al del fundamento ético-social de la alevosía. Evidentemente, cuando la sociedad (y, en su traslación legal, el legislador) desvaloran la alevosía no lo hacen acudiendo a aumentos de desvalor de injusto, o a mayor culpabilidad, sino a razones sociales, éticas y de justicia material, como son las distintas respuestas que autores que defienden el fundamento fuera de la teoría del delito proponen. Lo que sucede, en nuestra opinión, es que tales respuestas operan a un nivel extrajurídico, y cuando se estudia la circunstancia desde una perspectiva jurídica esos motivos de agravación han de traducirse, necesariamente, en respuestas dentro de la teoría del delito. No puede decirse así que quien justifica la alevosía en una mayor protección a las víctimas o una mayor repulsa social del comportamiento esté manteniendo una respuesta equivocada, sino que, a nuestro entender, está manteniendo una respuesta acertada en un

problema que no es el de la naturaleza jurídica de la circunstancia.

El estudio de la naturaleza jurídica ha de limitarse, pues, a la teoría del delito. A nuestro entender, no cabe otra opción que entender que la alevosía aumenta el desvalor de injusto, pues la circunstancia se despliega en un ámbito externo al autor, objetivo, pues consiste en una determinada manera de llevar a cabo el delito. Si bien es cierto, como veremos en su capítulo correspondiente, que el elemento subjetivo es imprescindible en la alevosía, ello no puede llevarnos al equívoco de considerar que existe un aumento de culpabilidad por una mayor reprochabilidad, ni por los móviles cobardes del autor (pues, como analizaremos, puede existir alevosía sin cobardía, por lo que la cobardía no es inherente a la circunstancia) ni tampoco por la “mayor perversidad” del autor al querer asegurar el resultado de su acción, como mantienen muchos de los autores que defienden que la alevosía agrava por mayor culpabilidad. Es cierto que puede apreciarse en la alevosía una mayor reprochabilidad hacia el autor por su determinada intención o ánimo, pero este ánimo no es un puro elemento subjetivo independiente de la ejecución (como puede ser, por ejemplo, el actuar por motivos discriminatorios), sino que es el ánimo de realizar un comportamiento objetivo, externo, concreto (no sólo cometer el delito, sino cometerlo de una determinada manera y con unos determinados fines). Sostener que la alevosía agrava por mayor desvalor de injusto no significa objetivar la circunstancia y vaciarla de contenido subjetivo: significa solamente considerar que el aspecto subjetivo de la circunstancia no aumenta la culpabilidad, sino, como veremos a continuación, el desvalor subjetivo-final de la acción, que se desplegará siempre y en todo caso acompañando, en plano de igualdad, al mayor desvalor objetivo-final del comportamiento.

La alevosía pertenece, por lo tanto, al ámbito del injusto. En él caben, sin embargo, agravaciones por mayor desvalor de resultado y agravaciones

por mayor desvalor de acción. Determinaremos aquí, aunque sea brevemente, cuáles son estas posibilidades, pues haremos referencia a ellas. El mayor desvalor de acción recoge tanto el mayor desvalor subjetivo-final de acción, esto es, los elementos subjetivos que pueden agravar el delito si la acción se comete con un particular ánimo o motivación, como el mayor desvalor objetivo-final de acción, esto es, el aumento probabilístico de que el resultado se produzca por una determinada conducta del autor distinta a la del delito básico. Agravaciones por mayor desvalor de resultado pueden darse de dos maneras: la primera, por producirse el daño de manera más intensa o mayor, y la segunda, por añadir la conducta del autor un ataque adicional a otro bien jurídico, distinto del principal que se contemple en el delito básico.

VII.3.1 – La naturaleza jurídica del aseguramiento del resultado

La primera de las facetas de la alevosía requiere el aseguramiento del hecho por parte del autor. El fundamento jurídico-social de esta agravación por el aseguramiento del hecho se encuentra en la mayor facilidad de comisión del delito, lo que conlleva una necesidad de mayor castigo por el interés del ordenamiento jurídico de que los intentos delictivos de los sujetos no lleguen a perfeccionarse. Este aumento probabilístico del resultado está contemplado, dentro del ámbito de la naturaleza jurídica, por un aumento del desvalor objetivo de acción. No es suficiente en la alevosía, sin embargo, un aumento accidental e independiente del autor de la probabilidad del resultado, sino que tal aumento ha de ser provocado o aprovechado conscientemente. La alevosía no se fundamenta pues exclusivamente en una mayor probabilidad de que el resultado se produzca, sino también en el mayor desvalor subjetivo-final de acción que se produce en un autor que de manera consciente y voluntaria produce ese aumento o lo aprovecha. La naturaleza jurídica del aseguramiento del hecho es pues el aumento por mayor desvalor de acción, tanto en su faceta

objetivo-final (el aumento objetivamente considerado de la probabilidad *ex ante* del resultado) como en su faceta subjetivo-final (la atribución de tal aumento a un comportamiento consciente del autor).

Podría entenderse que existe un aumento de desvalor de resultado si se considerara que la defensa del ofendido es un bien jurídico autónomo y merecedor de protección independiente. En este caso, el evitar la defensa de la víctima añadiría un daño nuevo e independiente: se atentaría contra la vida o la salud de la víctima, y adicionalmente contra su defensa. Si bien este planteamiento puede ser teóricamente válido, entendemos que esta concepción de la defensa como bien jurídico autónomo y merecedor de protección independiente no es acertada: en nuestro ordenamiento jurídico la defensa sólo tiene un valor instrumental, no es un bien jurídico, y si bien existe un interés en su protección e incluso promoción (con instituciones como la legítima defensa o el auxilio necesario, cuando el estado de necesidad se proyecta sobre un tercero), este interés sólo se fundamenta en los bienes jurídicos que la defensa protege, no en el valor intrínseco de la defensa. Considerar el desvalor de resultado de la defensa como bien jurídico independiente obligaría a desvalorar aquellos casos en los que el sujeto evita las medidas defensivas de la víctima (no nos referimos solamente a la defensa que provenga de la víctima, sino a toda defensa que se proyecte sobre la víctima, independientemente de quién la realice) y finalmente no comete el resultado lesivo, lo cual resulta imposible: la defensa sólo tiene valor en tanto en cuanto sirve como instrumento para defender un bien jurídico merecedor de protección, pero no de manera autónoma. Es cierto que muchos ejemplos en los que el autor elimina medidas de protección de la víctima, pero no llega a cometer el resultado lesivo, son reconducibles a la tentativa, pero el fundamento de ésta es distinto: se trata de anticipar la defensa del bien jurídico mediante el castigo de acciones que no lo lesionan, pero se dirigen a lesionarlo, no una valoración autónoma de esas medidas de protección que el autor ha

eliminado.

VII.3.2 – La naturaleza jurídica del aseguramiento del autor

Para una correcta toma de postura sobre la naturaleza jurídica del aseguramiento del autor, tenemos que dividir nuestro planteamiento en dos cuestiones: si tal y como está redactada la alevosía en el artículo 22.1 del código penal de 1995 cabe entender que existe tal aseguramiento del autor como elemento esencial de la circunstancia, es decir, una consideración de *lege lata*, y si cabría ese mismo aspecto de la alevosía si ésta estuviese redactada de otra manera, es decir, una consideración de *lege ferenda*.

VII.3.2.1 – La imposible fundamentación del aseguramiento del autor de lege lata

Más problemas presenta la naturaleza del aseguramiento del autor, esto es, el cometer la ejecución sin riesgos. Un correcto planteamiento del problema parte de examinar la literalidad del artículo 22.1 del código penal de 1995, que exige que el autor asegure la ejecución "*sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*". Partimos de la interpretación de "por parte del ofendido" que gramaticalmente nos parece más correcta: sólo la defensa conocida y preordenada por ofendido, ya sea llevada a cabo por él mismo o por un tercero empleado por él (por ejemplo, un guardaespaldas), es relevante a efectos de considerar la alevosía²⁹¹. El artículo podría emplear formas más confusas (si dijera, por ejemplo, "*sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido*", esta defensa podría referirse a la defensa que terceros no preordenados por el ofendido realizan sobre él), pero entendemos que en su redacción actual la única interpretación posible

²⁹¹ En este sentido, véase nota al pie sobre la interpretación gramatical del sintagma "por parte del ofendido" en el epígrafe V.4.2.

es la de que sólo es alevoso el comportamiento que, además de asegurar el resultado, evita los riesgos que provengan de la defensa que ejerce el propio ofendido, ya sea por su propia mano o por un tercero preordenado por él.

Resulta necesario delimitar de manera correcta qué casos son alevosos y cuáles no, para lo cual estableceremos una serie de ejemplos que manejaremos durante todo este apartado, ejemplos que serán casi idénticos, pero con sutiles diferencias:

En el primer ejemplo, la víctima, una persona sin hogar, se encuentra dormida en un banco de la calle, en mitad de la noche. Sin que ella lo sepa, una pareja de agentes de seguridad se encuentra patrullando por esa misma calle, a pocos metros. El autor, que observa a la víctima desde un edificio cercano, le dispara por la ventana, provocándole la muerte.

En el segundo ejemplo, la víctima se encuentra dormida en la misma situación que el ejemplo anterior, con los mismos agentes de seguridad patrullando la calle, sin que la víctima sea consciente de ello. El autor, que observa a la víctima y también a los policías, y que sabe que si ataca a la víctima éstos la defenderán, se acerca a la víctima con un cuchillo en la mano con clara intención de darle muerte mientras duerme, lo que provoca que los agentes de seguridad intervengan, forcejeando con el autor para detenerlo. Durante el forcejeo, el autor logra a duras penas acercarse hasta la víctima y apuñalarla, lo que produce su muerte sin que ésta despierte o reaccione.

En el tercer y último ejemplo, la persona sin techo se encuentra de noche en un banco de la calle, pero despierta y perfectamente consciente. De la misma manera que en los ejemplos anteriores, dos agentes de seguridad patrullan la zona, lo que la víctima desconoce. El autor se acerca

a ésta con un cuchillo, con intención de matarla, y ésta se defiende. Durante el forcejeo, los dos agentes de seguridad acuden a socorrer a la víctima y el autor, durante el forcejeo, consigue apuñalar a la víctima, lo que produce su muerte.

Según la literalidad del artículo 22.1, en el primer y el segundo caso existe el aseguramiento del autor que es relevante para la alevosía. En el primer caso, el autor está completamente a salvo, tanto de la defensa que provenga de la víctima como de la defensa que provenga de los agentes de seguridad. En el segundo caso, el autor está a salvo de la defensa que provenga de la víctima (pues evita conscientemente tal defensa), pero no de la que proviene de los agentes. En el tercer caso, el autor no está a salvo de ninguna de las dos defensas, ni de la que proviene del autor ni de la que proviene de terceros no preordenados (ni siquiera conocidos) por la víctima. Las diferencias desde un punto de vista del artículo 22.1 son evidentes: en el primer caso y en el segundo hay aseguramiento del autor, mientras que en el tercero no. Desde un punto de vista material, sin embargo, sólo hay aseguramiento del autor en el primer caso. En el segundo caso el autor está sin duda en menor riesgo que en el tercero (pues se enfrenta a dos personas en lugar de a tres), pero está aún lejos de cometer el hecho "*sin riesgo para su persona*".

Esta distinción nos sirve para descartar la cobardía como elemento fundamentador del aseguramiento del autor. La defensa que provenga del ofendido (ya sea por su propia mano o por un tercero preordenado por él) es un medio de defensa más, y evitarla asegura al autor sólo si era el único medio de defensa existente. En la medida en que existan más medios de defensa de los que el autor no se asegura, no se comete la ejecución sin riesgos, aunque se cometa sin riesgos que provengan de la defensa por parte del ofendido. Llamaremos al aseguramiento del autor respecto de la defensa que provenga del ofendido "aseguramiento relativo" y al

aseguramiento del autor respecto de todas las defensas del ofendido “aseguramiento absoluto”. Sólo el aseguramiento relativo es relevante para la alevosía, pero la cobardía se refiere al aseguramiento absoluto, pues caben hechos en los que el autor está asegurado de los riesgos que provengan de la víctima pero que se cometen sin que se revele cobardía alguna, como el segundo ejemplo de los citados más arriba, en el que, sin duda, la actuación del autor no puede ser definida como cobarde. Sin perjuicio de que hagamos más adelante las pertinentes consideraciones de *lege ferenda*, no cabe, de *lege lata*, según la redacción actual del artículo 22.1 del código penal, fundamentar el aseguramiento del autor en un mayor desvalor de acción por la actuación cobarde²⁹².

El único fundamento posible de *lege lata* para el aseguramiento del autor es el aumento del desvalor de resultado por la creación de un daño contra la lealtad, considerada como la obligación de guardar determinadas formas y reglas con el prójimo. La alevosía tendría así el mismo fundamento que la primera alevosía propiamente dicha, la de las Partidas, en la que se fundamentaba la circunstancia mediante la quiebra de una relación bilateral entre dos sujetos, relación que se regía por unas determinadas normas de honor, que se bautiza como "lealtad". A diferencia de la cobardía, la lealtad y por lo tanto también su quiebra sólo puede ser bilateral, y es irrelevante el comportamiento de eventuales terceros. Volvamos a nuestros tres ejemplos, y examinémoslos esta vez desde el punto de vista de la lealtad: el primer ejemplo quiebra la lealtad del autor con la víctima, también lo hace

²⁹² De nuevo reiteramos, a mayor abundamiento, que esta interpretación del sintagma “por parte del ofendido” como aquella defensa que, o bien proviene directamente de las acciones defensivas del ofendido, o bien proviene de las acciones defensivas de un tercero cuya actuación el ofendido conoce o ha preordenado (como un guardaespaldas contratado por la víctima) no es indiscutible. Podría entenderse también que “la defensa por parte del ofendido” del artículo 22.1 del código penal se refiere a toda defensa que se proyecte sobre el ofendido, ya sea realizada por éste o por un tercero, y ya sea el comportamiento de este tercero preordenado o previsible para la víctima o no. Esta interpretación, como ya hemos expuesto anteriormente, nos parece gramaticalmente posible, pero creemos que menos acertada que la que sostenemos en este trabajo.

el segundo, pero no el tercero, lo que coincide con la aplicación del aseguramiento de los riesgos que provengan de la víctima. En la lealtad es irrelevante que el sujeto esté defendido por otros; la lealtad vincula al autor con la víctima, y la quiebra de esa relación de confianza y honor es suficiente para que la actuación sea desleal. Desde la óptica de la lealtad, sólo el aseguramiento relativo es relevante, siendo irrelevante el aseguramiento absoluto del autor, lo que coincide con la exigencia de que el comportamiento alevoso se realice "*sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*".

La vinculación del aseguramiento del autor sólo es pues posible a la lealtad. Sucede, sin embargo, que tal relación de lealtad es hoy inexistente o, al menos, lo es en su forma bilateral en la que se originó. Quizá sea incorrecto decir que la lealtad es hoy irrelevante, pero lo que es claro es que al menos lo es de manera autónoma: la relación de sujeción a unas normas de honor y respeto que vertebra la sociedad antes del siglo XIX está hoy difuminada en los derechos fundamentales y la propia dignidad de la persona. Ésta no se puede concebir como una red de obligaciones bilaterales que nos vinculan uno a uno con los demás, sino que ha de ser vista más como una exigencia global que se quiebra con el propio delito contra la víctima, sin que la ruptura de una relación bilateral de confianza añada ningún desvalor adicional.

El aseguramiento del autor es, en la forma en la que está redactada, una cláusula fuera de su tiempo. Surgió en un determinado ámbito caballeresco en que el derecho se formaba en base a la existencia de relaciones bilaterales de confianza y honor, y se ha mantenido hasta hoy. Es cierto que desde el siglo XIX se ha intentado explicar el aseguramiento del autor de otras maneras (mediante la cobardía), pero esta cobardía explica mal la redacción actual del último renglón del artículo 22.1 del código penal de 1995: el aseguramiento absoluto del autor puede

explicarse mediante la cobardía, pero no el aseguramiento relativo del autor, que es al que la expresión "*sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*" dirige.

La vertiente del aseguramiento del autor no tiene, pues, fundamento, y debe ser rechazada, manteniéndose únicamente la alevosía como circunstancia determinada por el aseguramiento del hecho. Hay que hacer, sin embargo, dos consideraciones:

Primeramente, queremos desvincular esta conclusión de posturas que *a priori* pueden parecer similares, como son las teorías de CARBONELL MATEU y otros examinadas anteriormente, porque la crítica al aseguramiento del autor lleva a estos autores a considerar no fundamentada y por lo tanto una circunstancia a eliminar a la alevosía en su totalidad, obviando que el aseguramiento del autor es sólo una de las dos vertientes de la circunstancia. Aquí defendemos que la alevosía debe desde luego ser reformulada y reconcebida, por vía de la eliminación total de los vestigios provenientes de una sociedad pasada, pero que mantiene un sólido y necesario fundamento en el aseguramiento del hecho.

En segundo lugar, no compartimos tampoco la visión de estos autores, así como de otros examinados, que critican la alevosía (en su dimensión del aseguramiento del autor, la mayoría, pero también en su dimensión del aseguramiento del hecho, como QUINTERO OLIVARES) por constituir la "normalidad" del comportamiento criminal. A nuestro entender, la consideración de que un comportamiento sea normal o anormal desde un punto de vista social o casuístico no debe conllevar respuesta sobre su apreciación en el ámbito penal. Compete al derecho penal el castigo de los comportamientos que el legislador y la sociedad consideran socialmente inadecuados, sean estos estadísticamente más frecuentes o menos, que es al fin y al cabo lo que determina su "normalidad". Sin perjuicio de discutir

que la alevosía sea realmente frecuente entre los autores de delitos contra las personas, lo que ahora no haremos, entendemos que ello no es óbice para su agravación. Por desgracia, la "normalidad" en el ser humano incluye comportamientos indiscutiblemente reprobables; la labor del derecho penal incluye no sólo una transmutación de lo infrecuente en desvalor, sino también una regulación e intento de corrección de los comportamientos considerados inadecuados.

VII.3.2.2 – Consideraciones de lege ferenda

La crítica a la redacción actual del artículo 22.1 del código penal de 1995 no debe hacernos perder la perspectiva de si existe una posible fundamentación de la alevosía en redacciones alternativas del concepto.

Hemos visto, en primer lugar, cómo entendemos que el aseguramiento del hecho se encuentra ya perfectamente justificado. Una primera propuesta (y que, anticipamos, será la definitiva) sería pues la de, simplemente, eliminar del concepto de alevosía toda referencia al aseguramiento del autor, quedando la alevosía fundamentada únicamente en el aseguramiento del resultado por parte del autor.

Cabría también, como propuesta intermedia, modificar el concepto para convertirlo en lo que, de facto, la mayor parte de la doctrina lo ha considerado: una circunstancia que, por una parte, aumenta el desvalor de acción (objetivo y subjetivo) por vía del aseguramiento del hecho y, por otra parte, aumenta también la culpabilidad por la cobardía, entendida como el ánimo de evitar los riesgos para sí mismo, con la que el autor actúa, nunca entendida como rasgo de su personalidad. Tal modificación vendría mediante la ampliación del concepto a la ejecución sin riesgo que provenga de cualquier medio de defensa del ofendido, provenga esta defensa de parte del propio ofendido o de parte de terceros. La redacción, sólo a modo

de ejemplo, podría ser "*hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido*", o, de manera aún más literal, "*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido o de terceros*".

No nos parece, sin embargo, que la cobardía sea un auténtico fundamento de agravación penal. Es cierto que desde un punto de vista social o personal la cobardía parece un carácter rechazable, y no es menos cierto que, en general, las actuaciones no cobardes resultan intuitivamente preferibles a las cobardes. Esto no debe hacernos perder la perspectiva sobre el concreto ámbito donde estamos tratando la cobardía: una actuación violenta en la que el sujeto evita la respuesta agresiva de la víctima.

Para que la cobardía pueda ser jurídicamente desvalorada es preciso que vaya dirigida a un resultado objetivamente desvalorado. Es decir, para que el desvalor subjetivo de acción sea tal es necesario que la consecuencia del comportamiento determinado por ese desvalor subjetivo de acción sea objetivamente desvalorada por el ordenamiento jurídico. Esto, en nuestra opinión, no sucede en el caso de la alevosía. La actuación cobarde del sujeto no aumenta la antijuricidad del hecho, sino que, estirando quizá demasiado el argumento, la reduce o por lo menos evita su aumento²⁹³. Esto sucede porque la vida o integridad física del autor no

²⁹³ Hay que recordar que nos referimos a la cobardía en el ámbito del aseguramiento del autor, no del aseguramiento del hecho. Es evidente que si la actuación cobarde implica un modo de comisión que asegura el resultado existe un mayor contenido de injusto, pero por vía del aseguramiento del hecho, no de la cobardía en sentido estricto. La cobardía a la

pierde su valor por cometer el delito, ni tampoco se reduce, como se admite sin problemas en el ámbito, por ejemplo, del estado de necesidad. Quien cobardemente asegura su propia vida o integridad en el contexto de una agresión a la vida o integridad de otro está sin duda actuando antijurídicamente, lo que determinará un delito básico de homicidio o lesiones, pero lo que hay que preguntarse aquí es si para el Derecho es preferible ese resultado injusto que aquel que se produce cuando alguien, de manera valiente, agrede a otro y se ve sometido a un riesgo (legítimo o no) proveniente de la defensa de la víctima. En nuestra opinión, una aproximación imparcial y objetiva al problema nos debe conducir a la respuesta de que una agresión cobarde (siempre que esta cobardía no tenga incidencia en la probabilidad de que el hecho suceda, sino sólo en la condición de asegurado o no del autor) es preferible a una agresión no cobarde, en tanto en cuanto la agresión cobarde pone a salvo a al menos uno de los dos intervinientes. De nuevo hacemos incidencia en la consideración única a estos efectos de la cobardía en el ámbito del aseguramiento del autor, no del aseguramiento del resultado: así, si la actuación cobarde tiene como consecuencia, además del aseguramiento del autor, un aumento apriorístico de la posibilidad de que el hecho suceda, tal comportamiento sería desde luego alevoso, pero no por el aseguramiento del autor, sino por el aumento consciente y voluntario de la probabilidad de comisión del resultado. Entendemos que el aseguramiento del autor absoluto, es decir, la cobardía, es pues irrelevante a efectos de la alevosía. No aumenta en sí misma el desvalor de la acción ni del resultado; en caso de tener alguna incidencia sobre el injusto evita su aumento.

No hay pues justificación válida ni para el aseguramiento del autor

que nos referimos aquí es aquella que no incide sobre el aseguramiento del hecho, sino únicamente sobre el aseguramiento del propio autor. Si bien puede resultar difícil imaginar casos en los que el autor asegura el hecho sin asegurarse a él mismo, esta consideración nos servirá para justificar que en casos en los que se asegura el hecho y el autor se pone a salvo cobardemente, sólo el primero de estos dos comportamientos aumenta el grado de injusto.

relativo (deslealtad) ni para el aseguramiento del autor absoluto (cobardía). De *lege ferenda*, entendemos que toda mención al aseguramiento del autor debe desaparecer, pero esto no desvirtúa el fundamento y naturaleza de la alevosía, sino, en nuestra opinión, todo lo contrario: refuerza y reafirma la importancia de la alevosía como circunstancia que agrava la conducta de quien provoca o aprovecha una situación que facilita la comisión del delito. La alevosía debe quedar configurada pues como circunstancia que se perfecciona "*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*", redacción que, a nuestro entender y por todo lo expuesto, arroja una naturaleza jurídica más sólida, acorde con la sociedad moderna y con el estado actual del Derecho.

VIII – Elementos de la alevosía

Del examen de la definición de la alevosía en el artículo 22.1 del código penal de 1995 podemos extraer la existencia de tres elementos: normativo, objetivo y subjetivo. Desarrollaremos a continuación la delimitación, contenido y alcance de ellos.

VIII.1 - El elemento normativo de la alevosía

Llamamos aquí "elemento normativo" a la expresa exigencia que establece el artículo 22.1 de que la comisión alevosa se emplee en "*cualquiera de los delitos contra las personas*"²⁹⁴. Esta exigencia ha sido demasiadas veces pasada por alto por la doctrina en el estudio de la circunstancia, o simplemente nombrada, cuando existen, a nuestro entender, dos grandes consideraciones a tratar. La primera de ellas, en el ámbito de *lege lata*, se refiere a la interpretación del concepto "delitos contra las personas", que, como estudiaremos, tiene distintos alcances para distintos autores. La segunda de ellas se refiere a una cuestión de *lege ferenda*. Estudiaremos así en este apartado también si este requisito está debidamente justificado y fundamentado y si debe, a nuestro entender, mantenerse, modificarse o eliminarse.

VIII.1.1 – La evolución del elemento normativo de la alevosía en la codificación española

Como ya examinamos en el apartado correspondiente a la codificación española, la exigencia de que la alevosía se aplique únicamente a delitos contra las personas no ha sido constante en los

²⁹⁴ Artículo 22.1 del código penal de 1995: "*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*".

códigos ni se ha establecido con el mismo alcance. Hay que tener en cuenta también que en distintos códigos la expresión "delitos contra las personas" puede hacer referencia a distintos grupos de delitos, por lo que analizaremos la cuestión en cada uno de ellos.

VIII.1.1.1 – En el código penal de 1822

Como ya vimos, en el código penal de 1822 la alevosía se presenta de una manera sustancialmente distinta a como la conocemos hoy en día. En primer lugar, este código empleaba el término "alevosía" en el marco de la circunstancia específica del homicidio en el artículo 609, que establecía que *"Son asesinos los que maten a otra persona no solo voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: (...) Tercera: con alevosía o a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña o pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este, o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor, o para quitar la defensa al acometido"*²⁹⁵.

²⁹⁵ El artículo 609 completo decía lo siguiente:

"Art. 609: Son asesinos los que maten a otra persona no solo voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: Primera: en virtud de dones o promesas que se les hayan hecho previamente para que maten o hieran a aquella persona, o a otra en cuyo lugar se haya tenido a la asesinada. Segunda: con previa asechanza, ya aguardando a la persona asesinada, o a la tenida en lugar suyo, en uno o más sitios para darle la muerte; ya observando la ocasión oportuna para embestirle; ya poniéndole espías o algún tropiezo o embarazo para facilitar la ejecución; ya buscando auxiliares para el mismo fin, o ya empleando de antemano cualquier otro medio insidioso para sorprender a dicha persona y consumir el delito. Tercera: con alevosía o a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña o pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este, o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el

Evidentemente, en este precepto no se recogía la exigencia de que la alevosía se aplicara a delitos contra las personas, ya que se formulaba como una circunstancia especial del delito de homicidio (si bien de aplicación también al delito de lesiones via artículo 643, como hemos estudiado en su apartado correspondiente). La limitación del ámbito de aplicación en una circunstancia específica no habría tenido sentido desde un punto de vista de técnica legislativa.

La exigencia de que la circunstancia se aplicara a delitos contra las personas sí aparecía, en cambio, en la circunstancia genérica del artículo 106 de este código, donde se establecía que "*en todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida*". Ya estudiamos en su apartado correspondiente cómo esta circunstancia, a pesar de no ser denominada como alevosía, tiene un fundamento similar a ésta, al menos en algunas de sus posibilidades, y su aplicación quedaba limitada a los delitos contra las personas. Sin perjuicio de que más adelante realicemos un estudio detenido sobre si esta exigencia ha de vincularse con la aplicación a los delitos recogidos en un título denominado "delitos contra las personas" o si su extensión ha de ser diferente, apuntaremos aquí que tal rúbrica existía en el código penal de 1822, que en su Título Primero de la Parte Segunda, llamado "de los delitos contra las personas", incluía los delitos de homicidio,

delito con seguridad o sin riesgo del agresor, o para quitar la defensa al acometido. Cuarta: con sustancias o bebidas venenosas o nocivas que a sabiendas se hayan aplicado a la persona asesinada, o se le hayan hecho tomar, de cualquier modo que sea. Quinta: con la explosión o ruina de materiales preparados para el asesinato; o con fuego que para matar a la persona se ponga en la casa o sitio en que se halle. Sexta: con tormentos o con algún acto de ferocidad o crueldad, bien se cause la muerte por alguno de estos actos, bien se cometa alguno de ellos con el cadáver después de darle muerte. Séptima: con el fin de cometer cualquiera otro delito, o con el de castigar la resistencia que en la ejecución de este oponga la persona asesinada, o con el de impedir que estorbe o embarace la misma ejecución, o que lo descubra o detenga el delincuente después de cometido. Los asesinos serán infames por el mismo hecho, y sufrirán además la pena de muerte.

envenenamiento, castración, aborto e incendio para matar (Capítulo Primero), heridas, ultrajes y malos tratamientos de obra (Capítulo Segundo), riñas y peleas aunque no resulte homicidio o herida, así como del auxilio a ellas (Capítulo Tercero), raptos, fuerzas y violencias contra las personas y violación de enterramientos (Capítulo Cuarto), adulterio y “estupro alevoso” (Capítulo Quinto), exposición, ocultamiento o cambio de niños u otro compromiso de la existencia natural o civil, y partos fingidos (Capítulo Sexto). El alcance del Título "delitos contra las personas" era pues más extenso de lo que veremos en sucesivos códigos.

VIII.1.1.2 – En el proyecto de código penal de 1831

El elemento normativo en el nunca vigente código penal de 1831 era muy restrictivo, dado que, como hemos examinado en apartados anteriores, tanto la alevosía como las circunstancias similares o con un mismo fundamento se limitaban al delito de homicidio²⁹⁶ y lesiones²⁹⁷, configurándose en ambos casos como circunstancias especiales de dichos delitos.

VIII.1.1.3 – En el código penal de 1848 y la reforma de 1850

²⁹⁶ Art. 798. *"Es muerte alevosa la que se da sorprendiendo al ofendido en estado de indefensión, bien sea que se le aceche para matarlo en cualquiera lugar o situación favorable al agresor, o que se le prive de la inteligencia, medios y auxilios para defenderse, o que se le atraiga por medios insidiosos a punto en que no pueda oponer resistencia, o por último que se le mate por medios ocultos que el ofendido no pudiera evitar ni conocer.*

Art. 799. *La muerte que se cause por medio del envenenamiento será considerada como alevosa, cualquiera que sea el modo en que se hayan empleado o suministrado al ofendido las sustancias venenosas que se la hayan causado con mayor o menor prontitud.*

Art. 800. *Del mismo modo se tendrá por muerte alevosa la que se dé por medio de máquinas, combustibles, proyectiles u otro artificio oculto contra el cual no pudiera precaverse ni defenderse la persona que haya recibido el daño"*

²⁹⁷ Art. 852. *"Cuando las heridas o lesiones hubieren sido hechas con alevosía, se agravará la pena correspondiente a su calidad con una cuarta parte más sobre el máximo que se prefije en la ley"*

La alevosía en este código penal se regulaba de manera muy esquemática, estableciendo el artículo 10 únicamente que era circunstancia agravante "*ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro*", alterándose de manera leve pero trascendente la rúbrica, como ya examinamos, en la reforma de 1950, dejando de exigirse la comisión "a traición y sobre seguro" para establecer " a traición o sobre seguro" como modalidad alevosa. No se recogía pues limitación alguna a la aplicación de la circunstancia, que, teóricamente, era aplicable a la totalidad de los delitos regulados en el código.

De manera genérica, entiende PACHECO que "*no tiene lugar en todos los delitos*", sin precisar exactamente a qué delitos puede aplicarse la circunstancia²⁹⁸. Más concretos son VIZMANOS y ÁLVAREZ, que consideran que "*en el sentido que está usada la palabra en la ley, alevosía propiamente no puede haber mas que en el delito de homicidio, en las lesiones corporales, y en los demas hechos que en el código se comprenden bajo la denominación general de delitos contra las personas*"²⁹⁹. Esta limitación, sin embargo, no se produce por la existencia de un elemento normativo tipificado expresamente que cierre la aplicación de la circunstancia a delitos diferentes, sino por la propia naturaleza de los elementos objetivos y subjetivos de la circunstancia: así, entienden los autores que "*en otros delitos apenas se concibe la circunstancia de obrar á traicion y sobre seguro*".

VIII.1.1.4 – En el código penal de 1870

El código penal de 1870 incluía de nuevo la exigencia de que la

²⁹⁸ PACHECO J. F., *El código penal concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, 1856, pg. 218.

²⁹⁹ VIZMANOS, T. y ÁLVAREZ, C., *Comentarios al nuevo código penal*, Tomo II, Madrid, 1848, pg. 131.

alevosía se aplicara exclusivamente a los delitos contra las personas, entendiendo su artículo 10 que *"Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido"*. De nuevo, y sin que esto implique que defendamos la identificación entre el elemento normativo de la alevosía y la interpretación de éste según la denominación que cada código haga de la rúbrica "delitos contra las personas", entendemos necesario enumerar los delitos que el código penal de 1870 incluía en su Título VIII: parricidio (Capítulo I), asesinato (Capítulo II), homicidio (Capítulo III), infanticidio (Capítulo V), aborto (Capítulo VI), lesiones (Capítulo VII) y duelo (Capítulo IX).

VIADA entiende, por ejemplo, que la rúbrica de "delitos contra las personas" se refería a aquellos previstos entre los artículos 417 y 447, es decir, la totalidad del Título VIII mencionado anteriormente, pero igualmente que debía apreciarse también *"en algún otro, como el de robo con homicidio, atentatorio, a la vez que contra la propiedad, contra la persona"*, aunque no especifica más ejemplos de aplicación³⁰⁰. VIADA defiende así una interpretación que supera la sistematización del código penal de 1870, y que la alevosía debe aplicarse a los delitos que materialmente atentan contra las personas, se encuentren regulados en el Título VIII o en otros.

VIII.1.1.5 – En el código penal de 1928

En el código penal de 1928 se volvía a la postura del código penal de 1848 y no se introducía ninguna limitación en la aplicación de la alevosía, que quedaba regulada como una circunstancia auténticamente genérica en

³⁰⁰ VIADA, S., *Código penal reformado de 1870, con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876 concordado y comentado*, Tomo I, 4ª edición, Madrid, 1890, pg. 252.

su artículo 66, que agravaba la comisión alevosa "*entendiéndose que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro, o cuando dadas las condiciones personales del agresor o agredido, o las circunstancias del hecho, o los medios de ejecución empleados, se dificulta o debilita notablemente la defensa*". A pesar de que la alevosía se mantenía también como circunstancia específica del asesinato y de las lesiones (artículos 519 y 535), no se establecía, en la definición de la circunstancia, limitación de su ámbito de aplicación.

VIII.1.1.6 – En el código penal de 1932

El código penal de 1932 introducía una novedad en los códigos anteriores, que alternaban la exigencia de aplicación en delitos contra las personas con la falta de limitación en la aplicación. El código penal de 1932 introduce de nuevo el elemento normativo en la circunstancia, pero de manera distinta, pues no se exige que la alevosía se aplique en delitos contra las personas, sino en delitos "*contra la vida y la integridad de las personas*", siendo el resto de la definición del artículo 10 idéntica a la establecida en el código penal de 1870.

Esta regulación era conforme a la clasificación de ese código penal, que sustituía, en su Título IX, la tradicional rúbrica de "delitos contra las personas" por "delitos contra la vida y la integridad corporal", regulándose en él homicidio (Capítulo Primero), infanticidio (Capítulo Segundo), aborto (Capítulo Tercero) y lesiones (Capítulo Cuarto).

Al igual que en los códigos anteriores, junto a la regulación general de la alevosía se establecía ésta como circunstancia específica del homicidio y las lesiones (artículos 412 y 423).

VIII.1.1.7 – En el código penal de 1944 y en el texto refundido de 1973

El código penal de 1944 reproduce la definición del código penal de 1870, introduciendo de nuevo la exigencia de que la alevosía se aplique exclusivamente a los delitos contra las personas. El Texto Refundido de 1973 reproduce la misma definición y por lo tanto también la misma exigencia.

VIII.1.1.8 – En la propuesta de anteproyecto de 1983, los anteproyectos de 1992 y 1994 y en el código penal de 1995

La redacción de la alevosía en el artículo 22.1 del vigente código penal, así como de los anteproyectos de los años anteriores, es idéntica en lo que se refiere al elemento normativo a la del Texto Refundido de 1973, por lo que la exigencia de que la circunstancia se aplique únicamente a los delitos contra las personas se mantiene.

VIII.1.1.9 – Conclusiones sobre la evolución del elemento normativo

Del examen de la evolución del elemento normativo podemos destacar las siguientes ideas:

En primer lugar, la exigencia de que la alevosía se aplique a delitos contra las personas no ha sido constante, eliminándose e introduciéndose en los distintos códigos penales españoles. El elemento normativo existía en el código penal de 1822, desapareció en el código penal de 1848, se introdujo de nuevo en el código penal de 1870, desapareció en el código penal de 1928, se introdujo en el código penal de 1932, aunque con ligeros cambios, y se reestableció en su forma de 1870 en el código penal de 1944 y continúa sin cambios hasta hoy. No puede considerarse que haya sido, al

menos desde el punto de vista legislativo, un elemento imprescindible en la circunstancia desde una perspectiva histórica, si bien es cierto que no faltan posturas que defienden también, en el marco de códigos en los que no se exige la aplicación a delitos contra las personas, que ha de limitarse la alevosía a estos delitos.

En segundo lugar, parece haber una cierta identificación, que nosotros discutiremos, entre la referencia a "delitos contra las personas" y la aplicación a los delitos contenidos en el Título que en cada código lleva esa rúbrica. Defendemos este argumento basándonos en el código penal de 1932, donde cambia el requisito en el concepto de la alevosía, pasando a exigirse que se aplique en delitos "contra la vida y la integridad de las personas", cambio que sucede paralelo al cambio del Título en el que se recogen los tradicionales delitos contra las personas, que lleva el mismo nombre de "delitos contra la vida y la integridad de las personas". La identificación gramatical entre la forma de describir el elemento normativo en la circunstancia y el nombre del título que regula estos delitos es, desde una perspectiva histórica, total.

Una tercera conclusión que podemos destacar es que, frente al continuo cambio en la presencia o no del elemento normativo en la circunstancia genérica, ésta se mantiene siempre como circunstancia específica del homicidio (las más de las veces cualificativa del delito de asesinato) y de las lesiones. La aplicación de la alevosía es constante en estos dos delitos, y lo que estará en discusión será la aplicación a otros delitos.

VIII. 1.2 – Análisis sobre el elemento normativo en la actualidad³⁰¹

³⁰¹ En la medida en que la definición de la alevosía se mantiene en este punto sin cambios desde el código penal de 1944, introduciremos en este apartado no sólo a los autores que

VIII.1.2.1 – En la doctrina

VIII.1.2.1.1 – Autores que identifican la expresión “delitos contra las personas” con los delitos comprendidos en los Títulos I a IV del Libro Segundo del código penal

MUÑOZ CUESTA considera que, al desaparecer la rúbrica de "delitos contra las personas" del código penal, la alevosía debe aplicarse a los delitos "de carácter personalísimo", y en los que "las formas de ataque sean de acometimiento físico", añadiendo que se refiere a aquellos delitos en los que "el tipo penal violado contenga la pérdida de la vida o una merma de la integridad física"³⁰². Este daño a la vida o a la integridad física debe ser núcleo esencial del delito, y por lo tanto no es aplicable la alevosía, en opinión de este autor, en los delitos que suponen, además de los bienes jurídicos dañados, únicamente un peligro para la vida o para la integridad física, como son los delitos de detención ilegal o robo con violencia, que quedan excluidos. Por lo tanto, entiende MUÑOZ CUESTA que la alevosía es aplicable a los delitos de homicidio, aborto y lesiones, esto es, los delitos que permanecen vigentes hoy en día de los que anteriormente estaban recogidos bajo la rúbrica de "delitos contra las personas". Igualmente, MUÑOZ CUESTA entiende también que las faltas han de quedar en todo caso excluidas de la aplicación de la alevosía, pues ésta se refiere a los delitos contra las personas, habiéndose de interpretar en sentido literal y estricto el término "delito"³⁰³.

estudian la materia en el vigente código penal de 1995, sino también a aquellos que lo hacen en el código penal de 1944 y en el Texto Refundido de 1973. Por ello mismo, la mención al Título en el que se regulan estos delitos será diferente, pues en el código penal de 1944 y en el Texto Refundido de 1973 estos delitos se regulan en el Título VIII del Libro Segundo, en lugar del actual Título Primero del Libro Segundo.

³⁰² MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.), ARROYO DE LAS HERAS, A., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias agravantes en el código penal de 1995*, Aranzadi, 1997, pg. 28.

³⁰³ Esta reflexión ya no tiene demasiado sentido desde la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, puesto que desaparecen las faltas de la regulación penal. La regulación anterior de las faltas tampoco requería de esta precisión, pues el derogado artículo 638 establecía

Para LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, que consideran que debe acudirse a una interpretación histórica del precepto y que *"la mera reproducción de la definición clásica de alevosía pretendía reproducir también su contenido"*, por lo que la circunstancia debería aplicarse a los delitos que aún existen en el código penal de 1995 que se encontraran anteriormente recogidos bajo el Título denominado "delitos contra las personas", esto es, el homicidio, el aborto y las lesiones³⁰⁴. A continuación, sin embargo, en desarrollo de esta idea y para delimitar la alevosía del abuso de superioridad, los mismos autores abren otra posibilidad, cuando consideran que *"en todo caso, la esencia de la alevosía, consistente en emplear medios o formas de ejecución que disminuyan la defensa de la víctima, conduce a restringirla a delitos contra las personas que puedan ejercitar tal defensa, de manera que si se aprovecha una situación de inferioridad preexistente sin interposición de medios alevosos, la circunstancia aplicable es, en su caso, el abuso de superioridad, que de todas formas resulta inherente, por ejemplo, a las lesiones al feto, y como tal, no podrá estimarse en este delito (art. 67)"*.

En el mismo sentido se alinean MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, que consideran que debe interpretarse el elemento normativo de la alevosía de manera histórica, entendiéndose que *"la reproducción de la definición clásica pretendía también reproducir su contenido"*, e igualmente su ámbito de aplicación, por lo que la alevosía debe aplicarse a los delitos hoy vigentes que anteriormente estuvieran recogidos bajo la rúbrica "delitos contra las personas", esto es, homicidio, aborto y lesiones³⁰⁵.

que *"en la aplicación de las penas de este Libro procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código"*.

³⁰⁴ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pg. 54.

³⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2007, pgs. 485 y 486.

En la misma línea se sitúa DE VICENTE MARTÍNEZ, que considera que *“respecto al ámbito de aplicación de la alevosía, la expresión “delitos contra las personas” restringe la misma a los delitos de homicidio, lesiones y aborto”*³⁰⁶.

Interpreta QUINTERO OLIVARES la mención a los "delitos contra las personas" de manera estrictamente histórica, por lo que entiende que *“puede convenirse que la circunstancia puede ser relevante para los cuatro primeros Títulos del Libro II”* del código penal de 1995³⁰⁷.

VIII.1.2.1.2 – Autores que identifican la expresión “delitos contra las personas” con los delitos que materialmente consistan en homicidio o lesiones, independientemente de su colocación sistemática

Para ANTÓN ONECA (recordemos que este planteamiento, que hace referencia a muchas figuras delictivas, se produce en un periodo en el que no está vigente el código penal de 1995) la expresión "delitos contra las personas" en el ámbito de aplicación de la alevosía es a la vez *“demasiado larga y demasiado corta”*³⁰⁸. El autor se refiere a que existen delitos contra las personas donde no puede estimarse la alevosía (el homicidio-suicidio y el infanticidio), lo que hace al requisito demasiado "largo", y a la vez existen *“figuras complejas que engloban ataques a la vida o integridad corporal y no están comprendidas en el título de delitos contra las personas”*, como pueden ser el robo con homicidio y el homicidio del Jefe del Estado, esto es, la expresión es "demasiado corta".

³⁰⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., DEMETRIO CRESPO, D. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, 2ª edición, Iustel, 2015, pg. 407.

³⁰⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de derecho penal, parte general (acorde con el Nuevo código penal de 1995)*, Barcelona, 1996, pg. 556.

³⁰⁸ ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal*, 2ª edición, Akal, 1986, pgs. 389 y ss.

Defiende CEREZO MIR la limitación de la alevosía a los delitos contra las personas, pero desde una interpretación material y no sistemática del concepto de "delitos contra las personas"³⁰⁹. No considera el autor que deba extenderse este concepto a cualquier delito que proteja cualquier bien jurídico de carácter personal (libertad, seguridad, honor, libertad sexual, etc.), pues, en opinión del autor, no se han alzado en la doctrina penal española voces a favor de una ampliación del campo de aplicación de la agravante, ni parece aconsejable desde un punto de vista político-criminal e igualmente entiende CEREZO MIR que la voluntad del legislador ha sido la de vincular la alevosía a este tipo de delitos. Al no limitar el campo de aplicación de la circunstancia a los delitos situados en el Título VIII del Libro II del anterior código penal, entiende CEREZO MIR que debe interpretarse la mención a los "delitos contra las personas" como aquellos delitos que protegen la vida humana independiente y la integridad corporal, "*con independencia del Título en que estén regulados y aunque en algún caso se proteja al mismo tiempo otro bien jurídico*". Cita el autor como ejemplo el magnicidio (artículos 485 y 486), el atentado contra la vida o integridad corporal de un Jefe de Estado extranjero o de personas internacionalmente protegidas por un Tratado que se encuentren en España (artículo 605), los delitos de terrorismo del artículo 572 o el genocidio (artículo 607).

CAMARGO HERNÁNDEZ (que, como hemos visto en nota al pie anterior, se refiere a una regulación anterior a la del código penal de 1995, pero cuya definición de la alevosía es idéntica en lo que se refiere al elemento normativo) entiende que el ámbito de aplicación de la alevosía no puede ser estrictamente el del entonces vigente Título VIII del Libro II del código penal, pues la alevosía "*no es aplicable a todos los delitos contra las personas comprendidos en el Título VIII del Libro II del código penal, ni*

³⁰⁹ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, Tomo II, 6ª edición, Tecnos, 2005, pgs. 375-376.

*solamente lo es a estos delitos*³¹⁰. La alevosía no es, para CAMARGO HERNÁNDEZ, aplicable a todos los delitos contra las personas: el homicidio en riña tumultuaria excluye necesariamente la alevosía, pues requiere la defensa de la víctima. La alevosía es inherente al auxilio o inducción al suicidio y homicidio con consentimiento de la víctima, y no es, por lo tanto, de aplicación, lo cual sucede también en el infanticidio y en el aborto. En la medida en que en los casos de homicidio y lesiones la alevosía se aplica como circunstancia cualificativa y no agravante, para CAMARGO HERNÁNDEZ los delitos del entonces vigente Título VIII a los que podía aplicarse la alevosía eran el parricidio, el asesinato cuando concurriera la alevosía con otra circunstancia y ésta fuera aplicada como cualificativa, el delito complejo de aborto con muerte o lesiones graves y, entre las lesiones, la castración, mutilación y lesiones menos graves, así como a las faltas de lesiones. CAMARGO HERNÁNDEZ entiende también aplicable la alevosía a otros delitos no comprendidos en el Título VIII del Libro II: así, ha de aplicarse la alevosía al robo con homicidio o lesiones, por su naturaleza mixta, y al homicidio o lesiones causadas al Jefe del Estado. Entendemos que, aunque estos delitos se encuentran sistemáticamente fuera del Título VIII por atacar contra bienes jurídicos adicionales a la persona, la aplicación por parte de CAMARGO HERNÁNDEZ de la alevosía a estos delitos se explica por tener éstos una estructura similar y un mismo ataque al bien jurídico de la integridad personal o la vida, es decir, que son delitos que podrían situarse sistemáticamente en el Título de "delitos contra las personas" aunque el legislador haya decidido no hacerlo por aparecer el ataque al bien jurídico vida o integridad física junto a la lesión de otros bienes jurídicos a los que el legislador decide dar prioridad, al menos desde un punto de vista de sistematización de su regulación.

³¹⁰ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pgs. 57 y ss.

Según RODRÍGUEZ MOURULLO debe limitarse la agravante a los delitos contra las personas "*en su realidad física corporal*", aunque el autor admite también que debería, en cualquier caso, limitarse la mención de "delitos contra las personas" a aquellas figuras delictivas "*cuyo bien jurídico es altamente personal o personalísimo y las formas de ataque sean de acometimiento físico*"³¹¹.

Para CONDE-PUMPIDO FERREIRO el ámbito de aplicación de la alevosía es el de los delitos de los Títulos I al V del código penal de 1995 (que tipifican los delitos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto y delitos relativos a la manipulación genética), y también es aplicable a los delitos contra la Corona en que se tipifica la muerte o lesiones al Rey y al resto de personas referidas en los artículos 485 y 486 del código³¹². El autor entiende así, aunque no lo manifiesta específicamente, que la alevosía es aplicable a aquellos delitos que materialmente atentan contra la vida o la integridad física, estén o no recogidos en los delitos de homicidio o de lesiones.

De la misma opinión es PUENTE SEGURA, que entiende que la alevosía debe aplicarse a los atentados contra la vida (humana independiente, según el autor) o la integridad física³¹³. El autor apunta también que la alevosía no es aplicable, por inherencia, a aquellos delitos en los que la víctima renuncie voluntariamente a su defensa, como el auxilio al suicidio o las lesiones consentidas. PUENTE SEGURA discute, sin embargo, la inherencia en el delito de aborto, al existir supuestos (concretamente, los abortos realizados sin el consentimiento de la mujer)

³¹¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), JORGE BARREIRO, A. (Coord.) y otros, *Comentarios al código penal*, Civitas, 1997, pg. 120.

³¹² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código penal comentado con concordancias y jurisprudencia, actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010*, Tomo I, 3ª edición, Bosch, pg. 160.

³¹³ PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, 1997, pgs. 447 a 449.

en los que es "*perfectamente posible la aplicación de la circunstancia agravante de la alevosía*".

Para MIR PUIG, la desaparición de la rúbrica "delitos contra las personas" de la parte especial del código penal de 1995 simultáneamente al mantenimiento de esta expresión en la definición de la alevosía no significa que el legislador haya querido extender ésta a todos los delitos contra los particulares, y entiende así el autor que "*tal vez sea conveniente mantener el criterio al que respondía aquella rúbrica y, en consecuencia, limitar la agravante a los delitos contra las personas en su realidad física corporal -siempre que no impliquen ya alevosía, como el auxilio ejecutivo al suicidio*"³¹⁴.

QUINTO-OLLOQUIEGUI defiende una concepción material y no sistemática de la expresión "delitos contra las personas" entiende que la alevosía es aplicable "*a todos los delitos contra la vida humana independiente y la salud, con independencia del Título en que estén regulados. Esto incluye, por tanto, el magnicidio de los artículos 485 y 486, el atentado contra la vida o la integridad corporal de un Jefe de Estado extranjero o de personas internacionalmente protegidas por un Tratado que se hallen en España, los delitos del art. 605, los delitos de terrorismo del art. 572 y el genocidio y lesa humanidad de los arts. 607 y 607 bis, respectivamente*"³¹⁵. Los delitos a los que es aplicable la alevosía son pues, para la autora, todos aquellos en los que se dañan los bienes jurídicos de la vida o la integridad física (aunque se dañen además otros, determinantes además de su colocación sistemática), con independencia de en qué título se regulen.

³¹⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10ª edición, Reppertor, 2015, pg. 650.

³¹⁵ QUINTO-OLLOQUIEGUI, A., *La alevosía. Aspectos jurídicos, dogmáticos y jurisprudenciales de la agravante del artículo 22.1 del CP español. Comparación con el Derecho italiano*, Revista electrónica de la AIDP, 2014, pgs. 8 y ss.

Entiende BUSTOS RAMIREZ que el ámbito de la alevosía es el de los delitos contra las personas, de los que hay que excluir, sin embargo, el infanticidio, "*por su propia naturaleza*", y el robo con homicidio³¹⁶.

Consideran COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN que el ámbito de aplicación de la alevosía, no habiéndose mantenido en el código penal de 1995 un título con ese nombre, es el de "*los delitos contra la vida y la integridad o la salud*"³¹⁷.

Para ARIAS EIBE "*deben entenderse por delitos contra las personas únicamente los delitos contra la vida humana independiente y contra la integridad corporal y la salud, pues no existe razón alguna que pueda justificar una ampliación de dicho ámbito*"³¹⁸. Esto no equivale, sin embargo, a que sólo sean susceptibles de aplicación de alevosía los delitos de homicidio y lesiones, sino que esta valoración de si el delito es contra la vida humana independiente y contra la integridad corporal y la salud debe realizarse con independencia de la ubicación de la figura delictiva en concreto. Así, "*lo relevante es que nos encontremos materialmente ante un delito contra la vida humana independiente, contra la integridad corporal o contra la salud, se ubique donde se ubique en el texto punitivo la figura que concretamente venga en aplicación, y aunque concurra en el caso concreto una afectación a otros bienes jurídicos de forma simultánea*".

VIII.1.2.1.3 – Autores que identifican la expresión "delitos contra las personas" con aquellos delitos en los que la víctima es una persona

³¹⁶ BUSTOS RAMIREZ, J., y HORMAZABAL MALARÉE, H., *Manual de derecho penal, parte general*, 4ª edición, Barcelona, 1994.

³¹⁷ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, 1996, pg. 808.

³¹⁸ ARIAS EIBE, M. J., *La circunstancia agravante de alevosía, estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 7, 2005, pgs. 7 y ss.

Defiende QUINTANO RIPOLLÉS una visión más amplia de la alevosía, al entender que "*doctrinalmente, la agravación de la alevosía no repugna, ni mucho menos, a otras muchas modalidades delictivas excluidas del título de las de "contra las personas"*"³¹⁹. Entiende QUINTANO RIPOLLÉS que "*un atentado puede perfectamente ser aleve, como lo puede ser la calumnia o la injuria, en anónimos y otras formas impunitas de expresión, y una estafa prevalerse de la ceguera de la víctima*". Vemos así cómo, a pesar de que el autor mantiene, como ya hemos examinado, que el fundamento o núcleo de la alevosía debe ser el aseguramiento del resultado y no el aseguramiento del autor, que también desde esta doble perspectiva tradicional de la alevosía se puede criticar la limitación de la alevosía a los delitos contra las personas; de los dos ejemplos que cita tras el atentado (que puede ser considerado en realidad como una modalidad de delito contra las personas) en el de la estafa prevaleciéndose de la ceguera de la víctima se asegura el resultado, mientras que en el de la calumnia o injuria en anónimos y otras formas impunitas de expresión lo que se produce es el aseguramiento del autor.

VIII.1.2.1.4 – El estudio del elemento normativo de la alevosía en la tortura. Remisión a la inherencia

En el ámbito del delito de torturas cometido por funcionarios públicos se ha estudiado la posibilidad de aplicación de la alevosía, en un amplio debate doctrinal³²⁰. Sin embargo, la cuestión se ha centrado, en los autores referidos, a si la alevosía es o no inherente al delito de tortura a efectos de

³¹⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al código penal*, Revista de derecho privado, Madrid, 1966, pgs. 205-206.

³²⁰ MAQUEDA ABREU, M. L., *La tortura y otros tratos humanos inhumanos o degradantes*, ADPCP, 39, 1986, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del código penal*, Bosch, 1990, BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Edersa, 1992, RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, 2000.

la aplicación del artículo 67 del código penal, más que en si en abstracto el delito de tortura es un "delito contra las personas" a efectos de lo establecido en el concepto de la circunstancia, cuestión que estos autores admiten unánimemente.

La inherencia de la alevosía a la tortura, y en general la cuestión de la inherencia de la alevosía en determinados delitos, esto es, si algunos delitos implican necesariamente alevosía, y el efecto de esta inherencia, son cuestiones que deben de ser estudiadas, en nuestra opinión, separadamente del elemento normativo al que nos referimos en este capítulo. Hemos visto en el estudio de las posiciones de distintos autores cómo frecuentemente se excluye del ámbito de aplicación de la alevosía, por ejemplo, el delito de aborto, por ser, según algunas opiniones, inherente esta circunstancia en estos casos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende en algunos delitos que la inherencia de la alevosía no debe excluir su aplicación, sino todo lo contrario (de ahí su conocida y polémica postura sobre la aplicación automática de la alevosía en los casos en los que la víctima es una persona naturalmente indefensa, como una persona recién nacida o de muy corta edad). En cualquier caso, entendemos que el estudio de la inherencia de la alevosía en determinados delitos, ya sea para defenderla o para criticarla, pertenece a otro ámbito de este trabajo.

VIII.1.2.2 – En la jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la jurisprudencia anterior al código penal de 1995 el Tribunal Supremo exige para la apreciación de la alevosía que se trate de un delito contra las personas, entendida esta expresión como aquellos delitos comprendidos en el Título VIII del Libro Segundo del Texto Refundido del código penal de 1973, esto es, homicidio, infanticidio, aborto y lesiones.

Adicionalmente, sin embargo, el Tribunal Supremo admitía también

la alevosía en los delitos complejos en los que se tipifican dos acciones, cuando una de ellas consiste en un delito contra las personas. El ejemplo paradigmático era, quizás, el robo con homicidio, donde se admitía la aplicación de la alevosía aún sin recogerse este delito en el Título VIII, "delitos contra las personas"³²¹.

Con el código penal de 1995 y desaparece, como hemos visto, la expresión "delitos contra las personas" de los títulos que regulan estos delitos. El Tribunal Supremo mantiene, sin embargo, la aplicación de la alevosía con idéntico criterio. En la Sentencia del Tribunal Supremo 36/2017, de 11 de enero, en la que se rechaza la aplicación de la alevosía al delito de violación, se concretan las guías de interpretación de la expresión "delitos contra las personas" de la definición de la alevosía³²².

³²¹ Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 1178/1993, de 4 de marzo. La Sentencia del Tribunal Supremo 2334/1986, de 9 de mayo, establece muy claramente a qué delitos es aplicable la alevosía en opinión del Tribunal Supremo: "*La circunstancia agravante primera del artículo 10 del código penal -alevosía-, consta ante todo de un elemento normativo, pues no puede apreciarse más que en los delitos contra las personas, requisito que, sin embargo, ha sido interpretado, tanto por la doctrina científica -con alguna voz u opinión disonante- como por la jurisprudencia, en el sentido de que la referida agravante puede apreciarse en los delitos puros contra las personas, y también en aquellos en los que al atentado contra la vida o integridad personal se suma o asocia otro atentado contra otro bien jurídico cualquiera, tal como sucede, verbigracia, en el homicidio del Jefe del Estado o de su sucesor, en el homicidio de un Jefe de Estado extranjero, en el genocidio, en la piratería y en cualquiera de las hipótesis contempladas en los cinco números del artículo 501 del citado código penal*".

³²² Fundamento de Derecho 2.2: "*La definición de la alevosía en nuestro código penal perdura desde el de 1870, siendo constante como su primer requisito el normativo de que se trate de "cualquiera de los delitos contra las personas", lo que debe llevarnos a fijar el alcance de esta exigencia legal. Pues bien, es cierto que ello no deja de presentar cierta imprecisión, pero en todo caso su delimitación no puede ser ajena a la propia estructura y clasificación de los tipos delictivos contenida en el código penal, pues de lo contrario aquélla sería irresoluble porque con carácter general y en abstracto la persona aparece inmediata o mediatamente como centro de los bienes protegidos en la norma penal, por lo que la interpretación debe ser conforme con el principio de legalidad en su manifestación de "lex certa". Por ello, tomando como referencia más próxima el código penal de 1973, la mención en su Título VIII de los "delitos contra las personas" (artículos 405 y 448) supone la primera aproximación auténtica en relación con los delitos que protegen específicamente la vida y la integridad física de la persona, aunque no en relación a todos ellos pueda operar la agravante genérica de alevosía (como es el caso del homicidio, infanticidio, aborto, lesiones graves, en riña tumultuaria o ayuda al suicidio), mientras otros tipos descritos fuera del Título VIII se han considerado en ciertos casos susceptibles de ello (ejemplo, el antiguo delito complejo de robo con homicidio), de forma que su ámbito de aplicación propio será el delito de lesiones, fuera del caso del artículo 148.2, pues no*

Sin perjuicio de que refiramos en nota al pie el Fundamento Jurídico 2.2 completo de esta sentencia, expondremos aquí sus líneas básicas: entiende el Tribunal Supremo la dificultad de interpretación de la expresión "delitos contra las personas", pues *"con carácter general y en abstracto la persona aparece inmediata o mediatamente como centro de los bienes protegidos en la norma penal"*. Para el Tribunal Supremo es necesario tomar como referencia el código penal de 1973 y su clasificación de los delitos para interpretar el "alcance normativo" de la alevosía en el código penal de 1995: *"El código penal de 1995 en los Títulos I a IV del Libro II cambia la clasificación e individualiza sucesivamente los delitos contra las personas que se agrupaban en el Título VIII del Texto de 1973 (artículos 138 a 158), permaneciendo invariable la definición de la alevosía y la presencia del elemento normativo del artículo 22.1 CP , que sigue refiriéndose a los "delitos contra las personas", por lo que su alcance normativo no ha variado"*.

VIII.1.3 – Conclusiones y toma de postura

Como hemos examinado, el requisito de que la alevosía se aplique a "delitos contra las personas" puede ser interpretado otorgándosele distinta extensión.

En este trabajo prescindiremos del criterio que es más habitual en la doctrina, el histórico, y ello por dos motivos: en primer lugar, aunque la

es aplicable al homicidio y sus formas por cuanto su presencia calificaría el mismo como asesinato. El código penal de 1995 en los Títulos I a IV del Libro II cambia la clasificación e individualiza sucesivamente los delitos contra las personas que se agrupaban en el Título VIII del Texto de 1973 (artículos 138 a 158), permaneciendo invariable la definición de la alevosía y la presencia del elemento normativo del artículo 22.1 CP , que sigue refiriéndose a los "delitos contra las personas", por lo que su alcance normativo no ha variado, excluyéndose desde siempre los tipos imprudentes por razones de culpabilidad. Por lo tanto su aplicación resulta extraña a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que evidentemente protegen a la persona como titular de los valores y derechos aludidos pero no específicamente a la vida o integridad física de la misma."

definición de la alevosía ha permanecido casi constante desde el código penal de 1870, el elemento normativo ha sido precisamente una de las notas variables en distintos textos legales. Si bien existen importantes precedentes (principalmente, el código penal inmediatamente anterior al de 1995) en los que la alevosía se vincula a los delitos contra las personas, esta vinculación no ha sido constante ni uniforme. En segundo lugar, y quizá éste sea un argumento de mayor peso, discutimos el argumento de que el mantenimiento de la mención a los "delitos contra las personas" en el artículo 22.1 del código penal de 1995 cuando ha desaparecido la rúbrica "de los delitos contra las personas" de la parte especial del código penal signifique que el legislador haya querido mantener el mismo ámbito de aplicación. El mantenimiento de la expresión "delitos contra las personas" en la definición de la alevosía, en nuestra opinión, serviría tanto para justificar mantener el ámbito de aplicación como para cambiarlo: que el legislador mantenga la expresión "delitos contra las personas" puede significar que el ámbito de aplicación son los delitos que en el código penal anterior se recogían bajo ese título, pero también puede significar que al no sustituirse la expresión por, por ejemplo "los delitos recogidos en los Títulos I a IV del Libro Segundo", lo que pretende el legislador es precisamente dar un contenido distinto a "delitos contra las personas", no vinculado a la organización sistemática de los tipos penales.

La expresión "delitos contra las personas", una vez se prescinde del criterio histórico, tiene un contenido variable. En una interpretación extensiva, cabe pensar que todos los delitos son, en su dimensión última, delitos contra las personas, incluso aquellos, como los delitos contra el medio ambiente o los delitos de maltrato animal, en los que la persona aparece, aparentemente, como un sujeto muy alejado del objeto del delito. En la interpretación más restrictiva, el concepto de "persona" se refiere únicamente al ámbito corporal, y así, por ejemplo, quedan fuera los delitos contra la propiedad o el honor.

En este trabajo entendemos que el concepto de alevosía no necesita un elemento normativo que excluya determinados delitos. Los propios elementos objetivos y subjetivos de la agravante (aseguramiento del resultado, eliminación de la defensa sin riesgo para el ofendido, y el elemento subjetivo tendencial necesario para su estimación) implican ya importantes restricciones a qué delitos puede aplicarse. La vinculación a "delitos contra las personas" nos parece inútil, y ello, tal y como decía ANTÓN ONECA, por ser "demasiado larga" y a la vez "demasiado corta". Es evidente que si en algún delito que clasifiquemos como "delitos contra las personas" no es aplicable la alevosía por faltar alguno de sus otros elementos, ésta no se aplicará. No nos parece menos evidente que si se dan los elementos de aseguramiento del resultado, indefensión sin riesgos para el autor y el elemento subjetivo propio de la alevosía en un delito que no se considere "contra las personas", el impedir su aplicación resulta artificioso y no justificado.

El ámbito de la aplicación de la alevosía debe desprenderse, pues, de su propio concepto, no de un criterio externo. Aún así, y por mantenernos en una postura de estricta *lege lata*, entendemos también que cabe vincular la interpretación "delitos contra las personas" al propio fundamento y naturaleza de la alevosía.

Es necesario hacer aquí un inciso. En anteriores capítulos de este trabajo hemos defendido que el auténtico fundamento y *ratio* de la alevosía no es la indefensión de la víctima ni tampoco la evitación de riesgos por parte del autor, sino el aseguramiento del resultado. No significa esto, sin embargo, que la indefensión y la ausencia de riesgos para el autor en la ejecución no cumplan un papel a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de la alevosía. Podríamos vernos en la situación de defender que, en la medida en que la alevosía descansa y se fundamenta en el concepto de

aseguramiento del resultado, su ámbito de aplicación ha de ser todos aquellos delitos en los que exista un resultado y en los que pueda diferenciarse apriorísticamente distintos medios de ejecución que determinen distintos grados de aseguramiento, habiendo alevosía si el autor elige conscientemente aquellos medios que determinan un alto grado de aseguramiento. Esta idea nos parece defendible, aunque sólo en un plano puramente teórico. Efectivamente, si el fundamento de la alevosía es la mayor probabilidad de que se perfeccione el resultado (y no una mayor probabilidad casual o aleatoria, sino un aumento consciente y voluntario de la probabilidad por parte del autor), el ámbito de la alevosía deberían ser todos los delitos de resultado. Por ejemplo, podría entenderse que una estafa es alevosa cuando el autor emplea un engaño que no sólo es suficiente para provocar el error de la víctima, sino que asegura este error y hace imposible que la víctima se percate de que está siendo estafada. Este dibujo hipotético de la alevosía, que defendemos dentro de ese plano teórico, chocaría con la realidad y la seguridad jurídica. Entender la alevosía de esta manera obligaría a determinar cuál es el "medio normal" de comisión del delito, para a continuación determinar qué medios son alevosos, lo cual se antoja difícil en el mencionado ejemplo de la estafa, e imposible en otros delitos de resultado. Es aquí donde han de entrar en juego los conceptos de indefensión del sujeto y ejecución sin riesgo. Si bien estos dos elementos de la alevosía no determinan su fundamento, sí cumplen un papel a la hora de delimitar más claramente cuándo hay alevosía y cuándo no la hay. Son pues elementos necesarios, pero no nucleares.

El ámbito de aplicación de la alevosía es, pues, aquellos delitos que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, que sean delitos de resultado en los que haya una o más víctimas. En segundo lugar, que en ese delito sea apriorísticamente imaginable una defensa, entendida ésta no como cualquier impedimento del resultado, sino como una defensa

peligrosa para el autor, pues sin ella no existiría el concepto de ejecución sin riesgo. Con la mención al apriorismo de la defensa nos referimos a que no es necesario que sean delitos que necesariamente se cometan de manera violenta, puesto que se pueden dar situaciones en las que la no violencia es precisamente una forma de alevosía. En un delito de detención ilegal, por ejemplo, son posibles modos de comisión violentos, como por ejemplo acometer a la víctima, y, mediante la fuerza y contra su voluntad, llevarla a una habitación y cerrar su puerta con llave, y modos de comisión no violentos, como por ejemplo esperar a que la persona haya entrado por su propia voluntad en la habitación y entonces, subrepticamente, cerrar la puerta con llave. Es la posibilidad de comisión violenta lo que determina que, en los ejemplos nombrados, el modo de comisión no violento pueda ser alevoso, si bien esto no significa, evidentemente, que todos los medios no violentos de comisión del delito de detención ilegal sean automáticamente alevosos: sólo lo serán aquellos en los que concurran los elementos de aseguramiento del resultado y ejecución sin riesgo para el autor evitando la defensa de la víctima. Esta estructura no es distinta, en pureza, a lo que sucede en algunos ejemplos clásicos de la alevosía en el homicidio o las lesiones: el sujeto elige una modalidad de comisión no violenta, como puede ser el envenenamiento de una bebida que la víctima va a tomar por su propia voluntad, y precisamente en la no violencia radica la indefensión.

Nos situamos, por lo tanto, y de lege lata, en una postura que interpreta de manera amplia el elemento normativo de la alevosía, puesto que, acudiendo a una interpretación según el fundamento y naturaleza de la alevosía, ésta cabría en principio (aunque veremos que el elemento objetivo va a cerrar la puerta a la aplicación de la alevosía en muchos de estos delitos) a delitos como las detenciones ilegales y secuestros, agresiones sexuales, allanamiento de morada, sustracción de menores o robos.

Se da aquí una aparente contradicción que ya se ha apuntado en capítulos anteriores al hablar del desvalor de la cobardía: la ejecución no violenta es, desde un punto de vista de la alevosía, más desvalorada, pero desde un punto de vista del valor de los bienes jurídicos en juego, menos desvalorada. En el ejemplo de la detención ilegal que tratábamos anteriormente, podría defenderse que el modo de ejecución alevoso es menos grave que el violento, en la medida en que el violento pone en riesgo la salud o la vida de la víctima y del autor, mientras que el modo alevoso, subrepticio y que evita violencia y defensa asegura estos bienes jurídicos. Lo mismo puede decirse en el ámbito de los delitos sexuales o de los hurtos y robos con violencia en las personas, donde una ejecución no violenta es menos grave que una ejecución violenta, y sin embargo desde una perspectiva estricta de la alevosía debería considerarse como más grave.

Esta aparente contradicción encierra, a nuestro entender, una indebida sistematización de los elementos del delito, pues la violencia en sí misma no está más desvalorada que la no violencia, sólo lo está en tanto en cuanto se traduce en un resultado lesivo para la víctima o para el autor (y esta desvaloración por el daño a la lesión o la vida será imputable, en cada caso, al autor o a la víctima). El tratamiento adecuado de la cuestión, a nuestro entender, pasa por entender que desde la óptica de la alevosía la comisión no violenta y alevosa³²³ es siempre más grave que la comisión violenta, pero la comisión violenta es más grave que la comisión no violenta cuando aquella conlleva un daño adicional a los bienes jurídicos de integridad física o vida. En el caso, por ejemplo, de las dos detenciones ilegales mencionadas anteriormente, el delito de detención ilegal será más grave en su vertiente alevosa, mientras que el modo de comisión violento

³²³ Nos referimos aquí a la comisión no violenta y además alevosa, pues, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, no hay una conexión necesaria entre no violencia y alevosía.

no será alevoso, pero podrá ser globalmente más grave si la actuación violenta del autor provoca, por ejemplo, una lesión a la víctima, por vía del concurso de delitos o por vía del adelantamiento de la protección de la salud de la víctima, puesto que la puesta en riesgo de su salud puede considerarse ya merecedora de respuesta penal, como sucede en los casos del robo con violencia en las personas respecto del hurto o de la agresión sexual respecto del abuso sexual, aunque no se produzca una vulneración efectiva de la salud.

VIII.2 – El elemento objetivo de la alevosía

VIII.2.1 – Introducción. El aspecto objetivo-final de la alevosía

Como hemos establecido anteriormente en este trabajo, entendemos que la alevosía es una circunstancia de naturaleza mixta, esto es, objetivo-subjetiva, y ello no se vincula, en nuestra opinión, a dónde se sitúe su mayor desvalor, sino a qué elementos esenciales o nucleares la componen. Así, la naturaleza objetivo-subjetiva de la alevosía viene determinada por la presencia tanto de un elemento objetivo como de un elemento subjetivo. Estos dos elementos, además, se colocan en un plano de igualdad, en el sentido de que ninguno es fundamento o raíz del otro, sino que ambos derivan de un fundamento común y por lo tanto son igualmente determinantes de la circunstancia.

Este fundamento común a ambos elementos es el aspecto tendencial de la alevosía, la necesidad de que tanto el sujeto como los medios tiendan al objetivo establecido en el artículo 22.1 del código penal, esto es, asegurar la ejecución sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. Este aspecto tendencial se proyecta tanto sobre el autor (su ánimo o intención debe ser el aseguramiento de la ejecución, no bastando que emplee un medio que objetivamente provoque este aseguramiento e indefensión) como sobre los medios, que han de ser objetivamente aptos para asegurar el resultado y evitar la defensa. Adicionalmente hay que apuntar, como ya vimos en apartados anteriores, que la indefensión actúa en ambos casos no como la base esencial de la tendencia, que es en todo caso el aseguramiento del resultado, donde descansa la naturaleza de la alevosía y su desvalor, sino como límite de aplicación de la alevosía y criterio de interpretación, siendo complicado establecer el límite entre producción del resultado y aseguramiento del resultado en determinados delitos.

En este apartado trataremos pues del aspecto objetivo de la alevosía, es decir, la naturaleza, modalidades y características de los medios empleados por el autor. Por economía del lenguaje emplearemos la expresión "medios alevosos", que necesita de una precisión inicial: no nos referimos a que estos medios sean alevosos en cualquier caso, en el sentido de que por sí solos cumplan lo establecido en el artículo 22.1 del código penal y que constituyan alevosía, pues esto sería ignorar el elemento subjetivo necesario para la apreciación de la circunstancia. Nos referimos con la expresión "medios alevosos" a aquellos capaces de completar el aspecto objetivo de la alevosía, siendo que, si tales medios son empleados por un autor que a su vez cumpla el elemento subjetivo de la circunstancia, entonces sí estaremos en presencia de la alevosía. Los medios que aseguran el resultado y provocan la indefensión del autor no son, en sí mismos, alevosos sin que sean empleados con una particular tendencia o ánimo del autor, pero, por simplicidad, hablaremos de "medios alevosos" para referirnos a ellos, evitando expresiones más engorrosas como "medios potencialmente alevosos".

VIII.2.2 – Los “medios alevosos” desde una perspectiva objetiva. Modalidades de alevosía. La alevosía en casos de omisión

VIII.2.2.1 – En la doctrina

Estudiamos en este apartado la evolución doctrinal sobre el estudio de los medios alevosos en sí mismos, esto es, qué actos o acciones concretas pueden constituir alevosía. A lo largo de la historia, además, esta discusión se ha entrelazado con una categorización de tales medios que, como veremos, distingue tres clases de alevosía, en relación al tipo de medio empleado, y así se distinguirán alevosía proditoria, sorpresiva y por desvalimiento. Igualmente, junto a estos dos aspectos de los medios

alevosos, la doctrina estudia si es posible o no la alevosía por omisión.

Por una cuestión de claridad sistemática y de unificación de distintas cuestiones que se tratarán más adelante en este trabajo, no recogeremos aquí las opiniones sobre la alevosía por desvalimiento, es decir, aquellos casos en los que la víctima se encuentra naturalmente indefensa por sus propias características personales (muy corta o muy avanzada edad, invalidez, etc.). La reforma del código penal de la L.O. 1/2015, a nuestro entender, ha alterado de manera sustancial esta cuestión, y por lo tanto el debate sobre la alevosía por desvalimiento se tratará con más profundidad en el apartado sobre esta reforma.

PACHECO, tras definir la alevosía, como ya se ha tratado en el apartado correspondiente, como los delitos cometidos "*a traición*" (diferenciándose de los delitos *de traición*) no hace un relato detallado de qué comportamientos constituyen ese actuar a traición³²⁴. Sin embargo, sí cita al Diccionario cuando dice que a traición, alevosamente, equivale a "*faltando a la lealtad ó confianza, con engaño ó cautela*". A continuación, el autor asimila la alevosía también a "*la emboscada del código brasileño, el guet-apens del código francés*". Igualmente, como ya vimos, PACHECO, destacando el aspecto de aseguramiento del autor como modalidad esencial de alevosía, dice que "*el alevoso es semejante al reptil, que llega callado, arrastrándose, sin anunciar su ira, sin dar lugar para la defensa*".

Tampoco GROIZARD hace una enumeración exhaustiva de las modalidades de alevosía, pero sí describe algunas formas en las que puede manifestarse el comportamiento alevoso: "*matar, herir, acometer á las personas faltando á todo género de lealtad, conduciéndolas á una emboscada, trayéndolas so semejanza de bien á mal, ó aprovechando un*

³²⁴ PACHECO J. F., *El código penal concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, 1856, pg. 217-218.

momento en que están completamente desapercibidas, sin que por parte del culpable se corra riesgo (...)"³²⁵.

La primera vez que aparece la clasificación tripartita de la alevosía es ya en MONTES, que define la alevosía, en la misma línea que los demás comentaristas, como "*obrar a traición*", y amplía esta definición cuando explica que la alevosía "*puede revestir estas tres formas*"³²⁶: en primer lugar, el empleo de "*maquinaciones*" o la ejecución de "*actos positivos que pongan a la víctima en estado de no poder defenderse*". En segundo lugar, "*esperando deliberadamente la ocasión en que la víctima esté descuidada o en estado de indefensión, aprovechando el momento oportuno para asestar el golpe*". En tercer lugar, MONTES califica como alevosía "*la misma circunstancia de indefensión de la víctima, no provocada ni esperada de propósito pero sí aprovechada de improviso por el delincuente*", aunque admite el autor que "*es muy discutible*" que esta última modalidad debiera de admitirse.

Un importante matiz sobre los medios alevosos lo encontramos en CUELLO CALÓN, que enumera distintos medios, modos o formas en los que, examinando jurisprudencia, puede producirse la alevosía³²⁷. Así, diferencia el autor el acometimiento rápido e inopinado y no precedido de disputa, el ataque por la espalda, si bien en este caso habrá que estar a las circunstancias concretas de la ejecución, pues el ataque por la espalda no determina necesariamente la existencia de la agravante, y cuando la víctima está desprevenida. Así, el autor introduce un aspecto que para nosotros será esencial en la caracterización de los medios alevosos: no basta el uso de un instrumento o medio concreto, sino que lo determinante

³²⁵ GROIZARD, A., *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 1902, pg. 430.

³²⁶ MONTES, J., *Derecho penal español, parte general*, Volumen I, Nuñez Samper, 1917, pg. 441.

³²⁷ CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal, revisado y puesto al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, C.*, Tomo I, Volumen Segundo, 17ª edición, Bosch, 1975, pg. 577.

es la forma o modo en que ese medio se emplea.

La misma idea es traída a colación por QUINTANO RIPOLLÉS, que, desde una concepción objetivista de la alevosía, pone el acento en la objetiva situación de indefensión de la víctima³²⁸. La determinación de si los medios, modos o formas empleados por el autor constituyen alevosía ha de hacerse, pues, teniendo en cuenta a la víctima del delito. El autor apunta además cómo *"el elemento instrumental o modal no se halla expresamente precisado por la ley, pudiendo consistir unas veces en la naturaleza del arma, si bien el casuismo del art. 10 del código español ya ha previsto en otros números las típicamente alevos, como son el veneno y los explosivos y otras, más frecuentemente aún, en las condiciones topográficas o personales de la víctima. En este sentido entran en consideración las asechanzas y emboscadas, la agresión por la espalda cuando no sea un mero incidente de la lucha, el hallarse dormido el agredido o el ser ciego o niño de corta edad y aun anciano indefenso, situaciones constantemente consideradas alevosas por la jurisprudencia"*. En otra obra el mismo autor añade otro factor a esta consideración, al entender que, por radicar la alevosía en una situación objetiva de indefensión de la víctima, no debe estarse únicamente a la naturaleza del medio o instrumento empleado, sino también al concreto modo de empleo de esos medios. Así, *"el uso de arma de fuego por una de las partes no parece, por sí mismo, ser elemento de hecho bastante cuando la agresión no tuvo los caracteres de simultaneidad o cautela exigibles, puesto que el agredido desarmado puede tener ciertas posibilidades de repeler o soslayar el ataque"*. El autor parece descartar así la posibilidad de que existan formas de ejecución objetivamente alevosas, entendida esta expresión como formas alevosas independientemente del concreto empleo que les dé el autor, pero a continuación QUINTANO RIPOLLÉS entiende que *"lo dicho*

³²⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de derecho penal*, I, Revista de derecho privado, Madrid, 1963, pg. 436.

no es valedero, sin embargo, en el caso de que el arma empleada sea de tal eficacia que haga ilusorias tales posibilidades de reacción, por ejemplo, una pistola ametralladora, y aun armas de fuego corrientes, bien por el hecho de haberlas usado a quemarropa o a demasiada distancia, cuando toda eventualidad de defensa queda eliminada"³²⁹. A nuestro entender, el autor asimila en esta idea dos conceptos distintos: el hecho de usar un arma de fuego corriente a quemarropa o a demasiada distancia incluye el concreto modo de empleo al que el autor se refería anteriormente, por lo que en estos casos la agresión sí tendría "*los caracteres de simultaneidad o cautela exigible*". Distinta es la mención de QUINTANO RIPOLLÉS a la "*pistola ametralladora*", pues aquí parece referirse el autor a armas de efectividad tal que su empleo resultará siempre alevoso, independientemente de cómo las emplee el autor. El ejemplo de la pistola ametralladora se nos antoja, quizá, erróneo, pues cabe imaginar empleos de un arma de estas características de manera no alevosa (a corta distancia, de frente, desenfundándola lentamente, etc.). Debemos quedarnos con la idea del autor, sin embargo, de la posibilidad de existencia de medios que imposibiliten la defensa de tal manera que sea irrelevante el concreto modo de empleo que les dé el autor, pues esta discusión tendrá relevancia cuando analicemos el requisito subjetivo-final de la alevosía.

PUIG PEÑA también relaciona las distintas maneras de eliminación de la defensa del agredido³³⁰: en un primer grupo el autor sitúa los casos de imposibilidad absoluta o casi absoluta de defensa, entendiendo como tales los casos de los niños de corta edad o gente que se encuentra durmiendo (casos de imposibilidad absoluta), o que la víctima haya sido herida por otro con anterioridad, aprovechamiento del estado moral y rendimiento físico de la víctima, de su decrepitud o de su ceguera (casos

³²⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al código penal*, Revista de derecho privado, Madrid, 1966, pg. 207.

³³⁰ PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, Tomo II, 5ª edición, Desco, 1959, pg. 123.

de imposibilidad casi absoluta). En segundo lugar, el autor clasifica lo que entiende como "*supuesto clásico de la alevosía*": la agresión por la espalda. Sin embargo, matiza también que esta circunstancia no determina la existencia de alevosía de manera automática en algunos casos tomados de la jurisprudencia: si hubo riña mutuamente aceptada en la que "la forma externa del ataque significa tan sólo un accidente propio de la recíproca situación de violencia", o en el caso de que el autor hubiera expresado a la víctima su intención de atacarla, y el ataque por la espalda se produce como consecuencia de la huida del ofendido. En tercer y último lugar, PUIG PEÑA expone como forma de alevosía la agresión rápida e inopinada, aunque fuese cara a cara.

También CEREZO MIR enumera una lista de supuestos de aplicación de la alevosía: dice así el autor que "*cabe mencionar el ataque precedido de acecho, emboscada, apostamiento o asechanza de la víctima; el ataque por sorpresa, inesperado, estando la víctima de espaldas o de frente; y el ataque cuando la víctima se encuentra acostada, tendida en el suelo, sentada, de rodillas, dormida, embriagada o en otra situación de indefensión no provocada por la acción del sujeto, dirigida a la producción del resultado de muerte o lesiones corporales*"³³¹. Añade a la lista el autor un ejemplo negativo: la riña o pelea suele excluir la alevosía, pero, en contra de lo mantenido por el Tribunal Supremo y siguiendo a CÓRDOBA RODA, no puede decirse que de manera automática la alevosía no pueda producirse en estos casos, pues "*según cuáles sean las circunstancias de la riña o pelea, los contendientes pueden no esperar un ataque contra su vida, o un grave atentado contra su integridad corporal*".

Un interesante desarrollo sobre las modalidades de alevosía lo encontramos en QUINTERO OLIVARES, que las define de la siguiente

³³¹ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, Tomo II, 6ª edición, Tecnos, 2005, pgs. 378-379.

manera³³²: es alevosía proditoria aquella que se da "*cuando el autor planifica la agresión con un previo control de los movimientos de la futura víctima a fin de elegir el momento y lugar en que llevar a cabo el ataque*", distinta de la alevosía sorpresiva, que "*surge cuando se produce un ataque inesperable para la víctima*". Añade el autor a este supuesto que "*la agresión repentina que sorprende a la víctima da vida a la alevosía con independencia de que se trate de un ataque frontal o por la espalda, pues la incapacidad de oponer defensa procede de la sorpresa, porque de ese modo se aprovecha la desprevenición de la víctima*" Ambas categorías son, para el autor, parte de una misma concepción objetiva de la circunstancia, en tanto en cuanto ambas son "*medio, modo o forma*" de la ejecución.

En opinión de ALONSO ÁLAMO, el elemento esencial de los medios, modos y formas que comprenden la alevosía es, aún a día de hoy, la traición, y por lo tanto lo decisivo no son tanto los concretos instrumentos que se empleen sino la clandestinidad e insidia con los que estos medios han de emplearse³³³. No cabe así pues hacer una lista apriorística de medios, modos o formas susceptibles de constituir alevosía, pues será necesario el examen de la concreta forma de ejecución, "*clandestina e insidiosa, con la particular tendencia de asegurar el delito y dejar a la víctima indefensa*".

Para CAMARGO HERNÁNDEZ el elemento objetivo de la alevosía y la indefensión de la víctima, desde su concepción subjetiva de la misma, "*desempeñan un papel secundario*", y por lo tanto lo relevante es que el sujeto crea estar actuando alevosamente, con independencia de que los medios, modos o formas tiendan objetivamente al aseguramiento del hecho

³³² QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al código penal*, Tomo I, 7ª edición, Aranzadi, 2016, pgs. 304 y 305.

³³³ ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981, pgs. 490 y ss.

y a la indefensión de la víctima³³⁴. Una aportación importante de CAMARGO HERNÁNDEZ en materia del elemento objetivo, sin embargo, es, extrayendo casos jurisprudenciales, entender que la indefensión puede ser tanto física como psíquica, siendo este segundo grupo de casos aquellos en los que la víctima no puede defenderse por un impedimento de tipo psicológico, como, por ejemplo, el terror, el miedo o incluso "*la natural impresión de la víctima al verse acometida*".

En la discusión sobre la posibilidad de la alevosía mediante actos omisivos, ALTÉS MARTÍ entiende que no cabe tal modalidad, y esto por la pura interpretación del precepto del código penal, que establece que la alevosía debe producirse "empleando medios, modos o formas"³³⁵. Para el autor, "*la utilización del verbo emplear, descarta toda posibilidad de comisión omisiva, pues este término lleva siempre un hacer positivo y presupone una acción dinámica por parte del sujeto*". No descarta el autor, sin embargo, la posibilidad de empleo de medios morales, pues en la definición de alevosía "*se habla de empleo de medios, pero no se distinguen de qué clase*", por lo que parece que debería aceptarse esta modalidad. Sin embargo, el autor matiza también que para la apreciación de la alevosía debe ser imaginable una defensa, que define como "*reacción frente al ataque de otro, con la finalidad de impedirlo, reducirlo o compensarlo*". No cabría, por lo tanto, admitir en la alevosía un medio moral, sin que éste suponga una agresión material y contra la que no pueda existir defensa posible.

RODRÍGUEZ MOURULLO entiende que el núcleo de la alevosía se halla en la indefensión de la víctima, independientemente de cómo se produzca esta, y reproduce la postura del Tribunal Supremo citando la Sentencia de 15 de diciembre de 1992, que entiende que "*tal inexistencia*

³³⁴ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 52.

³³⁵ ALTÉS MARTÍ, M.A., *La Alevosía*, Universidad de Valencia, 1982, pgs. 120 y ss.

de posibilidades de defensa puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien de forma proditoria o aleve, cuando se obra en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que el que va a ser la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho, bien de modo súbito o por sorpresa, cuando el agredido que se encuentra confiado en el agresor, se ve atacado de manera rápida e inesperada", añadiéndose más tarde en la misma sentencia que *"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.)"*³³⁶. RODRÍGUEZ MOURULLO extrae pues la clasificación tripartita del Tribunal Supremo, asumida también por la totalidad de la doctrina, que reconoce tres modalidades de alevosía y que ya hemos repetido en distintas ocasiones: la proditoria, caracterizada por la trampa, acechanza o emboscada; la súbita o inopinada, caracterizada por un ataque sorpresivo e inesperado, ante el que la víctima se encuentra indefensa por no ser esperado, y el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento de la víctima.

GRACIA MARTÍN parece entender que los medios alevosos han de ser provocados por el mismo autor que provoca la muerte cuando dice que *"en el delito de asesinato la alevosía debe ir vinculada necesariamente a la acción de matar, y por lo tanto, sólo cabrá apreciarla si la realiza el autor"*³³⁷. Sin embargo, el autor entiende que la expresión "empleo de medios, modos o formas" no se limita a la realización de propia mano de los hechos que provocan la indefensión de la víctima y el aseguramiento del autor, sino que utilizar esos medios, modos o formas, si le vienen ya previamente dados,

³³⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), JORGE BARREIRO, A. (Coord.) y otros, *Comentarios al código penal*, Civitas, 1997, pg. 122 y 123.

³³⁷ GRACIA MARTÍN, L. y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coords.), *Comentarios al código penal. Parte especial*, Tomo I, Tirant lo Blanch, 1999, pgs. 118 y ss.

también constituye su empleo. La alevosía consiste pues, para GRACIA MARTÍN, en el aprovechamiento de esos modos, medios o formas, hayan sido provocados por la propia mano del autor o simplemente aprovechados por éste. Además, el autor recuerda, como ya hemos visto anteriormente, cómo el concepto moderno de alevosía no requiere traición, aunque generalmente será así, ni cobardía, pues desde un punto de vista fáctico el autor puede correr riesgos, siendo sólo relevante para la apreciación de la alevosía la eliminación de aquellos que provengan de parte de la víctima³³⁸. El autor considera, más adelante, que no puede admitirse la alevosía por omisión, pues, si bien el autor puede asegurar el resultado por omisión, no puede por omisión emplear medios que excluyan la defensa de la víctima, pues ésta defensa ha de proyectarse siempre sobre una agresión cometida por el autor, "*y es evidente que la omisión no es agresión*". Lo que sí podría suceder, en opinión de GRACIA MARTÍN, es que la víctima realizara acciones dirigidas a los factores causales peligrosos que amenazan con realizarse en el resultado, acciones que el autor ha omitido. Esto, sin embargo, no sería una defensa contra el autor, sino una sustitución de sus deberes de garantía que no cumple los requisitos para la apreciación de la alevosía. El autor analiza igualmente los casos en los que el autor se asegura de que la víctima no puede realizar estas acciones mediante la retirada activa de los medios potencialmente salvadores, pero esto "*sería ya una acción positiva que tendría el rango de agresión ilegítima*", y daría lugar a alevosía si se interponen medios con el fin de evitar la reacción defensiva de la víctima. Esto no es ya, sin embargo, una situación de alevosía por omisión, sino una auténtica alevosía activa.

Un concepto de defensa distinto a los tradicionalmente manejados por la doctrina es empleado por MUÑOZ CUESTA, que retoma de la jurisprudencia una distinción entre clases de defensa, diferenciando

³³⁸ GRACIA MARTÍN, L. y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coords.), *Comentarios al código penal. Parte especial*, Tomo I, Tirant lo Blanch, 1999, pgs. 97 y ss.

"defensa activa" de la mera autoprotección, también denominada "defensa pasiva"³³⁹. La defensa relevante a efectos de la alevosía es, para el autor, aquella que se proyecta sobre el autor, no los actos ejercidos "*dentro de lo que se puede denominar instinto de conservación*". Así, por ejemplo, en el caso citado por MUÑOZ CUESTA en el que el autor asesta sorpresivamente a su madre repetidas puñaladas, la reacción de la víctima, consistente en protegerse con un brazo, con ánimo de defenderse, pero "*sin dirigir ataque alguno contra su hijo*", no impediría la apreciación de la alevosía, pues ésta sólo ha de tomar en consideración la existencia o no de "*defensa activa*".

Para MARTÍN GONZÁLEZ existen dos elementos objetivos en la alevosía³⁴⁰. El primero son los medios, modos o formas de ejecución y el segundo el aseguramiento del hecho y la eliminación del riesgo que para la persona del sujeto proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido. La expresión "medios, modos o formas" consiste así en el primero de estos elementos objetivos, y se refiere a "*la conducta externa, al modus operandi, a la dinámica de la actividad, a lo instrumental o adjetivo, a lo mecánico o material, a la manera de suceder los hechos, a la ejecución del delito, en suma*". Estos medios, modos o formas, habrán de consistir siempre en una conducta activa del sujeto, pues "*están aludiendo a actuaciones positivas y materiales, de lo que se deduce que han de excluirse las actuaciones omisivas consistentes en un "no hacer" y los medios "morales" que ni implican agresión material, ni admiten defensa posible*". El segundo elemento objetivo, el aseguramiento de la ejecución y la eliminación de la reacción defensiva de la víctima, "*completan la vertiente objetiva de la circunstancia: es la eliminación de la potencialidad defensiva que pudiera realizar el ofendido*"³⁴¹. Este segundo elemento, tal y como examina el autor

³³⁹ MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.), ARROYO DE LAS HERAS, A., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias agravantes en el código penal de 1995*, Aranzadi, 1997, pg. 27.

³⁴⁰ MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pgs. 72 y ss.

³⁴¹ MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pgs. 75 y ss.

en otro apartado de la misma obra, no constituye dos subelementos diferenciados, a saber, el aseguramiento de la ejecución y la eliminación de la reacción defensiva de la víctima, ambos individualmente considerados, sino que la alevosía valora exclusivamente el aseguramiento del hecho a través de la indefensión de la víctima. Así entiende MARTÍN GONZÁLEZ que *"el requisito de la tendencia a eliminar el riesgo procedente de la defensa que pudiera hacer el ofendido es justamente la modalidad que legalmente se exige, a efectos de poder apreciar la agravante, para el logro del aseguramiento de la ejecución"*.

Destaca GARCÍA ARÁN, en su visión objetiva de la alevosía, cómo los medios deben ser *"objetivamente tendentes al aseguramiento, es decir, aptos para ello, no bastando con que el autor así lo crea"*³⁴². La autora retoma la clasificación de las modalidades de alevosía seguida por la jurisprudencia, y así distingue alevosía proditoria o traicionera, *"en la que concurre celada o trampa"*, alevosía sorpresiva o súbita, *"caracterizada por el ataque inesperado"*, y alevosía por desvalimiento, *"con aprovechamiento de la especial situación de desamparo de la víctima"*.

Para ÁLVAREZ GARCÍA los medios, modos o formas han de interpretarse en sentido amplio³⁴³. Así, caben tanto medios materiales como morales (psicológicos, como el engaño), y pueden ir dirigidos tanto a la ejecución en sentido estricto como a la provocación de la indefensión que permita posteriormente una ejecución sin riesgo. ÁLVAREZ GARCÍA entiende que la alevosía puede producirse tanto activamente como en comisión por omisión, como sucede en el caso de los aprovechamientos de situaciones previas de indefensión. El autor recuerda, además, la suficiencia de que los medios tiendan a la situación de indefensión,

³⁴² GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Directores), *Comentarios al código penal, parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, 2004, pg. 23.

³⁴³ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Derecho penal español, parte especial*, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2011, pgs. 84 y ss.

tendencia que ha de ser considerada *ex ante*, no siendo por lo tanto necesario que la situación de indefensión se produzca efectivamente.

POLAINO-ORTS define el aspecto objetivo de la alevosía desde una perspectiva dual: así, *“realizar una muerte alevosa significa blindar la ejecución de la muerte, lo cual se consigue de dos formas: a) elevando el grado de probabilidad, rayano en la seguridad, de que se produzca el resultado; y/o b) reduciendo la posibilidad de repulsión del ataque (que viene a ser una forma omisiva de aseguramiento del resultado)”*³⁴⁴. Más adelante, considera también el autor que *“la clave de la alevosía se halla en asegurar el resultado de muerte, maximizando la seguridad para el atacante y minimizando la defensa por parte de la víctima”*.

Como ya hemos adelantado, omitimos en este apartado el debate sobre la alevosía por desvalimiento, que será tratado en profundidad junto a la reforma operada por la L.O. 1/2015.

VIII.2.2.2 – En la jurisprudencia. Estudio particular de la alevosía convivencial

A modo de introducción, y resaltando la importancia que tienen las sentencias de los tribunales en la determinación de cuáles son los “medios alevosos”, resulta sugerente la opinión de MAPELLI CAFFARENA cuando considera que *“la alevosía se construye esencialmente sobre el relato jurisprudencial. Teniendo en cuenta la ambigüedad de su redacción, es la propia narración de la sentencia la que en hechos particularmente escabrosos va a ir definiendo y destacando los contenidos de esos modos,*

³⁴⁴ POLAINO-ORTS, M., en *Lecciones de derecho penal, parte especial*, POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), Tomo I, 2ª edición, Tecnos, 2019, pg. 66.

medios o formas"³⁴⁵.

La Sentencia del Tribunal Supremo 104/2014, de 14 de febrero, de la que estudiaremos otros aspectos en sucesivos apartados, entiende que *"para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción. Aunque a algunas modalidades específicas parece connatural la alevosía -el veneno v.gr.- ni siquiera en esos casos son inimaginables supuestos en que no hay alevosía: -violento forcejeo en el que se acaba por reducir a la víctima para hacerle ingerir por la fuerza el veneno-. En concordancia con esta premisa general no puede afirmarse apriorísticamente que un estrangulamiento sea siempre alevoso. De hecho en la jurisprudencia encontramos casos de asfixia por estrangulamiento catalogados como alevosos frente a otros en que se calificó como homicidio (SSTS 1068/2010, 2 de diciembre y 20 de diciembre de 2006, 1279/2006 ó STS 76172007, de 26 de septiembre, 162/2009, de 12 de febrero por recoger un par de precedentes en cada dirección)."*

Existe pues, en la jurisprudencia, la idea de que no existen "medios alevosos" como tal, o al menos medios que puedan ser considerados siempre y en todos los casos alevosos, sino que su idoneidad para constituir el elemento objetivo de la alevosía dependerá del concreto modo en el que éstos se usen.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido siguiendo, en lo que se refiere a las modalidades de alevosía, la tradicional distinción tripartita ya examinada en la doctrina mayoritaria. Así, por citar únicamente un ejemplo de lo que constituye jurisprudencia plenamente unánime, *"En lo*

³⁴⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Alevosía y poder. El fundamento preventivo general del asesinato alevoso*, en *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol. I, Reus, Madrid, 2020, pg. 762.

*que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado con exclusión de toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala ha distinguido en las sentencias que se acaban de reseñar tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha. La alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto. Y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente*³⁴⁶.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha manejado también una particular modalidad de alevosía, que se caracteriza por que la situación de indefensión no proviene del concreto modo de actuar del autor, sino de la confianza y tranquilidad de la víctima, y por lo tanto también indefensión, por provenir el ataque de una persona con la que convive y, en la mayoría de los casos, mantiene una relación sentimental. Examinaremos primero las sentencias en las que se ha manejado esta modalidad, para que podamos valorarla con más información.

Se introduce el concepto en la Sentencia del Tribunal Supremo 86/1998, de 15 de abril de 1998, que entiende que: "*A mayor abundamiento la Sala debe señalar que en el caso se dan todos los elementos del asesinato alevoso, dado que el autor ha causado dolosamente la muerte de la víctima y que entre ambos existía una especial relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para el occiso de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su*

³⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 118/2017, de 23 de febrero.

origen en acciones del acusado." El relato de hechos de esta sentencia³⁴⁷ introduce algunos elementos a tener en cuenta: en primer lugar, se hace referencia a un ataque que se produce "súbitamente y por sorpresa". Entendemos (si bien no se establece así explícitamente en la sentencia) que el propio actuar del autor es repentino, sorpresivo, y, en definitiva, susceptible de ser alevoso por sí mismo. Parece en esta sentencia que el elemento convivencial no es en sí mismo determinante de la alevosía, pues ya hay un ataque súbito y por sorpresa, sino que es un elemento añadido, accidental.

³⁴⁷ "Se declara probado que el procesado Baltasar , mayor de edad, ejecutoriamente condenado por delito de robo en sentencia de 7 de Junio de 1991 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 17 de Barcelona, declarada firme el 15 de Octubre de 1991 a la pena de 2 años, 4 meses y 1 día de prisión menor, y afecto de un trastorno paranoide de la personalidad que le limitaba parcial y ligeramente sus facultades intelectivas y volitivas, en hora no determinada pero situada aproximadamente entre las 12'30 horas y las 15 horas del día 7 de Septiembre de 1994, encontrándose en el domicilio de Aurelio , nacido el 5 de Enero de 1949, sito en la CALLE000 nº NUM000 - NUM001 escalera NUM002 piso NUM003 NUM004 de Barcelona, lugar donde el procesado vivía desde hacía aproximadamente 15 días, penetró en el dormitorio donde se encontraba Aurelio y utilizando un gran cuchillo tipo machete curvado de 60 centímetros de hoja que se encontraba en la casa, atacó a éste súbitamente y por sorpresa, asestándole varias cuchilladas en la cabeza ocasionándole: a) una herida incisa en la zona parieto temporal derecha y que produce un scalp curvo de 15 cm. de anchura máxima y que golpea tangencialmente la calota sin fracturarla, b) herida incisa a nivel parietal derecho de 4 cm. de longitud, c) herida incisa a nivel parietal izquierdo de 5 cm., d) herida inciso-contusa a nivel de arco ciliar izquierdo que lo fractura limpiamente y penetra en la bóveda craneal produciendo atricción de polo frontal de cerebro, con dirección casi paralela al arco ciliar y de 17 cm. de longitud, e) herida inciso contusa sobre codo izquierdo de 10 cm. y f) herida incisa en borde cubital de mano izquierda que partiendo a nivel del cuello del 5º metacarpiano penetra seccionando el 5º, 4º y 3º metacarpiano hasta llegar al 2º donde se detiene quedando aquellos dedos unidos a la mano por un colgajo cutáneo, y de modo inmediato y estando Aurelio prácticamente inconsciente, el procesado utilizando una carabina de repetición marca Winchester modelo 1894, con número de serie CC 3231, sin que poseyera ni licencia ni guía de dicha arma, la cual pertenecía legalmente documentada al difunto esposo de Dª Gema que la guardaba en su domicilio sito en la CALLE001 nº NUM005 piso Ático de Barcelona y que días antes había sustraído el procesado penetrando en la vivienda, cuando la titular estaba ausente y de vacaciones y forzando la puerta del ascensor que se podía utilizar para acceder a la vivienda, carabina que se encontraba colgada de la pared del despacho inmediato a la puerta de entrada por el ascensor no percatándose la titular de la sustracción hasta dos semanas después de regresar de vacaciones en Septiembre (431), vivienda que era conocida del procesado por haber acudido varias veces a hacer reparaciones y haberle comentado a la Sra. Gema que esa carabina era muy bonita, colocó la carabina con el cañón directamente en la cabeza de Aurelio y efectuó un disparo penetrando la bala por una mejilla y saliendo por la otra atravesándole todo el cráneo, lo que le causó la muerte inmediata".

Distinto es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2009, que hace la siguiente precisión: *"la decisión sobre la concurrencia o no de la agravante de alevosía no puede hacerse depender de uno solo de los aspectos que definen su naturaleza. La ponderación por el órgano decisorio de la capacidad de selección del medio ejecutivo al alcance del agresor, no puede verificarse con un criterio abstracto que, llevado a sus últimas consecuencias, siempre permitiría concluir la existencia de otro modo imaginable más seguro que el efectivamente escogido por el acusado."* Tras realizar esta manifestación, se relatan a continuación los hechos enjuiciados: *"En efecto, Rodrigo golpeó a Guadalupe de una forma absolutamente inesperada, sorprendiendo así a la víctima que, hallándose en el dormitorio compartido por ambos, cayó sobre la cama. No faltan precedentes en esta Sala que han precisado que la situación de convivencia entre agresor y víctima es de por sí generadora de una total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (STS 86/1998 , 15 de abril). Pero es que, a partir de ese momento, Rodrigo -según refleja el factum- "...se colocó encima de ella, inmovilizándola y anulando sus posibilidades de defensa y tras ponerle las manos en el cuello apretándoselo a continuación con una almohada le tapó la boca y la nariz, ocasionándole la muerte por asfixia". Es cierto que el acusado no utilizó ningún instrumento contundente, ni golpeó por la espalda. Probablemente porque el aseguramiento de la muerte de Guadalupe no requería otros medios que doblegaran su reacción defensiva. La víctima está en el dormitorio que compartía con su agresor. Su falta de prevención sobre la posibilidad de una agresión mortal es absoluta. De hecho, no existe constancia en la sentencia recurrida de ninguna agresión o maltrato previo que le hubiera hecho sentirse alarmada por la acalorada discusión que precedió a su muerte. Rodrigo inmoviliza a Guadalupe , colocándose sobre ella, que yace sobre la cama. De la eficacia de esa inmovilización y de su seguridad como estrategia de ejecución, habla el hecho de que, según dictaminaron los médicos forenses y recoge*

la sentencia cuestionada -vid. FJ 3º-, esa forzada sujeción de Guadalupe duró un tiempo cercano a cinco minutos, sin que la víctima pudiera articular defensa alguna durante su prolongada agonía. El acusado, en fin, obró sobre seguro y pudo inmovilizar a su compañera durante el tiempo preciso para privarle de oxígeno".

De esta larga relación de hechos podemos extraer lo siguiente: parece, en este caso, que toda la sorpresa de la agresión proviene de la relación afectiva y convivencial entre víctima y autor. Al contrario que en la sentencia de 15 de abril de 1998, en la que había un elemento sorpresivo independiente de la relación de convivencia, parece aquí que el elemento sorpresivo es precisamente la relación de convivencia, pues no se relata que la entrada del autor al dormitorio sea particularmente subrepticia, sorpresiva o veloz. Al contrario, parece que el ataque es frontal y abusando el sujeto de su mayor fuerza, permitiendo la defensa. Lo que determina la alevosía es, para el Tribunal Supremo, que la víctima no podía esperar el ataque por parte de la persona con la que convive, lo cual ya determina, por sí solo, la falta de prevención, la sorpresa, y por lo tanto también la indefensión y la alevosía.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 16/2012 de 20 de enero, se hace en primer lugar una exposición en abstracto de esta "modalidad especial" de alevosía: *"es cierto que esta Sala ha admitido en ocasiones una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día".*

Sin embargo, esta Sentencia no admite su aplicación porque *"Sin embargo, en el presente caso no se dan las notas que sugieren su aplicación. Según describe el hecho probado, el procesado -que había sido destinatario de una orden de alejamiento y prohibición de comunicarse con Adelina - pronunció distintas amenazas cuando ésta fue llamada por teléfono para que fuera a trabajar a un bar: "te vas a enterar, te juro por mis hijas que te vas a enterar". Además, durante la tarde "... Héctor llamó por teléfono en varias ocasiones a Adelina, pidiéndole que regresara a casa y que si iban a quedar esa noche y al negarse ésta, el procesado se puso agresivo y la amenazó nuevamente; también le mandó un mensaje SMS que decía <bumm>". Todo indica, por tanto, que cuando Adelina vuelve a casa entre la 1 y las 3 de la madrugada, en compañía de su amiga Felicísima, conoce perfectamente el estado de ánimo del procesado, sabe que se ha pasado buena parte de la tarde haciéndole llegar mensajes conminatorios y conoce, en fin, la existencia fundada de una orden de protección y alejamiento". Parece, pues, que la situación de convivencia no es suficiente para eliminar el conocimiento directo de que se va a producir una agresión. La alevosía convivencial sería pues una especie de presunción, en la que, si el agresor no anuncia su ataque, se presume sorpresivo por la situación de confianza entre agresor y víctima. Sólo en los casos en los que el ataque es evidente (en los hechos enjuiciados, con reiteradas amenazas directas) esa presunción de seguridad derivada de la convivencia se destruye.*

Esta situación de previsibilidad de la agresión no es apreciada por la Sentencia 527/2012 de 20 de junio de 2012, en la que sucede lo siguiente: *"Sobre las 2 horas del día 29 de Junio de 2.010, cuando la pareja regresaba al domicilio familiar, después de haber salido a cenar, una vez dentro el (sic) edificio se entabló una discusión entre ambos en el curso de la cual se produjeron empujones y un forcejeo, a continuación, cuando ya se*

encontraban en la entrada de la vivienda, el acusado, guiado por la intención de acabar con su vida, se dirigió a su pareja sentimental, provisto de un objeto contundente en la entrada de la vivienda, el acusado, guiado por la intención de acabar con su vida, se dirigió a su pareja sentimental, provisto de un objeto contundente de forma alargada, con el que la golpeó en la cabeza, ocasionándole un corte profundo en la parte superior de la frente, la golpeó con tal fuerza que la derribó al suelo, circunstancia que aprovechó para acometer contra la misma brutalmente, dándole fuertes patadas y pisotones en la cabeza y en los miembros superiores lo que le hizo perder el conocimiento, pese a lo cual el acusado continuó con su brutal agresión hasta que D.^a Daniela dejó de emitir sonido alguno y el acusado pensó que había conseguido su propósito." Aquí no hay un anuncio previo y específico de la intención de matar, pero sí "una discusión entre ambos en el curso de la cual se produjeron empujones y un forcejeo", sin que esta situación sea suficiente, para el Tribunal Supremo, para destruir la situación de relajación de la víctima derivada de la convivencia: "Todo ello sin olvidar, además, que los hechos se producen como consecuencia de una discusión previa entre dos personas unidas por una relación sentimental que había durado aproximadamente 18 años. Esta Sala ha admitido en ocasiones una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 16/2012, 20 de enero; 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día. Se trata de un ataque que se desarrolla en la entrada de la vivienda que ambos ocupan y cuando vuelven a la casa compartida después de haber estado bebiendo en distintos establecimientos de ocio. El procesado golpea de forma inesperada a la

víctima con un objeto contundente en la cabeza, provocando su caída fulminante y dejando paso a una doble secuencia de golpes que la propia Audiencia califica de "brutales". " Se mantiene pues aquí la "imprevisibilidad" del ataque.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 122/2015, de 2 de marzo, vuelve a apreciarse la alevosía doméstica, siendo que en los hechos existe tanto una discusión previa como una agresión súbita e inesperada: *"El acusado Teodulfo y Eloisa habían mantenido una relación sentimental con convivencia. En la fecha de los hechos esta relación había concluido, pero Teodulfo y Eloisa seguían viéndose.*

Durante la noche del 3 de febrero de 2012, o en un momento de la madrugada del día 4, el acusado, después de haber intercambiado varias llamadas telefónicas y mensajes con Eloisa , para verse esa noche, acudió a su domicilio, sito en la CALLE000 n° NUM000 de Guadassuar, y ella le abrió la puerta y le dejó entrar.

Encontrándose ambos en el domicilio, Teodulfo y Eloisa mantuvieron una discusión, en el curso de la cual y estando ambos de pie, en la cocina, frente a frente, Teodulfo, de forma súbita y sorpresiva, acometió a Eloisa sin darle tiempo a reaccionar y sin que ella tuviera ninguna posibilidad de defenderse, con la finalidad de asegurar su muerte, sin riesgo a sufrir ningún daño que pudiera provenir de la defensa de ella".

La Sentencia del Tribunal Supremo 39/2017, de 31 de enero, incluye un importante matiz que trae luz a la postura del Tribunal Supremo, donde lo que sucede es que *"El ataque se desarrolla en dos partes consecutiva y prácticamente sin solución de continuidad. Primeramente, mientras la víctima, totalmente desprevenida, como es natural, se sienta a cenar en el salón de la vivienda, el acusado se provee de un cuchillo de grandes*

dimensiones, con el que dirige a tal estancia, y estando sentada cenando, acomete a golpes de puñaladas en las piernas, todavía no mortales de necesidad, pero que producen la caída de María Inés al suelo, donde se inicia la segunda parte del ataque, pues ya decúbito supino, el recurrente continúa con su ataque, que si primero fue sorpresivo, ahora materialmente impide de todo punto cualquier tipo de defensa por parte de la víctima que no sea el intentar neutralizar la acción de la hoja del cuchillo, cortándose las manos con esa maniobra, por puro instinto de conservación, pero anuladas su facultades defensivas". Aquí el Tribunal Supremo manifiesta lo siguiente: *"Estamos en presencia, pues, no solamente de un ataque sorpresivo, sino lo que hemos denominado como "alevosía doméstica", que en palabras de la STS 527/2012, de 29 de junio, se la ha designado como una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 16/2012, 20 de enero; 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trata, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día".* Resulta importante aquí la mención a que la alevosía doméstica es "no solamente" un ataque sorpresivo pues, como hemos anticipado antes, esta modalidad de alevosía es una particular alevosía sorpresiva, en la que la sorpresa no deriva del comportamiento del autor (que entra en silencio, o por la espalda, o rápidamente, etc.), sino que, manteniendo un comportamiento que a priori no sería sorpresivo, lo es por la relación sentimental y de convivencia.

La más reciente aplicación de esta nueva modalidad, cuando se escriben estas líneas, es en la Sentencia 161/2017, de 14 de marzo, donde los hechos son que *"en horas de la madrugada del día 28 de marzo de 2014 el acusado Octavio, mayor de edad y condenado en sentencia firme de*

fecha 5 de abril de 2002 por un delito intentado de homicidio a la pena de siete años de prisión, que dejó extinguida el 2 de junio de 2011, hallándose junto a su compañera sentimental Custodia en la habitación que compartían en el domicilio de la pareja en la CALLE000, NUM000, NUM001 NUM001 de Barcelona, en el que residían junto con otros familiares de la pareja, aprovechándose el acusado de que la mujer se hallaba tumbada en la cama, desprevenida y sin posibilidad de oponer una defensa eficaz de su persona, con el propósito de hacerla sufrir innecesariamente para la muerte, que también buscaba, le clavó repetidas veces un cuchillo de cocina y una navaja que siempre llevaba encima, llegando a causarla al menos cincuenta y cuatro heridas, incisas la mayoría de ellas, de las que quince se localizaron en la cara y otras siete en el cuello, una de estas con compromiso vital, al provocar un shock hipovolémico y una hemorragia masiva que determinó su muerte".

Aquí de nuevo el Tribunal Supremo entiende que "en el caso, el acusado aprovecha el momento en que su víctima, que es su propia mujer, con la que convive, se encuentra "tumbada en la cama, desprevenida y sin posibilidad de oponer una defensa eficaz de su persona", es por ello que hemos dicho también que estamos en presencia, pues, no solamente de un ataque sorpresivo, sino lo que hemos denominado como "alevosía doméstica" (STS 39/2017, citada), que en palabras de la STS 527/2012, de 29 de junio, se la ha designado como una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 16/2012, 20 de enero; 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998 ,15 de abril). Se trata, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día".

No considera el Tribunal Supremo que el hecho de que existiera una situación de violencia habitual impide la apreciación de la alevosía doméstica (se considera hecho probado "*que durante los casi treinta años que el acusado Octavio mantuvo la relación sentimental con Custodia , era frecuente que discutiera y se peleara con ella, llegando a amenazarla de muerte, a agredirla físicamente y darle palizas en algunas ocasiones*"), ni tampoco que el concreto día de autos hubiera una situación previa de agresividad, pues un testigo "*llegó a relatar que el día de los hechos se vio obligado a enviar al acusado a su habitación "ante la agresividad que mostraba ante su madre"*.

En definitiva, La indefensión de la víctima, y en consecuencia, la alevosía, no procede en los casos de alevosía doméstica del concreto modo de actuar del autor o las concretas características del golpe, ni de las circunstancias espacio-temporales elegidas por el autor que dificulten o imposibiliten la defensa de la víctima, ni tampoco de una situación de indefensión general y *erga omnes* de la víctima, por lo que la alevosía convivencial no parece encajar en ninguna de las modalidades de alevosía (súbita, proditoria y por desvalimiento, respectivamente) examinadas con anterioridad, sino que la situación de indefensión y desvalimiento procedería de la confianza de la víctima respecto del autor, de una despreocupación bilateral que hace que la víctima no espere el ataque que provenga de esa persona en concreto, por ser la persona con la que convive y por lo tanto en la que confía especialmente.

VIII.2.2.3 – Conclusiones sobre los medios alevosos, modalidades de alevosía y alevosía omisiva

En cuanto a las formas de alevosía, es decir, el concreto modo de actuar del autor que asegura el resultado y provoca la indefensión de la

víctima, entendemos, al igual que buena parte de la doctrina arriba mencionada, que no es posible hacer un listado apriorístico de "medios alevosos", en el sentido de que lo sean siempre y en todos los casos. El aseguramiento del resultado, y más todavía la indefensión de la víctima, son situaciones particulares que determinados medios pueden conseguir o no. Evidentemente, esto no significa que a efectos de apreciación de la alevosía todos los medios sean equivalentes, pero sí que no encontramos, en un examen de los distintos casos, medios o instrumentos que de manera universal y absoluta aseguren el resultado y coloquen a la víctima en un estado de indefensión.

Para la determinación de si un medio es o no susceptible de constituir alevosía (de nuevo, asumiendo que estemos en presencia también de los demás elementos de la circunstancia) habrá que estar no sólo a su naturaleza lesiva, sino también al modo concreto de uso y las circunstancias que rodean su empleo. Así, por ejemplo, se ha hablado tradicionalmente del veneno como medio alevoso por excelencia, pero cuando pensamos en él pensamos en un uso concreto del veneno: subrepticamente, en secreto, sin que la víctima sepa que está ingiriéndolo. Ese sería, efectivamente, un medio alevoso, pero no así el hecho de forzar a la víctima, tras una lucha física, a ingerir el veneno, situación en la que el resultado no tiene por qué estar asegurado ni la víctima indefensa. Por lo tanto, entendemos que tales clasificaciones apriorísticas de medios no resultan convenientes, en tanto en cuanto pueden llevar a la equivocada conclusión de que la alevosía es una circunstancia en la que no sólo el elemento subjetivo es irrelevante, sino que también lo es el aspecto objetivo-final del elemento objetivo: el medio alevoso no está prohibido *per se*, sólo está prohibido en tanto en cuanto aumenta el potencial lesivo de la acción y la probabilidad del resultado, y por lo tanto la idoneidad de los medios para ser alevosos deberá ir conectada a su mayor peligrosidad ex ante, que ha de derivarse, como ya se ha dicho, no sólo del medio en sí,

sino también (y además, principalmente) de su modo de empleo.

Somos igualmente escépticos sobre la conveniencia de clasificar de manera abstracta las modalidades de alevosía, tal y como lo han venido haciendo doctrina y jurisprudencia, en alevosía proditoria o "traicionera", súbita o sorpresiva y por desvalimiento, añadiendo además la jurisprudencia la alevosía convivencial o doméstica, sobre la que hablaremos más detenidamente más adelante. Ello es así porque existe el peligro de realizar la clasificación abstracta a partir de distintos grupos de casos que cumplen lo establecido en el artículo 22.1 del código penal, y a continuación sólo admitir la idoneidad alevosa de un medio si encaja en alguna de esas categorías, sacando ya de la ecuación al texto de la circunstancia en el código. Así, existen ejemplos de formas de ejecución que tienden a asegurar el resultado y a evitar la defensa de la víctima que no caben en esas categorías. Imaginemos, por ejemplo, la situación siguiente: la víctima y el autor se encuentran realizando prácticas de tiro en un campo. En un momento determinado la víctima ha abandonado su arma para ir a colocar una diana. En ese momento el autor recibe una información que le hace tomar la determinación de acabar con la vida de la víctima, y, desde varias decenas de metros, advierte a la víctima de que la va a matar, procediendo a levantar su arma y dispararla, sin que ésta, a pesar de saber desde segundos antes de la intención homicida del autor, pueda cubrirse tras un obstáculo ni, por supuesto, esquivar el disparo. Mal puede entenderse que tal situación sea una emboscada, ni tampoco que el autor haya empleado sorpresa o un ataque súbito, ni que la víctima estuviera ya desvalida, y sin embargo las circunstancias del arma empleada, la distancia, la ausencia de coberturas disponibles, y, en definitiva, los elementos del concreto modo de actuar son tendentes a asegurar el resultado y a evitar la defensa de la víctima, por lo que, si los demás requisitos de la circunstancia se cumplen, habrá de apreciarse la alevosía, puesto que el autor emplea medios, modos o formas que tienden a

asegurar la ejecución sin riesgos y la víctima, a pesar de que conoce que va a ser atacada, no puede defenderse por la propia naturaleza del ataque. No puede pretenderse, por lo tanto, que la clasificación de las modalidades de alevosía tenga pretensión de exhaustividad, aunque pueda ser útil a efectos de determinar formas habituales de alevosía.

En cuanto a la posibilidad de que medios morales sean alevosos, planteada en el debate doctrinal, entendemos que nada se opone a ello, ni el propio texto del artículo 22.1 del código penal, ni tampoco la naturaleza y finalidad de la alevosía. Distinto es, como ya hemos examinado en el párrafo anterior, que se considere que uno u otro medio moral en una u otra situación determinada es o no alevoso, lo cual deberá juzgarse en cada caso concreto, pero, en principio, no debe descartarse la posibilidad de que si el autor emplea un medio que asegura el resultado y provoca la indefensión de la víctima éste pueda ser susceptible de constituir alevosía, ya sea un medio físico o moral.

Sobre la posibilidad de la alevosía por omisión, entendemos que la discusión ha de hacerse combinando dos planos: en primer lugar, si cabe que el autor provoque la situación la alevosía por omisión, es decir, que el aseguramiento del resultado y la indefensión de la víctima se realice aprovechando una situación de ventaja o indefensión no producida activamente por el autor³⁴⁸, en segundo lugar, si cabe una creación activa de esa situación de ventaja o indefensión por parte del autor³⁴⁹ y que la ejecución se lleve a cabo de manera omisiva. Así, combinando ambas cuestiones, debemos preguntarnos si cabe la alevosía activa en delitos activos, la alevosía activa en delitos omisivos, la alevosía omisiva en delitos activos y la alevosía omisiva en los delitos omisivos. Ello es así porque, a

³⁴⁸ Llamaremos a la no causación activa de la situación de indefensión por parte del autor “alevosía omisiva”, si bien es una simplificación que no es del todo exacta.

³⁴⁹ En la misma línea de la nota al pie anterior, por simplificar la exposición llamaremos a esta causación activa de la situación de indefensión por parte del autor “alevosía activa”.

nuestro entender, la causación del estado de indefensión de la víctima o, en general, del aseguramiento del resultado, no es necesariamente consustancial a la ejecución; puede ejecutarse el hecho con un medio tendente a asegurar el resultado y que provoque la indefensión y, al mismo tiempo, provoque el resultado, como, por ejemplo, el empleo de veneno de manera subrepticia, pero también es posible provocar la indefensión de la víctima y, de un modo distinto, y, eso sí, una vez el sujeto indefenso, provocar el resultado, como quien mezcla un narcótico en la bebida de la víctima y, una vez ésta cae dormida, le provoca la muerte por estrangulamiento u otro método. Así, a la pregunta de si cabe la posibilidad de alevosía por omisión, intentaremos responder atendiendo a ambas cuestiones: a si la situación de indefensión y aseguramiento del resultado puede producirse por omisión, y a si cabe alevosía activa en los delitos omisivos.

El primer caso que estudiaremos es, quizá, el más elemental: la alevosía provocada de manera activa en los delitos cometidos de manera activa, ya sea en el propio acto ejecutivo o en uno anterior es la situación paradigmática de la circunstancia: el sujeto emplea un potente explosivo que coloca en el coche de la víctima, o envenena su comida con un veneno paralizante que impide a la víctima defenderse de un ataque posterior, o, en definitiva, la mayoría de los ejemplos clásicos que se ajustan a este esquema.

Tampoco necesita discusión, en nuestra opinión, los casos del aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima de manera omisiva (o, como venimos llamando por simplificar la exposición, “alevosía omisiva”) en delitos de comisión activa: nos referimos en este grupo de casos a aquellos en los que el sujeto no provoca la situación de indefensión de la víctima, que ya está presente con independencia de su actuación, pero la aprovecha, como sucede en los casos en que el sujeto ataca a una

persona dormida, o bien golpea por la espalda. No es menos cierto, sin embargo, que en algunos de estos casos la situación de aseguramiento del resultado e indefensión será, en realidad, una combinación de elementos activos y omisivos, pero, en la medida en que ambos se pueden admitir como idóneos para constituir alevosía, su aparición conjunta no presenta mayores problemas. Sucede así, por ejemplo, si la víctima se encuentra de espaldas y el autor se acerca por detrás de manera sigilosa: éste no ha provocado la colocación de la víctima, pero sí se ha asegurado, mediante su actuación, que ésta se mantenga.

Más problemas presentan los casos de alevosía, ya sea activa u omisiva, en delitos de omisión. Tenemos que descartar, en primer lugar, la alevosía por comportamientos omisivos en delitos omisivos, pues frente a éstos no cabe, en una obligada interpretación restrictiva de la circunstancia, defensa de la víctima. Así, por ejemplo, el médico que omisivamente permite que el personal del hospital acomode a un paciente en una habitación que él sabe insonorizada, y que a continuación no evita, pudiendo hacerlo, la muerte de ese mismo paciente, ha asegurado omisivamente el resultado (si damos por bueno que en otra habitación otros profesionales podrían haber evitado la muerte), pero mal puede decirse que haya colocado a la víctima en un estado de indefensión, salvo que admitiéramos que la defensa a la que se refiere la alevosía se refiere a la evitación de cualquier peligro, no únicamente de aquellos que provengan del ataque de un ser humano. Si bien esta interpretación es, en nuestra opinión, quizá más conforme con el espíritu y naturaleza de la circunstancia, no es menos cierto que de *lege lata* tal interpretación no es posible y, de *lege ferenda*, sea necesario este concepto restrictivo de defensa en aras de una mayor seguridad jurídica.

El último grupo de casos se refiere a aquellos en los que activamente se causa la situación de indefensión y aseguramiento del resultado, y el

delito se produce después de manera omisiva. En estos casos lo que en realidad sucede, a nuestro entender, es que el delito se ha cometido de manera activa, tanto si la situación de indefensión se provoca en la propia ejecución o en un momento previo: imaginemos, por ejemplo, al mismo médico del ejemplo anterior, pero que en este caso decide y ordena activamente que se acomode al sujeto en una habitación que él sabe lejana y de difícil acceso, con la intención de que, cuando el sujeto sufra peligro contra su vida, nadie pueda llegar a tiempo de socorrerlo. Este caso es, a nuestro entender, un delito activo, y no por omisión, y más aún sucede cuando el aseguramiento del resultado se produce en el mismo momento de la ejecución, que es precisamente tal por el comportamiento activo del autor para asegurar el resultado. Sucede así en el siguiente ejemplo: un paciente en un hospital sufre una crisis que amenaza su vida y, cuando se dirige a pulsar el botón de alarma, el médico presente, además de no actuar para evitar el desenlace fatal, aleja de su alcance este botón. De nuevo, nos encontramos en estos casos ante auténticos delitos activos, y no omisivos. Es cierto que mediando un lapso mayor de tiempo entre la provocación de la situación de indefensión y la producción del resultado lesivo (como sucede en el ejemplo anterior del médico que ordena que se acomode al sujeto en una habitación lejana, con la intención de que, cuando el sujeto sufra peligro contra su vida, nadie pueda llegar a tiempo de socorrerlo) la vinculación entre el acto indefensor del autor y la producción del resultado es más indirecta, pero no presenta mayores dificultades siempre que se compruebe que efectivamente la producción del resultado no se habría dado sin el comportamiento previo del autor. Muchos comportamientos de este tipo pueden ser reconducidos a la aplicación del delito en comisión por omisión por la creación o el incremento activo previo del autor de un riesgo en la víctima.

Una última consideración que debemos hacer, y que ha sido apuntada en capítulos anteriores, es que, si bien consideramos que de *lege*

lata la alevosía sólo tiene en cuenta la defensa que provenga de la propia víctima, nos parece que esta restricción sobre el objeto de la alevosía no está suficientemente fundamentada. De *lege ferenda*, ya lo dijimos tratando la naturaleza jurídica de la circunstancia, ha de ser irrelevante el origen de la defensa de la víctima: la alevosía ha de consistir en el aseguramiento de la ejecución consciente y voluntaria del autor eliminando los medios defensivos que se proyecten sobre la víctima, independientemente de cuál sea el origen de éstos. La defensa relevante ha de ser la “de la víctima”, pero esto no significa “la que provenga de la víctima”, sino “la que vaya dirigida a salvaguardar a la víctima”, es decir, la defensa “para” la víctima, independientemente de su origen. A este respecto, hemos adelantado y examinaremos con más detenimiento posteriormente cómo alguna reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo parece admitir que es alevoso el ataque, por ejemplo, que sorprende a los padres de un recién nacido, garantes de la defensa de éste, si bien sospechamos que realiza esta interpretación para poder justificar la compatibilidad entre la alevosía y la nueva circunstancia del artículo 140.1.1ª tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 en los casos en los que la víctima es naturalmente indefensa por razón de su edad.

VIII.2.2.3.1 - Consideraciones especiales sobre la “alevosía convivencial” o “doméstica”

Queremos dar un especial tratamiento diferenciado a la modalidad que el Tribunal Supremo denomina “alevosía convivencial” o “alevosía doméstica”, estudiada anteriormente mediante las sentencias en las que se ha aplicado esta figura, por ser de reciente creación y por no haber habido en la doctrina estudio suficiente sobre la misma, a nuestro entender.

En primer lugar, hay que realizar una precisión sobre la que nos extenderemos más adelante: por mucho que el Tribunal Supremo la

denomina de estas maneras, la alevosía doméstica se ha configurado en casi todos los casos como una modalidad de alevosía sorpresiva. Lo que sucede en los casos enjuiciados por el Tribunal Supremo, en realidad, es que se modula la sorpresa de la víctima, entendiéndose que, por haber una mayor confianza en el hogar y con las personas con las que se convive, y, por esta confianza, esperar de ellas una posibilidad menor de ataque, cuando se produce éste la sorpresa es mayor y, por lo tanto, el grado de indefensión de la víctima se aumenta, de una manera semejante a la que sucede, por ejemplo, si el autor esconde un arma. La alevosía convivencial, por lo tanto, es más bien una situación especial de alevosía sorpresiva que una auténtica modalidad diferenciada.

Junto a esta concepción de la alevosía convivencial se ha planteado también la posibilidad de considerar esta figura como una manifestación del derecho penal de género en el marco de la violencia contra la mujer. Comenzaremos analizando esta segunda posibilidad para, posteriormente, valorar el encaje de la alevosía convivencial dentro de la alevosía sorpresiva.

Sobre la posibilidad de encajar la alevosía convivencial en el marco del derecho penal de género y de la violencia doméstica³⁵⁰, se ha

³⁵⁰ Nótese que el encaje de la alevosía en los casos de violencia de género por vía de la ruptura de la confianza es solamente una de las maneras que se han empleado para traer la circunstancia a este ámbito. Esta diferencia de criterios se observa, por ejemplo, en GENOVÉS GARCÍA, A., *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, Bosch, 2009, pg. 31, donde la autora considera que *“la relación de afectividad presente o pasada entre ambos -analizada en el capítulo dedicado a la circunstancia mixta de parentesco- conlleva normalmente una mayor facilidad para llevar a cabo la acción homicida, pues el agresor tiene una información precisa, privilegiada, sobre la vida y costumbres de la víctima, que lo colocan en una situación de ventaja a la par que a la víctima en una extrema vulnerabilidad [...] En la mayoría de los casos, en este contexto familiar, la mujer no espera ser atacada, ni siquiera cuando la agresión ha sido precedida de una discusión (...)”*. En la misma obra, sin embargo, en la página siguiente, considera que otra causa de alevosía en los casos de violencia de género es que *“el agresor actúa siempre con una fuerza superior y una situación de ventaja que le garantiza el resultado y evita cualquier hipotético peligro que proviniera de la defensa de la víctima”*.

examinado en las sentencias del Tribunal Supremo la siguiente idea: que la alevosía convivencial se fundamenta en la vulneración de unas determinadas normas bilaterales de lealtad, en este caso las propias de una relación de confianza y convivencia. Esta alevosía no sería pues, una circunstancia que considera el mayor peligro *ex ante* de la acción, aumento de peligrosidad además imputable al autor, sino la deslealtad que éste comete realizando la acción de una determinada manera o, en el caso de la alevosía convivencial, contra una determinada persona o contra un determinado grupo de personas.

A favor de esta postura tenemos que exponer, en primer lugar, la casuística de la alevosía convivencial, que, en la mayor parte de los casos, coincide con el entorno doméstico y sentimental, pues la convivencia suele venir acompañada de una relación sentimental entre autor y víctima. Esta visión de la alevosía convivencial sería también respetuosa con la protección constitucional de la familia³⁵¹ y con los objetivos y fundamentos del derecho penal de género, según los cuales deben considerarse de manera especialmente grave los hechos cometidos tanto en el seno de una relación familiar (violencia doméstica) como aquellos cometidos en el marco de una relación sentimental, presente o pasada, contra la mujer (violencia de género).

³⁵¹ Artículo 39 de la Constitución Española de 1978:

"1 - Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2 - Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3 - Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4- Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."

En contra de esta consideración, sin embargo, cabe también oponer importantes objeciones:

En primer lugar, desde un punto de vista de técnica legislativa, parece que desde el Código Penal de 1870 el concepto de alevosía ha intentado desprenderse de la traición y la deslealtad como elementos fundadores, pasando, como ya hemos examinado anteriormente en este trabajo, a un concepto técnico en el que los pilares de la circunstancia son el aumento de peligro concreto y el mayor desvalor subjetivo de quien busca conscientemente el aseguramiento de su acción, con independencia de la concreta relación personal que vincule a autor y víctima. Retomar un concepto de alevosía sostenido en la deslealtad del autor con la víctima nos obligaría a plantearnos por qué ese cambio debiera afectar sólo a la alevosía convivencial y no a los demás tipos, implicando, en mi opinión, un importante retroceso en una circunstancia que, aún teniendo alguna rémora de su fundamento pasado en la traición, ha conseguido casi por completo tecnificarse y desprenderse de conceptos normativo-sociales. Este cambio de fundamentación, además, no está soportado normativamente en el artículo 22.1 del Código Penal de 1995, por lo que sería necesaria, además de una analogía *contra reo* prohibida, una desnaturalización de la circunstancia tal y como está redactada en el vigente código penal. Mantener que la alevosía convivencial es una manifestación del derecho de género significaría así una suerte de fraude penal, pues se estaría empleando una circunstancia que desde hace décadas ya no tiene el fundamento que se le pretende dar, para conseguir un aumento del marco penológico de un delito, sin que este aumento venga realmente determinado por la circunstancia que se esgrime. El uso de la alevosía como norma general en el caso de una relación afectiva con convivencia vulneraría el principio de *non bis in idem* si se aumentara la gravedad del delito por vía de la alevosía convivencial y por las agravantes y tipos

especiales ya previstos en el Código Penal de 1995³⁵², cuando en realidad estas figuras recogen la misma realidad, esto es, la relación entre autor y víctima.

El encaje de la alevosía convivencial en el derecho penal de género es complicado, además, por no corresponderse plenamente los casos cubiertos por una y otra institución. Así, podemos decir que el empleo de la alevosía convivencial como instrumento del derecho penal de género es, a la vez, demasiado corto y demasiado amplio, y con esto queremos decir que hay casos de violencia de género en los que no hay convivencia, y casos de convivencia sin relación afectiva:

Decimos que la alevosía convivencial respecto de la violencia de género es "demasiado corta", porque existen situaciones cubiertas por el

³⁵² Artículo 23 del Código Penal de 1995: "*Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente*". Igualmente entrarían en conflicto con la alevosía convivencial la agravante recogida en el artículo 148.4, en el marco de las lesiones, que son agravadas "*si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*", y, en el marco de las lesiones leves, el tipo del artículo 153.1, que aumenta la penalidad de éstas cuando la víctima, entre otros casos, es o ha sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia: "*El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años*". Cabría plantearse también esta cuestión en otros delitos en los que existe la agravante de género, como el delito contra la integridad moral del artículo 173.2, aunque la aplicabilidad en estos casos de la alevosía es discutida por el elemento normativo de la circunstancia, que la limita a los delitos contra las personas, habiéndose entendido éstos tradicionalmente, no sin discusión, como aquellos comprendidos en los Títulos I y III del Libro II del Código Penal de 1995.

derecho penal de género que no quedarían afectadas por la alevosía convivencial, y así lo reconoce explícitamente la cláusula de género ("*cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*"). La convivencia no es pues requisito necesario para que los hechos se encajen en el marco del derecho penal de género, y así debe ser, pues precisamente en muchos de los casos la convivencia ha cesado (especialmente si la relación de afectividad se ha roto) o ni siquiera ha llegado a comenzar. El derecho penal de género se sustenta en una relación afectiva entre autor y víctima, presente o pasada, y en la particular significación que las acciones delictivas toman en este ámbito, pero esta relación afectiva es independiente de la convivencia, aunque muchas veces vaya acompañado de ella. Este obstáculo podría salvarse, no obstante, concibiendo esta modalidad de alevosía estrictamente como "doméstica" más que "convivencial", y así parece hacerlo el Tribunal Supremo en alguna sentencia³⁵³, entendiendo que esta modalidad de alevosía no debe aplicarse a los casos de convivencia en sentido estricto, sino a todos los casos en los que exista una relación afectiva entre autor y víctima. Esta percepción, sin embargo, es ilusoria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues, aunque la relación sentimental influye a la hora de apreciar la alevosía en casos de agresiones de un hombre a su pareja o antigua pareja, no lo hace por vía del derecho penal de género, sino por vía de un incremento del potencial sorpresivo de la agresión, que es precisamente el segundo fundamento sobre el que puede descansar la alevosía convivencial, y que estudiaremos más adelante.

³⁵³ Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2013, de 29 de enero, en el caso popularmente conocido del asesinato de Marta del Castillo, el Tribunal apoya su apreciación de la alevosía, si bien sólo de manera complementaria, de la siguiente manera "*el clima en el que se había desarrollado la actividad de ambos implicados aquella misma tarde tampoco sugiere dudas o reservas para descartar la alevosía. Se trataba de dos jóvenes que, habiendo sido pareja sentimental cierto tiempo atrás, seguían manteniendo hasta el día de los hechos una estrecha relación de amistad*".

La alevosía convivencial como manifestación del derecho penal de género es, a la vez que demasiado corta, demasiado amplia, esto es, existen situaciones de convivencia no cubiertas por el marco de la violencia de género, ni siquiera por el de la violencia doméstica. Sucede así, por ejemplo, en el caso de los compañeros de piso, que lo comparten por cuestiones económicas o prácticas, sin que tenga que mediar entre ellos relación no ya afectiva, sino siquiera de amistad. Es preciso recordar aquí cuáles son las notas definitorias de la alevosía convivencial: recordemos que esta modalidad de alevosía se sustenta en la confianza de la víctima, confianza que a su vez reposa en el hecho de la convivencia, pero no necesariamente en la relación con la persona con la que se convive. La alevosía convivencial sin relación afectiva entre sujeto y víctima es por lo tanto posible, tanto desde un punto de vista conceptual como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁵⁴.

El derecho penal de género y la alevosía convivencial serían así una suerte de círculos secantes: existe una zona en la que ambas instituciones coinciden (los casos de relaciones sentimentales en los que además hay convivencia), pero también existen casos de violencia de género sin convivencia (cuando en una relación sentimental autor y víctima habían dejado de convivir o cuando los miembros de la pareja no han comenzado a hacerlo) y casos de alevosía convivencial fuera del derecho penal de género (los casos en los que autor y víctima conviven pero sin haber entre ellos la relación afectiva sentimental necesaria para apreciar la violencia de género). Hay que añadir, además, que precisamente en el marco de la violencia de género es donde el vínculo entre convivencia y confianza (vínculo necesario, recordemos de nuevo, para que sea apreciable la alevosía convivencial) puede ser más débil. Especialmente en casos de maltrato y violencia habitual, aunque también fuera de esos casos, pueden

³⁵⁴ En la Sentencia del Tribunal Supremo 86/1998, de 15 de abril, los hechos se suceden entre dos hombres que conviven sin tener ningún tipo de relación afectiva.

coexistir la convivencia y una relación afectiva, al menos en sus aspectos objetivos, junto a una enorme desconfianza, tanto de la víctima hacia su agresor habitual, como, quizá menos habitualmente, también del agresor habitual hacia su víctima, de la cual cabría esperar razonablemente una venganza posterior. La presunción de que convivencia equivale a confianza, y de que confianza implica alevosía, simplemente no es real en muchos casos, y precisamente cuando menos real es en los casos más ampliamente cubiertos por el derecho penal de género. No puede mantenerse la ficción de que estos elementos siempre van unidos: así, la Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2009, de 10 de diciembre, dice taxativamente que *"la situación de convivencia es de por sí generadora de una total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado"*. Al contrario, la unión entre convivencia, relación sentimental, confianza e indefensión puede ser inexistente en alguna o varias de esas conexiones. Estas situaciones son reconocidas por el Tribunal Supremo, aunque de manera desigual: en la Sentencia del Tribunal Supremo 16/2012, de 20 de enero, se rechaza la aplicación de la alevosía convivencial, pues la agresión se produce habiendo sido impuesta al autor una orden de alejamiento respecto de la víctima, y tras numerosas amenazas. Este factor de la previsibilidad de la agresión aún habiendo convivencia, sin embargo, se valora de manera confusa en la jurisprudencia. Así, llamativamente, se aprecia la alevosía convivencial en la Sentencia 161/2017, de 14 de marzo, aún cuando el Tribunal Supremo reconoce que la víctima había sido maltratada habitualmente y amenazada de muerte durante casi treinta años y, más importante, uno de los hijos de la pareja *"llegó a relatar que el día de hechos se vio obligado a enviar al acusado a su habitación ante la agresividad que mostraba ante su madre"*. Sin querer perdernos en la prolífica y en este caso confusa producción jurisprudencial, mantenemos lo expuesto anteriormente: identificar alevosía convivencial con derecho penal de género es problemático por la falta de identidad, en ocasiones, de los

presupuestos de hecho de ambas instituciones.

Queremos apuntar, además, que desde un punto de vista de política criminal la identificación de la alevosía convivencial con el derecho penal de género es cuestionable. Parece claro, y así lo establece específicamente la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que el objetivo del derecho penal de género es la mayor protección de la mujer en el ámbito doméstico, así como de otras personas que en el marco de una relación violenta hacia la mujer puedan también ser perjudicados por ella (típicamente, los hijos de la pareja u otros miembros de la familia que convivan con ellos). No parece, sin embargo, que la alevosía convivencial pueda limitarse exclusivamente a la protección de la mujer y otras personas especialmente vulnerables en el ámbito doméstico sin una interpretación irracional del fundamento. Así, casos en los que parece que el derecho penal de género aconsejaría un tratamiento penal menos grave, como los casos de muerte del "tirano doméstico", al que una mujer maltratada habitualmente y, quizá en un estado de desesperación y angustia, finalmente da muerte a su agresor, esta muerte habría de ser considerada siempre como asesinato alevoso, y ello independientemente de la concreta modalidad que la autora empleara, por el único hecho de existir, aún, convivencia entre ella y su pareja. La misma reflexión puede también hacerse en otros casos fuera del derecho penal de género: en ocasiones, la convivencia y la confianza lo que han de determinar es precisamente una menor gravedad de los hechos, como en el caso en el que un familiar cercano y con confianza hacia la víctima da muerte compasiva a una persona en estado terminal o que padece insufribles dolores por enfermedad. El automatismo de la alevosía convivencial parece de nuevo rechazable, esta vez por razones de política criminal.

En definitiva, consideramos que la alevosía convivencial no puede

sostenerse en el marco del derecho penal de género, y ello por tres motivos: motivos de carácter jurídico-penal, por considerar que la naturaleza y fundamentación de la alevosía es la mayor peligrosidad de la acción *ex ante* y el desvalor subjetivo al que este aumento de peligrosidad acompaña, y no una ruptura de una relación de confianza, motivos sobre la idoneidad de su aplicación, no pudiendo identificarse convivencia y relación afectiva, y motivos de política criminal, entendiendo que en ocasiones la confianza del autor hacia la víctima aconseja un tratamiento penal menos grave, por lo que la agravación por motivo de la convivencia nunca debería de ser automática.

Habiendo descartado la posibilidad de justificar la alevosía convivencial como elemento del derecho penal de género, aún cabe otra fundamentación de la figura: la convivencia como elemento determinante, o por lo menos participante, del elemento sorpresivo de la alevosía, esto es, del estado de sorpresa de la víctima por las características del ataque, súbito o inesperado.

Esta parece ser, si bien nunca lo dice abiertamente, la postura del Tribunal Supremo, que en numerosas ocasiones entiende como determinante para la alevosía no la convivencia valorada aisladamente, sino la convivencia como elemento constituyente de un estado de confianza en la víctima, estado que a su vez determina la imprevisibilidad del ataque por parte de ésta y por lo tanto la alevosía³⁵⁵. Esto es así porque, como ya adelantamos en el epígrafe segundo, el Tribunal Supremo ha de sujetarse a lo establecido en el Artículo 22.1, definición que imposibilita una concepción normativa de la confianza como valor jurídico-social a proteger, y que constituiría causa de agravación, como defiende parte de la doctrina

³⁵⁵ La convivencia se valora junto a la sorpresa de la víctima de manera generalizada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase STS 86/1998, de 15 de abril, STS 527/2012, de 20 de junio, o la STS 39/2017, de 31 de enero.

alemana, por quebrar el autor este deber. Al contrario, el Tribunal Supremo maneja, al menos en teoría, un concepto adjetivo de confianza, pues ésta es una circunstancia subjetiva que ha de darse en la víctima, no un valor o interés separado de ella.

Sin embargo, y como criticaremos, el Tribunal Supremo realiza en ocasiones, una interpretación extensiva de este factor con una auténtica presunción *contra reo*: que la convivencia determina siempre y de manera necesaria ese estado de confianza e indefensión de la víctima, lo cual, como ya hemos examinado en el marco de la alevosía convivencial como institución propia de la violencia de género, y ampliaremos aquí con otros supuestos, simplemente no es cierto. Por todas, citaremos como ejemplo de esta inaceptable extensión la Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2009, de 10 de diciembre, donde el Tribunal Supremo considera que *"no faltan precedentes en esta Sala que han precisado que la situación de convivencia entre agresor y víctima es de por sí generadora de una total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado"*.

Hay pues dos formas de entender la alevosía convivencial en relación con la alevosía sorpresiva:

La primera forma, que nos parece criticable por ser una presunción contraria al reo, es considerar la convivencia como un factor que de manera normativa genera una situación de confianza, y ésta a su vez hace que el ataque sea imprevisible para la víctima, por lo que es automáticamente alevoso. Además de recoger el argumento utilizado anteriormente sobre la alevosía convivencial en el ámbito de la violencia de género, esta postura es, antes de cualquier otra consideración, falsa, pues existen, como ya hemos visto, situaciones de convivencia sin confianza alguna entre víctima y agresor, lo cual sería suficiente ya para descartar esa vinculación

necesaria que según este primer planteamiento se produce. La convivencia, como ya hemos dicho, no genera de manera necesaria confianza, en ocasiones hay situaciones de convivencia con indiferencia entre autor y víctima, e incluso abierta enemistad.

Podría salvarse este primer problema, con muchas reservas, si se considerara la alevosía convivencial no en base a la relación de autor y víctima, sino en base al estricto espacio de la acción: habría alevosía convivencial³⁵⁶ si la víctima se encuentra en su domicilio, por ser éste un lugar en el que se siente especialmente despreocupada frente a la posibilidad de un ataque, ya provenga éste de alguien con quien convive como de otra persona. Esta idea partiría de la base de la concepción del domicilio como una especie de refugio seguro para la persona, que tiene en él una situación de confianza y despreocupación que no tiene en otros lugares³⁵⁷. Esta postura, a su vez, se vería enfrentada con varios

³⁵⁶ Habría que hablar, en realidad, de alevosía doméstica, no en el sentido que tiene el término en el marco de la violencia doméstica, como aquella que se produce entre miembros de una misma unidad familiar, sino como la violencia que se produce en el domicilio.

³⁵⁷ Esta idea nos obliga a reflexionar sobre qué concepto de "domicilio" es el que habría de ser manejado en el marco de esta concepción de la alevosía doméstica, pues parece claro que, si el fundamento de la agravante reside en el superior estado de confianza en el que se encuentra la víctima en ese lugar determinado, éste ha de ser un lugar especialmente cualificado para producir tal estado de relajación, despreocupación y, en última instancia, indefensión. Podría manejarse, en primer lugar, una concepción subjetiva del domicilio, entendiéndose que cualquier morada en la que el sujeto resida puede ser susceptible de implicar alevosía doméstica, en tanto en cuanto la indefensión derivada del estado de relajación dependería de la propia concepción que la víctima tenga del lugar donde está residiendo. Así, por ejemplo, la comisión del delito en una habitación de hotel en la que la víctima se aloja durante un breve espacio de tiempo podría dar lugar a la apreciación de alevosía doméstica sólo en los casos en los que la víctima hubiera alcanzado ese estado de despreocupación propio del lugar donde se reside. Si quiere defenderse la idea de que la alevosía convivencial ha de vincularse al lugar donde se comete el delito y no a la relación personal entre autor y víctima (postura por la que, como veremos, nos decantamos), ésta es probablemente la opción más coherente con este fundamento de la institución. Una concepción objetiva del domicilio, entendiéndose aquel como el o los lugares donde el sujeto reside permanentemente, o al menos habitualmente, aporta mayor seguridad jurídica, pero implica la posibilidad de que no se aprecie correctamente la realidad de la indefensión de la víctima: cabe la opción de que ésta se encuentre residiendo en un lugar durante una temporada muy breve (una noche de hotel, por ejemplo), pero sin embargo alcance el nivel de despreocupación necesario para considerársela indefensa en ese lugar, y no pueda

problemas: significa, igualmente, la presunción de que una persona siempre se siente a salvo en su domicilio, lo cual en ocasiones de violencia habitual o de abierta enemistad con las personas con las que se convive no tiene por qué ser necesariamente cierto. Igualmente, esta postura nos obliga a enfrentarnos a una reflexión sobre cuál es la previsibilidad "por defecto" de un ataque, esto es, si el ataque realizado en el domicilio de la víctima es alevoso por encontrarse ésta confiada de que en ese lugar no corre ningún riesgo, ¿cabe inferir que fuera del domicilio la persona se encuentra en un estado constante de preocupación frente a un ataque? Esta idea nos parece exagerada: si bien es cierto que en el propio domicilio las personas tienen un estado de relajación superior, éste sólo se refiere a algunas facetas de la realidad: las normas sociales se relajan, nos liberamos de obligaciones personales que nos puedan no ser naturales y no cabe duda, en general, de que en el domicilio existe un nivel de comodidad superior. Esto no equivale, sin embargo, a que en el domicilio esperemos menos un ataque que en otros lugares: la situación básica o general de la persona es, en términos generales, la confianza, y lo extraordinario es la previsibilidad de un ataque y la preparación contra él. Es cierto que la previsibilidad de un ataque en el domicilio es, si no hay otros factores, como la enemistad con las personas con las que se convive, una amenaza concreta, u otros, nula, esto es, hay plena confianza de que, en una situación normal, no vamos a ser atacados en nuestro domicilio. Sin embargo, esto no significa que esa misma confianza total se dé exclusivamente en el domicilio, singularidad sobre la que tendría que descansar la idea de alevosía convivencial o doméstica en sentido espacial,

apreciarse la alevosía convivencial cuando debería hacerse o, en sentido contrario, que se aprecie la alevosía convivencial por cometerse el delito en el lugar de residencia habitual, pero esta aplicación no responde a una situación real de confianza y despreocupación de la víctima, como ya hemos examinado en casos en los que ésta se encuentra amenazada en su hogar. En cualquier caso, como ya hemos adelantado y examinaremos, tanto la concepción objetiva del domicilio como la concepción subjetiva nos parecen inaplicables en el caso de la alevosía convivencial, pues ésta ha de tener en cuenta, en el mejor de los casos, la relación personal entre autor y víctima, no el lugar en el que se comete el delito.

no relacional, sino que esa misma confianza total se produce también, por ejemplo, en el entorno laboral, o simplemente en un paseo por una calle tranquila, en una cafetería o, en definitiva, en cualquier situación en la que no percibamos una específica situación de riesgo, como podría ser el caminar a altas horas de la madrugada por un barrio conflictivo, o el ver a un enemigo declarado, muestre éste intenciones hostiles o no. La idea del domicilio como único lugar en el que las personas nos sentimos realmente a salvo es arcaica: pudo ser cierta en épocas en las que cualquier camino era un riesgo y cualquier persona era un enemigo, pero desde la sociedad ha avanzado en el sentido de asegurar a las personas en cada vez más situaciones hasta llegar a existir una situación estándar de seguridad que sólo se quiebra en determinadas ocasiones. Podría, es verdad, extenderse aún más la idea de la alevosía doméstica, y convertirla en una especie de "alevosía por confianza", en la que habría alevosía en cualquier situación en la que la víctima estuviera en una circunstancia espaciotemporal que hiciera imprevisible un ataque. Este sistema tendría coherencia y lógica interna, pero nos parece desaconsejable: la alevosía y las figuras delictivas que cualifica serían la norma, y no la excepción, pues sólo serían no alevosos los casos en los que la ejecución del delito fuera no alevosa (ataque frontal, esperado, permitiéndose la defensa, etcétera) y percibiendo además la víctima que antes del ataque ya se encontraba en una situación de peligro explícito.

La segunda forma de considerar el elemento convivencial en el marco de la alevosía sorpresiva es entender que la convivencia puede incidir en la confianza de la víctima, y esta confianza puede a su vez determinar o participar en la sorpresa del ataque. Aquí estas relaciones no son necesarias, sino accidentales: sólo en determinados casos de convivencia la víctima está despreocupada de un ataque, y sólo en determinados casos de despreocupación frente a un ataque éste es sorpresivo. En esta postura la convivencia es un factor que puede

finalmente determinar la existencia de alevosía, pero no en base a unas presunciones normativas sobre relaciones de confianza o previsibilidad del ataque en el domicilio, sino según la incidencia de la convivencia en la confianza de la víctima en cada caso concreto.

Esta segunda forma de entender la alevosía convivencial, que es la que en teoría defiende el Tribunal Supremo, aunque en la práctica considera muchas veces la convivencia como un elemento que necesariamente determina la alevosía, es la que sostenemos aquí. Según esta postura, la convivencia es un factor que se produce entre dos o más personas, factor que, sin duda, produce una determinada relación entre ellas. En ocasiones, aunque no siempre ni de manera necesaria, esta relación es de confianza, y este elemento de confianza en ocasiones, aunque no siempre ni de manera necesaria, coloca a la víctima en un estado de indefensión, o al menos contribuye a él.

Esta situación de confianza, cuando determina o influye en la indefensión de la víctima, es un factor que puede complementar el necesario elemento objetivo de la alevosía. Y ello nos lleva inmediatamente a dos consideraciones: la primera, como ya se ha avanzado, que es necesario siempre la presencia del elemento subjetivo-final de la alevosía, que no es una circunstancia únicamente objetiva. Si la víctima no espera un ataque por parte del autor por tener con él una relación de confianza y este ataque se produce, podrá ser este ataque alevoso, pero sólo en los casos en los que el autor hubiera buscado precisamente que la relación de confianza despreocupase a la víctima, o se hubiera aprovechado de esta relación de confianza de manera consciente y voluntaria. La segunda consideración es que la confianza apoya o incrementa el factor sorpresivo, pero no lo completa por sí sola: será necesario, en cualquier caso, que el ataque tenga cierto potencial sorpresivo en sí mismo considerado (por la velocidad del golpe, la desconexión visual de la víctima con el autor, etc.).

Lo que puede suceder, y aquí radica el factor complementario de la confianza, es que un mismo ataque sorprenda a una persona confiada, pero no hubiera sorprendido a una persona que previera poder ser atacada. En estos casos la imprevisibilidad del ataque puede venir determinada por varios factores al mismo tiempo: uno, las propias características del golpe. Otro, una previa situación de imprevisibilidad de la víctima provocada por la confianza. Siempre que estos factores hayan sido, como ya hemos dicho, provocados o aprovechados a propósito por el autor, podrá apreciarse la alevosía.

Hay que concluir, pues, que la concreta relación entre autor y víctima ha de ser un factor que valorar dentro del examen de las circunstancias objetivas que pueden determinar la existencia de alevosía sorpresiva. Sin embargo, la categoría de la alevosía convivencial no puede existir como modalidad de alevosía independiente. No puede existir, en primer lugar, de manera autónoma, como ya hemos explicado sobradamente, pues en todo caso la convivencia incide en la sorpresa y por lo tanto de ser algo sería una submodalidad de alevosía sorpresiva u otros tipos de alevosía. Pero tampoco puede existir de esta manera, pues en el análisis de la previsibilidad del ataque ha de valorarse cualquier relación entre autor y víctima, ya sea ésta proveniente de la convivencia o no. Tan alevoso es el ataque que la víctima no espera por convivir con el autor como el ataque que la víctima no espera por tener una relación sentimental con él sin convivencia, como el ataque que la víctima no espera por ser el autor un compañero de trabajo con el que nunca ha habido ninguna enemistad o conflicto. En definitiva, la relación convivencial es sólo una más de todas las relaciones de posible confianza que podrán contribuir a la indefensión de la víctima y a la alevosía, y por lo tanto no debe dársele una consideración propia como modalidad específica, tampoco dentro de la alevosía sorpresiva.

Añadimos, además, que esta relación de confianza puede y debe valorarse en el marco de la alevosía sorpresiva, pero no exclusivamente, y ello porque las modalidades de alevosía no son modalidades absolutamente diferenciadas, sino que en la realidad la mayor parte de las ejecuciones alevosas comparten características de todas. El ejemplo típico de alevosía proditoria, en el que el autor acecha a la víctima desde un escondite sin ser vista, para atacar cuando ésta está desprevenida, no deja de tener también cierto potencial sorpresivo, pues la ejecución puede necesitar completarse con un ataque rápido y súbito. Igualmente, en algunas modalidades típicas de alevosía traicionera, como sucede en un envenenamiento de la comida que el autor sirve a la víctima, la relación entre éstos puede tener importancia, si el autor aprovecha la confianza de la víctima en él y en que la comida que se le sirve es segura por haber sido elaborada precisamente por esa persona y no por otra. Más difícil puede parecer valorar la importancia de la relación de confianza en la alevosía por desvalimiento, pero podemos imaginar el caso en que la víctima, en la misma habitación que el autor, se duerme confiando en que, por ser el autor quien es, no va a ser atacada durante su sueño, lo que finalmente ocurre. Supera el ámbito de este trabajo la reflexión sobre la necesidad de revisar la clasificación de la alevosía en las tres modalidades tradicionales, pero sí nos interesa apuntar que la relación entre autor y víctima ha de valorarse en cualquier situación de alevosía, no exclusivamente en la sorpresiva.

Así, compartimos y defendemos el principio abstracto sobre el que descansa en última instancia, en nuestra opinión, la alevosía convivencial: que la relación entre autor y víctima ha de ser tomada en consideración, pero no por el valor normativo-social de la confianza, como defiende parte de la doctrina alemana, sino porque esta relación puede tener importancia en la imprevisibilidad del ataque por parte de la víctima, es decir, la confianza debe actuar como factor psicológico o moral, no de manera normativa. Sin embargo, no compartimos que esto justifique la creación de

una nueva categoría de alevosía, ni mucho menos que en esta nueva categoría de alevosía la indefensión en casos de convivencia tenga carácter necesario: presumiéndose que la convivencia determina la confianza, y que la confianza determina a su vez la imprevisibilidad del ataque. La alevosía descansa sobre la indefensión de la víctima por no poder reaccionar al ataque, y esta incapacidad de reacción puede venir determinada por las propias características del ataque, como pueden ser la velocidad del golpe, el tamaño del arma empleada, el ángulo desde el que se ataca, etcétera, y también por factores personales o morales, como la actitud calmada del autor en los momentos anteriores al golpe, o la relación entre el autor y la víctima. La valoración de todos estos factores en su conjunto, siempre que se cumpla el requisito subjetivo de que hayan sido buscados o aprovechados por el autor, ha de ser global, y de esta valoración ha de concluirse si la víctima podía esperar el ataque y, por lo tanto, defenderse de él. La convivencia y, más ampliamente, la relación entre el autor y la víctima, no es ni ha de ser irrelevante para la alevosía, pero tampoco puede determinarla necesariamente ni ha de ser valorada como una institución independiente, sino que ha de ser considerada en el marco general de la alevosía, marco que normalmente será el de la alevosía sorpresiva, pero al que no debe limitarse.

VIII.2.4 – El momento de la alevosía. Especial referencia a la alevosía decaída y a la alevosía sobrevenida

La mención, en el artículo 22.1 del código penal, a que el culpable emplee "*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, ha planteado en doctrina y jurisprudencia el problema de si este empleo de determinados medios ha de realizarse en toda la ejecución o si es suficiente que suceda en parte de ella.

VIII.2.4.1 – En la doctrina

En primer lugar, hay que descartar la posibilidad de alevosía en una fase preparatoria o posterior a la comisión del delito, y así lo hace PUIG PEÑA, que pone de manifiesto cómo los medios, modos o formas han de referirse estrictamente a la ejecución, esto es, ni a un momento anterior ni a una búsqueda de impunidad posterior³⁵⁸.

También CAMARGO HERNÁNDEZ se refiere a esta cuestión de manera muy concisa, cuando dice que "*los medios, modos o formas no han de ser empleados en los momentos anteriores ni en los posteriores, sino en la misma ejecución. Por lo tanto, no han de ser utilizados ni para preparar el hecho, ni para buscar su impunidad, sino para ejecutarlo*"³⁵⁹. CAMARGO HERNÁNDEZ también considera que la alevosía no puede ser sobrevenida y ha de darse desde el comienzo de la ejecución, y así considera necesario que "*comprenda la totalidad de la agresión que integra el delito*".

Igualmente, MARTÍN GONZÁLEZ considera que la expresión "en la ejecución" se refiere al empleo de los medios alevosos "*en la ejecución misma*", esto es, ni en la preparación del hecho ni en momentos posteriores al mismo buscando la impunidad³⁶⁰. Sobre la posibilidad de la alevosía sobrevenida, entiende el autor que "*es necesario que la alevosía comprenda la totalidad de la agresión que integra el delito*".

En un sentido contrario, MUÑOZ CONDE entiende que la alevosía "*puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del delito*", aunque

³⁵⁸ PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, Tomo II, 5ª edición, Desco, 1959, pg. 120.

³⁵⁹ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 45

³⁶⁰ MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pg. 76.

seguidamente matiza tal afirmación con la descripción de casos particulares³⁶¹. Para el autor, una situación inicial de ejecución alevosa que se modifica sólo hará desaparecer la circunstancia en tanto en cuanto la nueva situación no sea de indefensión: describe el autor, a modo de ejemplo, el caso en el que el autor dispara por la espalda a la víctima, sin alcanzarla, y vuelve a disparar después de que la víctima se dé la vuelta, percatada de estar siendo atacada. Admitir en situaciones como ésta el concurso entre tentativa de asesinato y homicidio doloso consumado supone, para MUÑOZ CONDE, "*descomponer la acción de matar en una serie de secuencias aisladas desconectadas entre sí e ignorar que una vez iniciados los disparos, y reiterados éstos sin solución de continuidad, la modificación de la situación de la víctima sólo puede influir en la calificación de la alevosía en el caso en el que la situación alevosa haya cambiado sustancialmente, no cuando sigue existiendo la misma situación de indefensión*". Estos son casos de "alevosía decaída", en los que la ejecución comienza siendo alevosa, pero en un determinado momento deja de serlo. El mismo razonamiento, en sentido contrario, emplea el autor para descartar la alevosía en el caso de ejecuciones que comienzan de manera no alevosa, pero en los que hay indefensión en el momento en el que se produce la muerte, como los casos en los que tras una pelea en la que se actúa en igualdad de condiciones se remata al contendiente caído, esto es, casos de alevosía sobrevenida.

Una postura similar, si bien aparentemente contraria, mantiene RODRÍGUEZ MOURULLO, que, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, entiende que la alevosía ha de estar presente en todo momento de la ejecución y que, por lo tanto, no cabe la alevosía sobrevenida³⁶². Sin embargo, esta afirmación ha de ser matizada, pues existe la posibilidad de

³⁶¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, 1999, pg. 52.

³⁶² RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), JORGE BARREIRO, A. (Coord.), en *Comentarios al código penal*, Civitas, 1997, pg. 123 y 124.

que el delito se descomponga en dos o más "*cursos plurales diferentes*", aunque pudieran ser cronológicamente inmediatos. Así, para el autor, que hace suyas las palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986, "*lo decisivo ha de ser el examen de si existió una sola acción delictiva o dos diferentes, aunque inmediatas en su sucesión temporal*". Esta posibilidad, sin embargo, no automatiza el hecho de que exista alevosía sobrevenida siempre que haya un segundo momento ejecutivo en el que se cumplan todos los requisitos de la alevosía, pues hay que diferenciar acciones diferentes de actos diferentes integrantes de una misma acción, en los cuales se requiere que la alevosía se produzca desde el principio de la ejecución, esto es, desde el primer acto.

También MUÑOZ CUESTA admite la posibilidad de la alevosía sobrevenida siempre que sea posible diferenciar dos "*unidades de acto*" distintas³⁶³. Así, la alevosía sobrevenida "*se produce cuando comenzada la agresión por el agente sin que concorra la agravante, éste paraliza o interrumpe temporalmente aquélla para en un segundo estadio o momento reanudarla, aprovechándose de la situación de indefensión creada en la víctima*". Por ejemplo, el autor analiza de la jurisprudencia el caso en el que el acusado golpea a la víctima, dejándola inconsciente, y seguidamente y sin interrupción temporal rodea el cuello de ésta con una cuerda, tirando de sus extremos hasta provocar la muerte. En este caso, la agresión con indefensión (el estrangulamiento con la cuerda) forma parte de un marco de actuación superior en el que existe defensa de la víctima, y es por lo tanto sólo un episodio de una sola agresión, y no dos agresiones diferentes. Por el contrario, el autor destaca otro episodio jurisprudencial en el que los procesados agreden a la víctima y deciden simular su ahorcamiento sin que conste su intención homicida. Sin embargo, una vez se aperciben de que la víctima se encuentra en fase preagónica, deciden acabar con su vida,

³⁶³ MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.), ARROYO DE LAS HERAS, A., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias agravantes en el código penal de 1995*, Aranzadi, 1997, pg. 32-33.

siendo imposible la defensa de la víctima. En este caso, la jurisprudencia y MUÑOZ CUESTA distinguen dos fases temporales diferentes, "*próximas e inmediatas temporalmente, pero distintas*". Es irrelevante, para el autor, la duración temporal de la interrupción, "*siempre y cuando con claridad se pueda dividir la secuencia criminal en dos etapas*". El autor apunta además que, en casos de coautoría, esta estructura puede alterarse, ya que en los casos en que la acción inicial de un tercero que deja indefensa a la víctima, para que posteriormente y en etapa separada el autor cometa el delito no se da la alevosía sobrevenida, sino una auténtica alevosía ab initio por parte del autor, pues esta acción no forma parte de la misma unidad de acto que la del tercero que provoca la indefensión, "*salvo que estuviesen concertados todos los partícipes en el ataque inicial en el que no concurre la circunstancia*".

Sobre el momento de la alevosía, diferencia GRACIA MARTÍN dos supuestos o grupos de casos (que une a los supuestos de realización parcial de la circunstancia, de la que no nos ocupamos aquí)³⁶⁴: aquellos, de "alevosía decaída", en los que "*se consume la circunstancia (por ejemplo, se dispara alevosamente sin dar en el blanco), pero no la muerte y luego se consume la muerte sin la circunstancia*" y aquellos, de alevosía sobrevenida, en los que "*se comienza el delito sin la circunstancia y no se completa, y posteriormente se consume con su presencia la muerte*". En el primer grupo de casos no considera el autor que pueda condenarse por asesinato, pues "lo cierto es que no ha matado realmente con alevosía". Tampoco entiende el autor, sin embargo, que sea suficiente únicamente la apreciación de un delito de homicidio doloso consumado, pues "ello supondría desconocer y, por tanto, no captar en el reproche jurídico-penal, que el autor realizó en algún momento el desvalor de acción del asesinato porque quiso e intentó matar con alevosía". La solución correcta en este

³⁶⁴ GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coord.), *Comentarios al código penal. Parte especial*, Tomo I, Tirant lo Blanch, 1997, pgs. 122 y ss.

grupo de casos es así, para GRACIA MARTÍN, la condena por un concurso ideal de delitos entre asesinato en grado de tentativa y homicidio doloso consumado. En el segundo grupo de casos entiende el autor que la solución correcta es la apreciación de un asesinato doloso consumado, salvo que entre la primera acción, donde no concurre la circunstancia, y la segunda, donde sí concurre, "*exista una clara desconexión temporal*". Si no es así, la tentativa de homicidio queda consumida por el asesinato consumado, siendo la situación un concurso de leyes que debe resolverse a favor del segundo.

En esta misma línea se sitúa también ARIAS EIBE, que entiende que cabe la alevosía sobrevenida, poniendo el acento en la necesidad de que se puedan diferenciar dos estadios de ataque, y así "*lo verdaderamente determinante es analizar si concurrieron una o varias acciones delictivas*"³⁶⁵. Resulta original del planteamiento del autor cómo no parece limitar la diferencia entre estas distintas acciones delictivas únicamente en el transcurso del tiempo, pues dice que "*la alevosía sobrevenida se produce cuando, no hallándose presente en el comienzo de la inicial acción, tras una interrupción temporal o solución de continuidad significativa en la actuación del agente, se reanude el ataque en un segundo estadio (...)*". La interrupción temporal es pues una de las dos opciones, pues también cabe una "*solución de continuidad significativa*". El autor trata también el caso inverso, esto es, aquellos de alevosía "decaída" en los que la agresión comienza con alevosía y ésta desaparece durante el curso causal. El autor diferencia los casos en los que la propia alevosía no se completa, que habrá que resolver en cualquier caso como un homicidio (pues no cabe una apreciación incompleta de la alevosía), de los casos en que el comportamiento alevoso se completa pero lo que no sucede es la muerte

³⁶⁵ ARIAS EIBE, M. J., *La circunstancia agravante de alevosía, estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 7, 2005, pgs. 16 y ss.

por el comportamiento alevoso, sino que el resultado de muerte "*o bien no se alcance, o de alcanzarse el mismo se halla llegado a él gracias a un ulterior comportamiento no alevoso surgido concatenadamente del que concreta la alevosía, con o sin unidad de acción o de hechos*", esto es, o no se produce la muerte o la muerte se produce pero por una acción no alevosa del autor posterior a la cesación de la acción alevosa, en la misma unidad de hechos o en una distinta. En estos casos el tratamiento correcto es, para ARIAS EIBE, de tentativa de asesinato si la muerte no se produce, "*o bien un concurso ideal o real –según los casos- entre la tentativa de asesinato y un homicidio doloso consumado en caso de lograrse el resultado ulterior de muerte*".

Para ÁLVAREZ GARCÍA el momento relevante para la alevosía es la ejecución, y el aseguramiento del autor mediante la indefensión (si bien, como ya hemos visto anteriormente, no es necesario que ésta finalmente se produzca) "*debe referirse a la reacción defensiva de la víctima antes y durante la agresión*"³⁶⁶. El autor apunta cómo el aseguramiento no debe necesariamente desplegarse más allá de la ejecución en el caso de que ésta no tuviera éxito; es decir, el hecho de que el autor no prevea forma de asegurarse de la reacción defensiva de la víctima si la ejecución fracasa no impide la apreciación de la alevosía, pues ésta debe desplegarse hasta la ejecución.

VIII.2.4.2 – En la jurisprudencia del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la doctrina mayoritaria que hemos estudiado anteriormente, considera que cabe la alevosía sobrevenida cuando se da una quiebra del curso causal.

³⁶⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., Derecho penal español, parte especial, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2011, pgs. 84 y ss.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 838/2014 de 12 de diciembre descarta el Tribunal Supremo la posibilidad de reconocer la alevosía sobrevenida si la indefensión del sujeto en una segunda fase de la agresión deriva de la actuación del autor en una fase anterior de la misma ejecución, requiriendo aquí una interrupción y reanudación posterior de la agresión, "*aprovechando la situación creada*"³⁶⁷. Igualmente se relata la misma situación en la Sentencia del Tribunal Supremo 104/2014, de 14 de febrero ³⁶⁸.

Se permite la alevosía que no estaba presente al comienzo de la ejecución tras una "*interrupción temporal*" y de un "*cambio cualitativo en la situación*", y especialmente cuando concurre una "alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada en la Sentencia del Tribunal Supremo 114/2015, de 12 de marzo"³⁶⁹.

³⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 838/2014, de 12 de diciembre: "*Ahora bien cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión. Por lo tanto, solo será posible apreciar la alevosía cuando la acción se haya interrumpido, para reanudarla posteriormente aprovechando la situación creada (STS. 1089/2007 de 19.12).*"

³⁶⁸ *La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; hay que fijarse en el episodio en su conjunto y no solo en los avatares, que preceden inmediatamente al fallecimiento. Si fuese de otra forma sería harto infrecuente un homicidio consumado que no pudiese ser calificado de asesinato. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa; en definitiva que se han anulado. El fallecimiento será la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Hay que valorar la alevosía en un juicio ex ante: situarnos al inicio de todo el episodio. El último "navajazo", que después de una larga serie de ellos y un reñido enfrentamiento, se propina cuando la víctima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo, salvo cuando se produce una solución de continuidad, una cesura entre el inicial episodio y un nuevo acometimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo".*

³⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 114/2015, de 12 de marzo: "*En cuanto a la alevosía*

También ha colocado el Tribunal Supremo el acento en la inesperabilidad del cambio, como se destaca en la Sentencia del Tribunal Supremo 86/2016, de 12 de febrero. Aquí se destaca cómo el cambio cualitativo en la agresión ha de ser inesperado para la víctima, pero, en caso de existir tal cambio cualitativo inesperado, puede existir alevosía aún existiendo una agresión previa³⁷⁰.

VIII.2.4.3 – Conclusiones y toma de postura

Como hemos examinado, la cuestión temporal de la alevosía plantea dos problemas: en primer lugar, si cabe la alevosía en momentos anteriores y/o posteriores a la ejecución, y si la alevosía ha de proyectarse sobre toda

sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente (SSTS. 1115/2004 de 11.11 , 550/2008 de 18.9 , 640/2008 de 8.10, 790/2008 de 18.11). Existe 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. (SSTS. 53/2009 de 22.10 , 147/2007 de 19.2 , 640/2008 de 8.10 , 243/2004 de 24.2)."

³⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 86/2016, de 12 de febrero: "*Efectivamente, esta Sala ha admitido la denominada alevosía sobrevenida, que adquiere forma en el transcurso de una agresión en cuyo arranque, sin embargo, todavía el agresor no exterioriza su actitud ventajista. En efecto, dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, numerosos precedentes distinguen los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también se consideran 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 (SSTS 178/2001, 13 de febrero ; 1214/2003, 24 de septiembre ; 147/2007 de 19 de febrero : 949/2008, 27 de noviembre ; 640/2008 de 8 de octubre : 965/2008, 26 de diciembre ; 25/2009, 22 de enero ; 93/2009, 29 de enero ; 282/2009, 10 de febrero ; 527/2012, 20 de junio ; 838/2014 de 12 de diciembre ; 90/2015, de 12 de febrero y 110/2015, de 14 de abril , entre otras varias)".*

la ejecución o caben la alevosía “decaída” y la alevosía sobrevenida, esto es, la posibilidad, respectivamente, de que una agresión comience siendo alevosa y se torne no alevosa en el transcurso de la misma o que comience siendo no alevosa y se torne alevosa.

A la primera cuestión, debemos situarnos con la doctrina examinada, en el sentido de entender que la alevosía sólo puede estar presente en la ejecución, y no en momentos anteriores o posteriores. Debemos, sin embargo, realizar un matiz. Si la alevosía es el aprovechamiento o empleo de medios que provoquen una situación de indefensión de la víctima que asegura el resultado, es cierto que tal aprovechamiento o empleo de medios sólo puede situarse en la ejecución, pero sí es posible que la situación de indefensión haya ido preparada con anterioridad a la ejecución propia. Si el autor, por ejemplo, cita a la víctima a una hora y lugar determinados, con intención, ya en ese primer momento, de emboscarla por sorpresa y darle muerte, la alevosía se dará en el aprovechamiento de esa situación de indefensión, esto es, en el momento de dar muerte, pero la situación de indefensión sí habrá sido provocada con anterioridad, incluso como acto preparatorio del delito. De nuevo, es necesario diferenciar la provocación de una situación de indefensión del aprovechamiento de tal situación. El segundo, que es propiamente la alevosía, sólo puede darse en la ejecución, pero no el primero, que puede darse tanto en la ejecución como con anterioridad.

Sobre la existencia de la alevosía decaída, esto es, las agresiones que comienzan siendo alevosas y dejan de serlo durante la ejecución, nos parece que ha de estarse a las circunstancias específicas de cada caso en concreto: si la ejecución comienza siendo alevosa pero las circunstancias fácticas de la alevosía desaparecen, puede mantenerse o no la alevosía según se mantengan o no la facilidad comisiva y las capacidades defensivas de la víctima. Por ejemplo, si el autor espera a que la víctima

esté dormida para aproximarse silenciosamente y estrangularla sin que ésta pueda defenderse, y durante el estrangulamiento la víctima despierta y reacciona, la apreciación de la alevosía dependerá de si la superioridad del autor en el momento en el que comenzó la ejecución de manera alevosa se proyecta también sobre la fase en la que la víctima puede defenderse: si quien despierta siendo estrangulado ya se encuentra en una posición de indefensión, a pesar de estar despierto, la alevosía deberá seguir apreciándose aunque haya desaparecido el presupuesto fáctico que originalmente provocó el autor o fue aprovechado por él (en nuestro caso, el sueño). En estos casos, en puridad, la ejecución sí se produce de forma alevosa, pues el autor se aprovecha de un estado de indefensión total o parcial provocado anteriormente por él. Sin embargo, si en esa misma situación el hecho de despertarse permite a la víctima reaccionar defensivamente con posibilidades reales de evitar el resultado, la ejecución no será alevosa. Hemos visto cómo la solución mayoritaria de la doctrina pasa aquí por apreciar un concurso ideal de delitos entre asesinato en grado de tentativa y homicidio doloso consumado, y lo cierto es que esa solución nos parece satisfactoria, porque capta mejor el mayor desvalor de quien comete el delito dando inicio a una ejecución alevosa, aunque el resultado de muerte se produzca finalmente de forma no alevosa.

En cuanto a la posibilidad de alevosía sobrevenida, nos colocamos, en líneas generales, con la postura doctrinal mayoritaria. A nuestro entender, cabe la alevosía sobrevenida siempre que se produzca una ruptura de la ejecución, ya sea por el paso del tiempo o por un cambio sustancial en el modo de ejecución o en la voluntad del autor.

En primer lugar, el mero paso del tiempo, cesando la agresión, pero sin cambio en la voluntad del autor, permite apreciar la alevosía por existir una nueva acción que se realiza sobre una víctima indefensa. Sucede así en el siguiente ejemplo: el autor, ya con intención de acabar con la vida de

la víctima, lo ataca frontalmente o sin medios alevosos y sólo le provoca una incapacidad grave que obliga a su inmovilización e internamiento en un hospital. Días más tarde, el autor entra en la habitación de la víctima y, aprovechando su estado indefenso, acaba con su vida. El paso del tiempo es suficiente, en este caso, para provocar la ruptura de la actuación y, por lo tanto, apreciar la alevosía en la segunda acción. El análisis de esta cuestión mal puede generalizarse: no puede establecerse un límite temporal global para todos los hechos y en todas las circunstancias, sino que la valoración sobre si el transcurso del tiempo entre un acto y otro ha sido suficiente para considerar una ruptura en la ejecución ha de valorarse en cada caso concreto.

También puede provocarse esta ruptura del curso causal por un cambio sustancial en el modo de ejecución, siempre que el nuevo modo de ejecución cumpla lo establecido en el artículo 22.1 del código penal. Una agresión que comienza de una manera leve, en la que tácitamente autor y víctima consienten en unos determinados términos y límites, no es obstrucción a que se aprecie la alevosía si esos términos se vulneran, entendiéndose que hay una nueva agresión diferenciada. Así, por ejemplo, si en una pelea de bar en la que ambos contendientes consideran que no va a llegarse siquiera a la lesión grave, tras un intercambio de golpes, uno de ellos ataca alevosamente con intención de provocar la muerte, podrá apreciarse tal circunstancia, siempre que, evidentemente, se haya producido una situación de indefensión en la víctima. Como hemos establecido anteriormente, la nueva agresión ha de cumplir las previsiones generales de la alevosía, esto es, sus elementos objetivos y subjetivos; no es suficiente, por lo tanto, un aumento consciente y voluntario de la potencialidad lesiva de la agresión, sino que tal aumento ha de provocar una situación de indefensión en la víctima.

Finalmente, también cabe, a nuestro entender, la existencia de una

nueva acción diferenciada de la que produce el estado de indefensión por un cambio sustancial en la voluntad del autor. Así, por ejemplo, quien quiere lesionar a la víctima y lo hace de forma no alevosa, provocando su inconsciencia, comete un asesinato con alevosía si, ya con la víctima inconsciente, decide acabar con su vida. Éste es un curso causal nuevo y una ejecución diferenciada, que se determina por que la intención de cometer el delito en el que se sucede la alevosía se da ya cuando la víctima está en un estado de indefensión.

VIII.3 – El elemento subjetivo de la alevosía

Estudiamos en este apartado el elemento subjetivo de la alevosía, habiendo establecido ya con anterioridad cómo ésta es una circunstancia de naturaleza mixta, objetiva y subjetiva, y entendiéndose como tal no el hecho de que agrave por una mayor antijuricidad o por una mayor culpabilidad, como se ha entendido en la doctrina en épocas pasadas, sino el que está compuesta por elementos objetivos y subjetivos.

Como veremos, sin embargo, la propia existencia del elemento subjetivo de la alevosía ha sido discutida y es discutible. En caso de concluir que la circunstancia requiere un elemento subjetivo que, como adelantamos, nosotros hacemos, es preciso delimitar el contenido, caracteres y límites de éste. Además, dentro de este capítulo estudiaremos también uno de los problemas más tratados sobre la alevosía, su compatibilidad o no con el dolo eventual, por entender que está íntimamente ligado a la concepción que se maneje del elemento subjetivo.

VIII.3.1 – En la doctrina

El elemento subjetivo de la alevosía está constituido, según ANTÓN ONECA, por “*determinados fines, a los que se ordena la elección de los medios o formas ejecutivas*”³⁷¹. El autor introduce a continuación un paralelismo con los delitos de tendencia, entendiendo que “*como hay delitos de tendencia, caracterizados porque la antijuricidad del hecho externo depende de la finalidad perseguida por el agente, así tenemos aquí una agravante de tendencia, conforme a la cual la mayor antijuricidad de la acción depende de los fines a que se ordena la conducta del sujeto*”. En concreto, esta específica finalidad del autor en la alevosía es doble: por una

³⁷¹ ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal*, 2ª edición, Akal, 1986, pgs. 386 y 387.

parte, el autor debe asegurar la ejecución y, por otra, asegurar su persona contra la defensa del ofendido. Ambas finalidades deben darse al mismo tiempo para que sea aplicable la alevosía, y así lo manifiesta claramente ANTÓN ONECA: *“la segunda finalidad -evitar el riesgo-, que según algún autor identifica la circunstancia con la cobardía, viene a recortar la figura disminuyendo el ámbito que le correspondería si dominase sólo el afianzamiento de la ejecución”*.

Considera CUELLO CALÓN, sobre el empleo de determinados medios, modos o formas en la ejecución del delito para perpetrarlo sin riesgo o peligro que proceda de la defensa del ofendido, que *“dicho empleo ha de ser intencionado y consciente”*³⁷², ampliando este requisito la inmediata nota al pie, en la que exige que *“es preciso que revelen el propósito de asegurar la ejecución del delito evitando todo peligro proveniente de la defensa”*³⁷³. Seguidamente el autor entiende también que *“es pues preciso que el delincuente los utilice con esta exclusiva finalidad”*.

Define la alevosía CEREZO MIR como *“una circunstancia de tendencia”*, lo que significa que incluye un elemento subjetivo final en el autor, que en caso de esta circunstancia es doble: el autor ha de querer tanto el aseguramiento de la ejecución como el evitar los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima. CEREZO MIR apunta cómo estas dos finalidades *“suelen ir unidas”*, pero, de no ser así y sólo estar presente una de ellas, *“no podría apreciarse la agravante de alevosía”*³⁷⁴.

A pesar de mantener una concepción objetiva de la alevosía, como

³⁷² CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal, revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ*, Tomo I, Volumen Segundo, 17ª edición, Bosch, 1975, pg. 577.

³⁷³ CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal, revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ*, Tomo I, Volumen Segundo, 17ª edición, Bosch, 1975, pg. 578.

³⁷⁴ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, Tomo II, 6ª edición, Tecnos, 2005, pgs. 378-379.

ya se ha visto, QUINTERO OLIVARES admite que es necesario que se dé un elemento subjetivo, consistente en que *"el sujeto actúe con dolo que abarque, al mismo tiempo la utilización de los citados medios, modos o formas y su funcionalidad para asegurar la ejecución e impedir la defensa del ofendido"*³⁷⁵. A continuación, el autor amplía esta idea, entendiendo que esta exigencia de una *"cierta caracterización subjetiva"* es normal, *"si no se identifica con la personalidad del autor"* (en itálica en el original). Ha de prescindirse pues, para QUINTERO OLIVARES, de los conceptos subjetivos referidos a la personalidad del autor: el elemento subjetivo ha de consistir en un particular ánimo en el momento de ejecutar el delito, y así entiende el autor que *"en primer lugar, y solo eso ya basta para dotarla de ese componente interior, los elementos de la agravante han de formar parte del dolo. La búsqueda de la indefensión también ha de ser una meta perseguida por el autor -prescindiendo, aunque a veces se añada-, que eso sea prueba de vileza, pues no hace falta valorar el crimen a la luz de un "código de honor", sino como programa configurado conscientemente para alcanzar el resultado sin que la víctima pueda defenderse"*³⁷⁶.

Considera ALONSO ÁLAMO que la tendencia de la alevosía es referible a los medios, modos o formas: *"la alevosía no agrava por la especial tendencia del autor sino por el empleo de medios, modos o formas que tienden a asegurar la ejecución y a obstaculizar los riesgos"*³⁷⁷. Más adelante, sin embargo, esta aparentemente concepción objetiva de la alevosía se tiñe de un elemento subjetivo, que no consiste únicamente en el conocimiento de la utilización de esos determinados, medios, modos o formas, sino que también la finalidad de asegurar la ejecución y evitar los riesgos provenientes de la víctima ha de estar en el autor: *"medios, modos*

³⁷⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al código penal*, Tomo I, 7ª edición, Aranzadi, 2016, pg. 303.

³⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al código penal*, Tomo I, 7ª edición, Aranzadi, 2016, pg. 304

³⁷⁷ ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981, pg. 482.

o formas han de ser empleados clandestina e insidiosamente, sorprendiendo a la víctima, encontrándola desprevenida”, y, en el mismo párrafo, muy claramente: “No debería bastar, pues, el ataque fortuito o casual por la espalda para que la agravante pudiera considerarse presente. La especificidad de la alevosía, lo que permite diferenciarla de otras circunstancias, viene dado, pues, por la forma de ejecución, clandestina e insidiosa, con la particular tendencia de asegurar el delito y dejar a la víctima indefensa”³⁷⁸.

Para CAMARGO HERNÁNDEZ, la alevosía es una circunstancia puramente subjetiva, elemento que consiste en “(...) *la consciencia en el culpable de que obra traicioneramente y sobre seguro; pues de otra manera, bastando para su apreciación la mera concurrencia objetiva, se llegaría al absurdo de tener que apreciar la circunstancia en los delitos culposos*”³⁷⁹. El autor considera, en la misma línea, “*que el código no exige que la víctima se encuentre en estado de indefensión ni que el hecho se ejecute en forma segura, sino que lo que se requiere es que se empleen en la ejecución medios, modos o formas que tiendan a los dos fines indicados*”. En el examen concreto del elemento subjetivo, CAMARGO HERNÁNDEZ lo identifica como “*intención*”, considerando que “*la indefensión de la víctima y el aseguramiento del hecho han de ser intencionalmente buscados o aprovechados por el culpable para que pueda ser apreciada esta agravante (...)*”³⁸⁰. Este elemento subjetivo está compuesto de dos elementos, intelectual y volitivo, esto es, “*la indefensión de la víctima y el aseguramiento del hecho han de ser queridos y conocidos por el autor del delito*”.

También ALTÉS MARTÍ desgaja el elemento subjetivo de la alevosía

³⁷⁸ ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981, pg. 491.

³⁷⁹ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 39.

³⁸⁰ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pgs. 49 y 50.

en un doble componente intelectual y volitivo: *"en consecuencia, el elemento subjetivo, en sus dos formas de manifestarse, de aprovechamiento de la ocasión favorable o de buscar los medios conducentes a tal fin, supone siempre la representación por el sujeto activo, de tales medios o circunstancias recurrentes, junto a la voluntad consciente de su empleo, a tal fin. Requiere en suma, no sólo la representación, sino también la voluntariedad. Y en este sentido tal elemento supone por un lado el conocimiento de que ciertas formas de comisión del hecho, tienden directamente a producir la indefensión de la víctima y por otro lado la intención de utilizarlos con ese fin, ya que en definitiva todo acto de voluntad presupone el previo conocimiento"*³⁸¹.

Para MAPELLI CAFFARENA, ha de diferenciarse dolo de la circunstancia del dolo de la acción: *"ni el elemento subjetivo del injusto ni el dolo de la alevosía condicionan un grado determinado de intensidad dolosa -directo o eventual- en el asesinato. Aquellos van referidos exclusivamente a unos modos de ejecución. Así, el sujeto actúa alevosamente si se oculta de la víctima para agredirle por sorpresa, aunque no tenga la certeza de que el resultado de su agresión será la muerte de aquél"*³⁸². Igualmente se pronuncia este autor sobre la compatibilidad entre asesinato y dolo eventual: *"En el asesinato donde concurre la alevosía podráá combinarse cualquier modalidad de dolo -directo o eventual- en relación con la muerte, pero, sin embargo, en relación con los medios, modos o formas alevosas solo es posible el dolo directo por la concurrencia del elemento subjetivo trascendente"*. Esto es, el elemento subjetivo de la alevosía se refiere únicamente, para MAPELLI CAFFARENA, al conocimiento y voluntad del autor de estar utilizando los concreto medios, modos o formas, pero no a su finalidad al emplearlos.

³⁸¹ ALTÉS MARTÍ, M.A., *La alevosía*, Universidad de Valencia, 1982, pg. 155.

³⁸² MAPELLI CAFFARENA, B., *El dolo eventual en el asesinato*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 41, 1988, pg. 443.

Para GONZÁLEZ CUSSAC, en un estudio general sobre las circunstancias, y no específicamente sobre la alevosía, es necesaria la presencia de un elemento subjetivo en las circunstancias agravantes, y éste se define como la traducción de *“una serie de emociones, sentimientos y referencias situadas en la propia conciencia de la gente y ajenas por completo, desde esta perspectiva, al mundo externo circundante”*³⁸³. Este elemento se proyecta, sin embargo, sobre el elemento objetivo de la misma circunstancia, y así lo expresa claramente el autor cuando dice que *“en él se comprueba cuál es el grado del saber y querer del sujeto con relación al elemento objetivo de la circunstancia”*, esto es, el elemento subjetivo consiste en el conocer y el querer emplear la circunstancia, que en el caso concreto de la alevosía sería el conocimiento y voluntad de emplear los medios que objetivamente tienden a asegurar la ejecución y a eliminar la defensa de la víctima. Cabe preguntarse si para GONZÁLEZ CUSSAC el elemento subjetivo de la alevosía puede extenderse no sólo al elemento objetivo de la circunstancia, como manifiestamente expresa, sino al resultado final de la acción, esto es, si el culpable debe conocer y querer el empleo de unos determinados medios susceptibles de ser alevosos o si el culpable debe conocer y querer que el empleo de esos determinados medios tiende a asegurar el resultado y a provocar la indefensión del autor.

Considera RODRÍGUEZ MOURULLO, de acuerdo con su concepción de la alevosía como una circunstancia de naturaleza mixta, que está compuesta por tres elementos: un elemento normativo, otro dinámico o instrumental, que se correspondería con nuestro estudio del elemento objetivo, y un elemento *“teleológico”*, esto es, *“es preciso que el autor con el empleo de tales medios, modos o formas tienda directamente a asegurar la ejecución y evitar el riesgo para su persona, suprimiendo toda posibilidad*

³⁸³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, pgs. 188 y ss.

*de defensa dimanante del sujeto pasivo*³⁸⁴. Seguidamente resalta el autor que por la existencia de este elemento subjetivo la alevosía ha de ser considerada como una circunstancia “*de tendencia*”, debiendo proyectarse el dolo del agente “*tanto sobre la acción como sobre la repetida indefensión*”.

Para GRACIA MARTÍN la alevosía es una circunstancia de tendencia, lo que significa, como hemos visto, que se caracteriza por la concreta finalidad del autor, siendo ésta, “*la finalidad de asegurar la ejecución y de evitar los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima*”³⁸⁵.

Defiende también la existencia de un elemento subjetivo intencional en la alevosía MUÑOZ CUESTA, concretamente “*un elemento subjetivo o intencional del agente que con su conducta busca o se aprovecha de la indefensión de la víctima, haciendo que precisamente cometa el delito porque se ha representado la facilidad de su perpetración*”³⁸⁶. Sin embargo, tratando la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual, el autor parece alinearse con las posturas objetivistas de la alevosía que defienden la compatibilidad entre ambas figuras, cuando dice que “*nos parece que no tiene, ni a efectos teóricos ni prácticos, por qué existir incompatibilidad entre el dolo directo en la alevosía y el dolo eventual en el delito contra las personas, ya que son situaciones dentro de una misma acción que pueden distinguirse con nitidez y que no se repelen desde el punto de vista de la técnica penal, pues se puede actuar sin la intención directa de cometer el resultado representado, no querido pero aceptado, y sí con la conciencia y voluntad plena de servirse de unos medios que son objetivamente*

³⁸⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), JORGE BARREIRO, A. (Coord.), en *Comentarios al código penal*, Civitas, 1997, pg. 122.

³⁸⁵ GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coord.), *Comentarios al código penal. Parte especial*, Tomo I, Tirant lo Blanch, 1997, pg. 99.

³⁸⁶ MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.), ARROYO DE LAS HERAS, A., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias agravantes en el código penal de 1995*, Aranzadi, 1997, pg. 27.

*encajables en la agravante de alevosía*³⁸⁷. Se ponen de manifiesto aquí muy claramente las dos posturas sobre el elemento subjetivo de la alevosía que sistematizaremos detenidamente en nuestra toma de postura y que ya hemos ido observando en otros autores: si el elemento subjetivo de la alevosía ha de limitarse al conocimiento y voluntad que tiene el autor sobre el uso de unos determinados medios en la ejecución, esto es, que el autor consciente y voluntariamente emplee un medio que tiende objetivamente a asegurar la ejecución, sin que sea relevante cuál sea su voluntad respecto de ésta y del resultado final, o si el elemento subjetivo ha de proyectarse también sobre la voluntad final del autor en el empleo consciente y voluntario de esos medios, esto es, si además de conocer y querer el autor emplearlos, conoce y quiere también el potencial asegurador de la ejecución de éstos, y los emplea precisamente por ello.

Considera MARTÍN GONZÁLEZ que *“la voz “tiendan” tiene como sujeto gramatical no los medios, modos o formas de ejecución, sino al propio sujeto activo de la conducta delictiva”*, y a continuación *“es, por tanto, la “intención” del agente “encaminando” y “ordenando” los medios, modos y formas de ejecución a los fines de aseguramiento y de indefensión, lo que integra el aspecto subjetivo de la agravante”*, es decir, que el elemento subjetivo de la alevosía debe incluir el conocimiento y voluntad del autor de asegurar, mediante los medios elegidos, la ejecución y la indefensión de la víctima, y no únicamente el conocimiento y voluntad de emplear esos medios, independientemente de su conocimiento y voluntad respecto del resultado final³⁸⁸. Así lo reitera el autor más adelante en la misma obra en materia del error en la alevosía, cuando entiende que *“el elemento del conocimiento, como presupuesto previo del de la voluntariedad, precisos ambos como se razonó para la apreciación de la alevosía, en cuanto que*

³⁸⁷ MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.), ARROYO DE LAS HERAS, A., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias agravantes en el código penal de 1995*, Aranzadi, 1997, pg. 35.

³⁸⁸ MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pgs. 68 y ss.

consciencia y voluntad han de proyectarse sobre el aseguramiento de la ejecución y sobre la ausencia de riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, puede quedar afectado por el error".

A pesar de partir de una concepción objetiva de la alevosía, como ya se ha visto, GARCÍA ARÁN considera que debe existir en el comportamiento del autor un determinado elemento subjetivo, al entender que *"(...) tal aptitud objetiva de los medios para disminuir la defensa de la víctima deba ser conocida por el autor"*, pero a continuación destaca cómo ese elemento subjetivo no sería parte, en sentido estricto, de la circunstancia, pues considera que *"(...) con ello sólo se está destacando la exigencia de dolo respecto de la circunstancia"*³⁸⁹. Tratando sobre la compatibilidad entre asesinato y dolo eventual, sin embargo, la autora pone de manifiesto el "carácter finalista" de las circunstancias, y cómo la alevosía *"(...) supone la utilización de medios para asegurar la ejecución de la muerte (...)"*, e igualmente considera que *"(...) el dolo del asesinato no puede desgajarse entre el dirigido a la circunstancia y el dirigido a la muerte, porque circunstancias y muerte están unidas por la misma finalidad"*³⁹⁰. Parece pues que GARCÍA ARÁN exige a la alevosía un elemento subjetivo, la intención del autor de asegurar la ejecución de la muerte mediante los medios elegidos, que además es un elemento esencial sin el cual la circunstancia no puede apreciarse: la autora lo entiende así en el párrafo siguiente, cuando dice que *"los supuestos de hipotética circunstancia dolosa directa con muerte dolosa eventual son, en realidad, supuestos que no reúnen todos los requisitos de la circunstancia en cuestión, porque el autor no conoce o no quiere su relación con el concreto resultado de muerte"*.

³⁸⁹ GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Directores), *Comentarios al código penal, parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, 2004, pg. 23.

³⁹⁰ GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Directores), *Comentarios al código penal, parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, 2004, pg. 29.

QUINTANO RIPOLLÉS niega que la necesidad de exigir al autor la voluntad y el conocimiento de la alevosía puedan ser considerados un auténtico elemento subjetivo, y así se comprueba cuando enumera los elementos de la circunstancia, pues incluye, además del elemento normativo y del elemento instrumental (esto es, que la acción se produzca mediante medios, modos o formas) un elemento teleológico, definido, en este caso, como *"el aseguramiento de la persona del culpable sin riesgo que provenga de la eventual defensa del ofendido"*³⁹¹. En párrafos anteriores, sin embargo, el autor ha discutido que el hecho de que en este elemento teleológico quepa incluir consideraciones de tipo subjetivo, esto es, que el autor deba conocer y querer el resultado del empleo de determinados medios, modos o formas, no hace que este elemento tenga carácter subjetivo, pues *"ello afecta a la voluntad y conocimiento, que es, ciertamente, condición de todo lo doloso y no característico de la alevosía"*³⁹². La alevosía tendría así, para QUINTANO RIPOLLÉS, un contenido objetivo, sin perjuicio de que a toda circunstancia dolosa objetiva quepan exigírsele ciertos elementos subjetivos, en concreto conocimiento y voluntad. En otra obra el autor también refuerza esta idea, entendiendo que *"de todo esto se deduce claramente que la agravante de alevosía es circunstancia eminentemente objetiva, (...) aunque, claro está, se precise siempre, (...) el elemento personal inherente a todo acto incriminable: el de que el medio sea querido o aprovechado conscientemente por el agente"*³⁹³.

Entiende ARIAS EIBE que *"se integra siempre por un elemento subjetivo, toda vez que para su apreciación es precisa la simultánea coincidencia de la finalidad de asegurar la ejecución y la finalidad de evitar*

³⁹¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de derecho penal*, I, Revista de derecho privado, Madrid, 1963, pg. 436.

³⁹² QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de derecho penal*, I, Revista de derecho privado, Madrid, 1963, pg. 434.

³⁹³ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al código penal*, 2ª edición, Revista de Derecho Privado, 1966, pg. 207 y ss.

los riesgos que para la persona del agresor pudieran proceder de una eventual defensa del ofendido que potencialmente al menos debe admitirse como posible”, esto es, que debe considerarse que quien “tiende” es el autor, no los medios, y además que la finalidad ha de ser doble, en el sentido de que ha de tenderse tanto al aseguramiento de la ejecución como a evitar los riesgos que procedan de la defensa del ofendido³⁹⁴. Aún más claramente lo establece el autor más adelante al considerar que “*para la apreciación de esta circunstancia es precisa la concurrencia de un elemento subjetivo o intencional del agente, de suerte que con su conducta busque o se aproveche de la indefensión de la víctima, representándose de esa forma la facilidad de su perpetración*”.

Para ÁLVAREZ GARCÍA en la alevosía “*no se exige un especial ánimo que vaya más allá del dolo, el cual deberá abarcar la conciencia y voluntad de realización de la circunstancia, es decir de la utilización de modalidades comisivas que tiendan al aseguramiento de la ejecución sin riesgo*”, esto es, el elemento subjetivo no debe de ser tendencial, en el sentido examinado anteriormente de que la finalidad del autor sea la de asegurar la ejecución y asegurarse de la reacción defensiva de la víctima, sino que es suficiente que el autor conozca y quiera la utilización de los medios que objetivamente tiendan a esas dos finalidades³⁹⁵. Seguidamente el autor explica por qué a su juicio no puede exigirse este especial ánimo o tendencia del autor, de la siguiente manera: “*1ª. La referida exigencia no se conformaría con el fundamento otorgado a la circunstancia ni con la interpretación que se patrocina para el término “tendencia”; 2ª. Porque de la definición legal de la circunstancia no es posible deducir la exigencia de ese particular “ánimo” o “tendencia”*”

³⁹⁴ ARIAS EIBE, M. J., *La circunstancia agravante de alevosía, estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 7, 2005, pgs. 16 y ss.

³⁹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Derecho penal español, parte especial*, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2011, pgs. 84 y ss.

VIII.3.2 – En la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Como ya examinamos en el apartado correspondiente a la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía, en la historia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo éste se ha decantado por distintas posturas sobre el elemento subjetivo, desde darle un valor absoluto, hasta, como también vimos, la postura actual, en la que el Tribunal Supremo considera a la alevosía como una circunstancia “predominantemente objetiva”, pero con un elemento subjetivo necesario.

La concreta caracterización de este elemento, sin embargo, no es constante. Como ya hemos visto en el examen de esta cuestión en la doctrina, y como sistematizaremos más detenidamente cuando expongamos nuestra postura, cuando se defiende la existencia de un elemento subjetivo en la alevosía pueden sostenerse dos visiones: una, que este elemento subjetivo consiste en el conocimiento y voluntad por parte del autor del empleo de los medios, modos o formas que tiendan a asegurar la ejecución y evitar la defensa de la víctima, y otra, que debe existir en el autor una tendencia, un ánimo específico de conseguir estos dos fines. En su jurisprudencia más reciente el Tribunal Supremo parece inclinarse por esta segunda postura, al entender en numerosas sentencias que es requisito necesario para la apreciación de la alevosía *“un elemento 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, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación*

*de aseguramiento del resultado, sin riesgo*³⁹⁶. De otra manera, expresa el Tribunal Supremo esta misma idea así: “*Concurren así todos los elementos de la agravante de alevosía: (...) y, finalmente, un elemento subjetivo, consistente en que el sujeto actúe con dolo, intención que ha de abarcar tanto la utilización de los medios, modos o formas, como la finalidad de asegurar la ejecución o impedir la defensa*”³⁹⁷.

Esta posición, no es, en primer lugar, coherente, pues en alguna de las sentencias examinadas se enumeran de manera genérica los elementos de la alevosía, incluyéndose este “ánimo tendencial” del autor de asegurar la ejecución y la indefensión de la víctima, para luego modificar estos elementos en cada caso concreto. Un ejemplo de esto es la mencionada STS 778/2017, en la que se considera, sobre la compatibilidad de dolo eventual y alevosía, que ésta “*viene aplicándose a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido*”³⁹⁸, eliminándose pues la necesidad de que el sujeto quiera con su acción asegurar el resultado. Igualmente se entiende compatible alevosía y dolo eventual cuando en otra sentencia entiende el Tribunal Supremo 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 con 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*”³⁹⁹. Aquí el Tribunal Supremo unifica aseguramiento de la ejecución y aseguramiento de la reacción defensiva de la víctima,

³⁹⁶ STS 778/2017, de 30 de noviembre FJ Décimo. Idéntico párrafo puede encontrarse también en las STS 165/2017, de 14 de marzo, 240/2017, de 5 de abril, 450/2017, de 21 de junio, 492/2017, de 29 de junio o 541/2017, de 12 de julio.

³⁹⁷ STS 804/2017, de 11 diciembre.

³⁹⁸ STS 778/2017, de 30 de noviembre.

³⁹⁹ STS 539/2017, de 12 de julio.

requiriéndose entonces que el elemento subjetivo se proyecte únicamente sobre la indefensión de la víctima, lo que haría, como estudiaremos, compatible a la alevosía con el dolo eventual.

En definitiva, podemos concluir, del examen de la confusa reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en teoría éste considera necesario para la apreciación de la alevosía un elemento subjetivo consistente en el doble ánimo específico del autor de asegurar la ejecución y de evitar los riesgos, para lo cual emplea unos medios también objetivamente tendentes a esos dos fines, pero en la práctica se suaviza este requisito, siendo en ocasiones suficiente que el ánimo del autor tienda únicamente a evitar la reacción defensiva de la víctima, con lo que, en nuestra opinión, se desnaturaliza la circunstancia en aras, creemos, de una aplicación menos problemática de la circunstancia o de una mayor simplicidad probatoria, que en cualquier caso creemos censurable.

VIII.3.3 – Conclusiones y toma de postura

El análisis sobre el elemento subjetivo de la alevosía ha de comenzar, necesariamente, por estudiar su propia existencia. El tenor literal del artículo 22.1⁴⁰⁰ no lo prevé, pues si bien es cierto que en él se habla de una tendencia, el sujeto del verbo tender en este precepto no es el autor, sino los medios, modos o formas. La definición de “tender” en este caso parece ser la novena acepción que recoge el Diccionario de la Real Academia Española: “*dirigirse de manera natural hacia algo*”, lo que puede decirse de las personas, pero también de los objetos u otros elementos inanimados, como recoge el propio ejemplo del Diccionario: “*las temperaturas tienden a subir*”. Desde un punto de vista estrictamente

⁴⁰⁰ Artículo 22.1 del código penal de 1995: “*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*”.

gramatical, podría sostenerse que la alevosía no requiere ningún elemento subjetivo, pues en la medida en que los medios, modos o formas objetivamente tiendan a asegurar la ejecución, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, podría existir alevosía. Esta postura extrema, sin embargo, no es defendida siquiera por los autores que consideran que la alevosía tiene un contenido completamente objetivo. Recordemos, por citar solamente a uno, cómo QUINTANO RIPOLLÉS considera que es necesario que el autor conozca y quiera el empleo de esos concretos medios, cuando dice que *“aunque, claro está, se precise siempre, (...) el elemento personal inherente a todo acto incriminable: el de que el medio sea querido o aprovechado conscientemente por el agente”*. Una postura absolutamente objetiva sobre la alevosía, que despojara a la circunstancia incluso del requisito de que el autor conozca que los medios que emplea son alevosos, sería imposible, y ello no tanto por la literalidad del artículo 22.1, que como hemos visto se abriría a esa posibilidad, sino por el propio sistema y requisitos de un derecho penal en que como mínimo el conocimiento por parte del autor siempre es necesario, ya sea en el delito en sí como en las circunstancias agravantes, tal y como establecen los distintos apartados del artículo 14⁴⁰¹ y el artículo 65.2⁴⁰² del código penal de 1995.

⁴⁰¹ Artículo 14 del código penal de 1995:

“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

⁴⁰² Artículo 65 del código penal de 1995:

“1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.

Queda descartada, pues, la interpretación más extrema hacia el lado de la objetividad: será necesario, y así hemos visto en la totalidad de la doctrina analizada y en la propia literalidad de los artículos 14 y 65 del código penal de 1995, como mínimo, que el autor conozca y quiera emplear los medios que objetivamente tienden a las dos finalidades descritas⁴⁰³. Hemos de descartar, también, y así lo hemos tratado estudiando el elemento objetivo de la alevosía, una postura absolutamente subjetiva en la que la voluntad del autor es el fundamento y requisito único de la circunstancia: así, veíamos cómo no puede ser suficiente para apreciarla que el autor quiera el aseguramiento de la ejecución sin riesgos, sino que ha de emplear unos medios que también objetivamente tiendan hacia esas finalidades. El elemento subjetivo de la alevosía se mueve, por lo tanto, en el espacio entre estos dos extremos rechazables, y dentro de este espacio diferenciamos dos grandes posturas en la doctrina:

En primer lugar, encontramos a los autores, normalmente más objetivistas, que consideran que el elemento subjetivo de la alevosía ha de consistir únicamente en el conocimiento y voluntad del autor de estar empleando los concretos medios, modos o formas que objetivamente tienden a asegurar la ejecución sin riesgo. No es necesario, y aquí está la diferencia con la siguiente postura, que esas finalidades de aseguramiento del resultado y del autor estén en la psique del autor, sino que basta con

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.
3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.”

⁴⁰³ Seguidamente trataremos también la cuestión de si la alevosía requiere dos elementos tendenciales distintos, asegurar la ejecución por un lado y evitar los riesgos procedentes de la defensa del ofendido por otro, o si esta doble finalidad es solamente una. Adelantamos aquí que nuestra postura será defender que ambas finalidades son diferenciadas, por lo que hablamos ya de ellas en plural.

que emplee conscientemente esos medios, modos o formas. Para estos autores, quien “tiende a” asegurar la ejecución sin riesgos son los propios medios, objetivamente considerados, y para que se perfeccione la alevosía solamente es necesario que el autor emplee esos medios conociendo su capacidad de aseguramiento, sin que sea necesario que además concurra en él la voluntad de la ejecución sin riesgo. En nuestra opinión, cabe discutir que esto constituya realmente un elemento subjetivo propio y específico de la circunstancia, pues el conocimiento y voluntad de una circunstancia no forma parte de su contenido, sino que es una exigencia general del artículo 14.2 y 65.2. Siguiendo esta teoría, todos los casos de ausencia del elemento subjetivo de la alevosía serían casos de error: imaginemos, por ejemplo, un autor que quiere emplear un determinado medio que no tiende objetivamente a asegurar la ejecución sin riesgo, pero equivocadamente emplea un medio que sí lo hace (por ejemplo, quien golpea a la víctima creyendo que puede defenderse, ignorando que en realidad ésta se encuentra desvalida). En este caso, estos autores descartarían la existencia de alevosía por no estar presente su elemento subjetivo: el autor no conocía ni quería emplear un medio tendiente a asegurar la ejecución sin riesgo, pero lo hizo. Y efectivamente así es, no podría existir alevosía en este caso, pero por aplicación del artículo 14.2 del código penal. El requisito subjetivo de la alevosía sería, por lo tanto, desde una postura objetiva, el conocimiento por parte del autor de que concurren los elementos objetivos de la alevosía. A nuestro entender, es discutible que este requisito resulte un elemento integrante de la propia circunstancia, salvo que consideremos que el principio de culpabilidad introduce el mismo elemento subjetivo, el conocimiento por parte del autor, en cada tipo penal y en cada circunstancia individualmente. Esta postura consiste pues, en definitiva, en considerar a la alevosía como una circunstancia puramente objetiva, si bien, como es evidente en el derecho penal moderno, toda circunstancia objetiva requiere que sea conocida por el autor. Entendemos que gramaticalmente es posible interpretar la alevosía de esta manera,

pero no responde adecuadamente a la finalidad y fundamento de la circunstancia que hemos defendido en este trabajo: la alevosía no agrava exclusivamente (si bien sí parcialmente) por un aumento del desvalor objetivo-final de la acción, esto es, que ésta es objetivamente más peligrosa para el bien jurídico y por lo tanto merecedora de mayor reproche, sino también porque este mayor desvalor objetivo-final va acompañado de un mayor desvalor subjetivo-final de acción: ese aumento del peligro de la acción no es solamente conocido por el autor, sino específicamente provocado o aprovechado. El elemento subjetivo de la alevosía no debe, en nuestra opinión, agotarse en el conocimiento de la circunstancia.

La segunda postura estudiada en la doctrina y que, a nuestro entender, se ajusta mejor a la finalidad y naturaleza de la alevosía, consiste en dotar de un contenido propio al elemento subjetivo de la circunstancia, y no meramente una traslación de la teoría general del dolo a esta materia: aquí, la alevosía requiere, además de que los medios tiendan objetivamente a las finalidades de asegurar la ejecución y de asegurar al autor, que éste haya elegido esos medios, modos o formas precisamente por su potencial de aseguramiento, no por alguna otra finalidad. Según esta postura, a los elementos intelectual y volitivo en la psique del autor (que conozca y quiera el empleo de los medios) habría que añadir además un elemento intencional o tendencial, esto es, que el autor busque con ese empleo de medios, modos o formas el resultado que objetivamente éstos ofrecen.

El debate puede parecer estéril a primera vista, y efectivamente en muchos ejemplos clásicos de asesinato o lesiones alevosas no implica ninguna diferencia: el autor que quiere matar a la víctima, y para ello espera a que se duerma para hacerlo, por ejemplo, verá apreciada la alevosía independientemente de que se otorgue una importancia específica al

elemento intencional de la alevosía o no, pero no sucede lo mismo en distintos grupos de casos, que a continuación estudiamos:

En primer lugar, por su importancia en el debate doctrinal y por su numerosa importancia jurisprudencial, ambas posturas presentan soluciones diametralmente opuestas a la cuestión de la compatibilidad entre el dolo eventual y la alevosía. Recordemos que se entiende por dolo eventual, de acuerdo con la teoría del consentimiento, aquella situación en la que el autor no quiere el resultado, pero conoce la posibilidad de que suceda, e interiormente lo acepta, procediendo a actuar. Pues bien, si se considera que el elemento subjetivo de la alevosía consiste únicamente en el conocimiento y voluntad del empleo de los medios objetivamente alevosos, no habría obstáculo en apreciar conjuntamente dolo eventual y alevosía: el autor puede emplear unos medios con conocimiento de su alta peligrosidad sin querer que se produzca el resultado de lesiones o muerte, pues el elemento subjetivo de la alevosía no se proyecta sobre el resultado final de la acción: el autor sabe que el medio, modo o forma que emplea en la ejecución tiende objetivamente a asegurarla sin riesgo, pero no quiere expresamente que ese aseguramiento se produzca, sino que meramente lo acepta como una consecuencia posible más de su acción, pues el elemento objetivo de la alevosía no requiere que el medio asegure el resultado (en cuyo caso estaríamos ante un caso de dolo de consecuencias necesarias), sino solamente que tienda a ello. El autor conoce que el uso de un concreto modo, medio o forma de ejecución aumenta la probabilidad de que el resultado se produzca, sin querer directa o mediatamente que este resultado suceda, pudiéndose desde esta concepción apreciarse conjuntamente dolo eventual y alevosía.

Distinta es la solución si en la alevosía se exige que el autor no sólo conozca el potencial lesivo de los medios que emplea y los use conscientemente, sino también que los use precisamente por su potencial

de aseguramiento de la ejecución. En este caso, el dolo de la alevosía se proyecta sobre el dolo de la acción: el autor quiere asegurar la ejecución, por lo que no es compatible con la estructura del dolo eventual, en la que el autor no quiere el resultado, pero lo acepta. No es posible que en la psique del autor convivan la intención de asegurar la ejecución propia de la alevosía y la no intención de cometer el resultado propia del dolo eventual, por lo que, según qué intención tuviera el autor, estaremos en presencia o bien de asesinato o lesiones alevosas o de homicidio o lesiones sin alevosía.

Ambas posturas arrojan también una solución distinta en los casos en los que el curso causal se desvía de la intención inicial del autor, esto es, en la preterintencionalidad, en los que el autor comete un resultado más grave que el que inicialmente abarcaba su dolo. Imaginemos, por ejemplo, al autor que quiere lesionar alevosamente a la víctima, pero la mata. Si consideramos que el elemento subjetivo de la alevosía se agota con el conocimiento y voluntad del empleo de los medios objetivamente peligrosos, deberemos apreciar, según se den de una manera u otra los requisitos del dolo eventual y de la imprudencia, o bien asesinato alevoso con dolo eventual (que, como hemos visto, es compatible desde esta visión de la circunstancia), o un asesinato imprudente, inexistente en la actualidad pero que en coherencia con esta interpretación de la alevosía sería conceptualmente posible, existiendo en ese caso un vacío de punibilidad. Si consideramos, en cambio, que la alevosía requiere además un elemento subjetivo tendencial, los casos en que en la voluntad del autor el aseguramiento de la ejecución se refería a las lesiones y no al homicidio, el resultado final de muerte no puede cubrir ese elemento, por lo que no es apreciable la alevosía respecto de la muerte. Habría que acudir, en este caso, al tratamiento general del homicidio preterintencional, pero completándose éste con una circunstancia sobre el delito intentado y no el consumado: la solución sería apreciar un concurso entre un delito de

lesiones agravadas con alevosía en grado de tentativa y un delito de homicidio imprudente.

Hemos de añadir, como consideración final, que a nuestro entender, y en línea con el fundamento que le hemos otorgado a la alevosía, la finalidad que ha de perseguir el autor con el empleo de los medios, modos o formas alevosas ha de ser doble: cuando el código penal se refiere a que ha de emplearse 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*”, hemos de interpretar que se refiere, por una parte, al aseguramiento de la ejecución, esto es, del resultado de la acción, y, por otra, al aseguramiento del autor respecto de la defensa de la víctima. Tanto el elemento objetivo de la alevosía, como ya estudiamos en su momento, como el elemento subjetivo, han de proyectarse sobre ambas finalidades: asegurar la ejecución y asegurar al autor. El fundamento de la alevosía no es, para nosotros, la indefensión de la víctima, sino el aumento de probabilidad del resultado de la acción imputable al autor. Como ya hemos expuesto anteriormente, la indefensión de la víctima actúa como elemento necesario para limitar la aplicabilidad de la agravante únicamente a los delitos en los que es posible una comisión violenta, y no a todos los delitos de resultado, pero no fundamenta la agravante. Sería pues incoherente sostener que basta con que el autor tenga la finalidad de evitar la defensa de la víctima, pues se restaría toda importancia al auténtico núcleo de la alevosía, el aseguramiento de la ejecución. La finalidad del autor ha de proyectarse, por lo tanto, en primer lugar, sobre el aumento del peligro de la acción mediante una decisión consciente y voluntaria de intentar asegurar el resultado y, en segundo lugar, la finalidad del autor ha de proyectarse también sobre la indefensión de la víctima. La voluntad del autor ha de ser, pues, doble: el autor debe querer tanto el aseguramiento del resultado como evitar los riesgos provenientes de la defensa de la víctima. Es cierto

que en numerosas ocasiones ambas finalidades coincidirán, pues es posible que el único obstáculo para el aseguramiento de la acción sea la defensa de la víctima, en cuyo caso eliminar ésta implica asegurar el resultado, pero en otras ocasiones, en los que la víctima dispone de medios adicionales que dificultan el resultado, y no solamente su propia defensa, la intención del autor ha de ir dirigida a eliminar tanto ésta como aquellos.

IX – El error en la alevosía

Estudiaremos en este capítulo los aspectos referentes al error en la alevosía. En la medida en que pocas veces se ha tratado, en la doctrina, el error en la alevosía de manera específica, si no que más bien se ha tendido a englobarla en el estudio general sobre el error en las circunstancias del hecho, realizaremos una panorámica general de esta cuestión para posteriormente centrarnos en aspectos específicos del error en la alevosía que son particulares a esta circunstancia.

IX.1 – El error en las circunstancias del hecho

El tratamiento del error sobre las circunstancias del delito está regulado, en el Código Penal de 1995, en el artículo 14.2, que establece que *“el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”*. El artículo, aparentemente cristalino, no despeja absolutamente, sin embargo, todos los posibles problemas interpretativos que pueden surgir sobre el error en las circunstancias. Analizaremos aquí, concretamente, las siguientes cuestiones, aunque sea de manera general: si el artículo 14.2 es aplicable, en un análisis similar realizado al tratar la comunicabilidad, solamente a las circunstancias generales del artículo 22 del Código Penal o también a los elementos que constituyen tipos cualificados de la parte especial, si el error al que se refiere este artículo se extiende también al conocimiento del autor de la existencia de la circunstancia agravante (o, dicho más claramente, en un paralelismo con el error respecto del hecho, si cabe “error de prohibición” en las circunstancias), si es relevante la distinción entre error vencible y error invencible y si existe la figura del “error inverso”, es decir, la solución a los casos en los que el autor cree que cumple la circunstancia cuando en realidad no. Con posterioridad al análisis de estas cuestiones generales, analizaremos aspectos específicos del error en la alevosía.

En referencia al primero de los problemas planteados, esto es, la aplicabilidad de lo establecido en el artículo 14.2 solamente a las circunstancias de la parte general del Código Penal o también a aquellas recogidas en la parte especial, no parece haber discusión en la doctrina sobre su aplicabilidad a todas las circunstancias. Esta cuestión, muy viva, como examinaremos en materia de comunicabilidad, no tiene demasiada trascendencia en este ámbito al establecer específicamente el artículo 14.2 su aplicación al error “*sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante*”, a diferencia de, como ya vimos, el artículo 65, que se refiere únicamente a “*las circunstancias agravantes o atenuantes*”. Sostendremos cómo, a nuestro entender, el artículo 65 se aplica tanto a las circunstancias de la parte general como a las de la parte especial por lo que con más motivo aún se aplicará a ambas partes del código el artículo 14.2, que menciona específicamente cualquier “*hecho que cualifique la infracción*” además de las circunstancias. De la misma opinión son incluso aquellos autores que rechazan la aplicación del artículo 65 a la parte especial del Código Penal⁴⁰⁴.

Hay que descartar la posibilidad de que el error sobre las circunstancias se aplique al conocimiento de su regulación, esto es, lo que llamaríamos “error de prohibición” en el contexto del error sobre el delito. Así lo establece claramente el propio artículo 14.2 del Código Penal cuando habla del “*error sobre un hecho que cualifique (...)*”. Es irrelevante, por lo tanto, que el autor conozca que es de aplicación a los hechos una determinada circunstancia agravante o la cualificación de la infracción, o que conozca la propia existencia de esta circunstancia o hecho cualificativo.

⁴⁰⁴ Por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10ª Edición, Reppertor, 2015, pg. 281.

Así se desprende de la literalidad del texto y así es reconocido también por la doctrina⁴⁰⁵.

No distingue el artículo 14.2 del Código Penal el error vencible del invencible, a diferencia de la regulación en el anterior texto legislativo⁴⁰⁶, por lo que debe interpretarse que cualquier error, sea cual sea el grado en el que se produzca, evita la apreciación de la circunstancia o del hecho cualificativo⁴⁰⁷. Un sector minoritario de la doctrina ha defendido la aplicación, en casos de error vencible sobre las circunstancias cualificativas de un tipo en el que se incrimine también la comisión imprudente, del concurso ideal entre el tipo agravado imprudente y el tipo básico doloso⁴⁰⁸, o bien únicamente del tipo agravado imprudente⁴⁰⁹. Estas posturas, sin embargo, se encuentra con problemas de *non bis in idem*⁴¹⁰, y resulta

⁴⁰⁵ Véase ARIAS EIBE, M. J., *El error en derecho penal en el Código Penal de 1995*, Dykinson, 2007, pg. 139, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1997, pg. 71.

⁴⁰⁶ Artículo 6 bis a) reformado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal:

“El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa. La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66.”

La regulación era bastante menos clara que la actual, dejando abiertas distintas incógnitas en la doctrina (véanse, por todos, ARIAS EIBE, M. J., *El error en derecho penal en el Código Penal de 1995*, Dykinson, 2007, pgs. 142 y ss. o GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, pgs. 191 y ss.)

⁴⁰⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1997, pg. 71, COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, 1996, pg. 610, MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10ª Edición, Reppertor, 2015, pg. 282.

⁴⁰⁸ PÉREZ ALONSO, E. J., *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, 2013, pg. 53.

⁴⁰⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, 9ª edición, Tirant lo Blanch, 2015, pg. 271.

⁴¹⁰ MAQUEDA ABREU, *De nuevo acerca del error sobre las circunstancias*, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pgs 852 a 854.

preferible dogmáticamente y por razones de política criminal mantener estos casos en el marco del tipo básico, sin perjuicio de que, dentro de las normas de determinación de la pena del artículo 66 del Código Penal, quepa apreciar un mayor desvalor del hecho⁴¹¹.

Sobre la cuestión del llamado “error inverso”, aquellos casos en los que el sujeto cree que concurren los presupuestos fácticos de la circunstancia agravante, pero en realidad no sucede así, la doctrina se inclina generalmente por no reconocerle efectos agravatorios a ésta⁴¹², aunque otro sector defiende la aplicación de las normas del concurso al entender que concurren la tentativa del delito circunstanciado junto a la comisión del delito efectivamente realizado⁴¹³. Las mismas objeciones a estas posturas examinadas en el párrafo anterior son extrapolables aquí.

IX.2 – Particularidades del error en la alevosía

Considera ALTÉS MARTÍ que tanto en el error *in personam* como la *aberratio ictus* (esto es, el error en la persona y el error en el golpe) no tienen relevancia en la alevosía, ya que son meramente accidentales⁴¹⁴. Lo relevante, para este autor, es “*que el culpable haya excogitado los medios idóneos o se haya aprovechado conscientemente de los existentes, aunque luego se equivoque de sujeto pasivo o que agrede a persona distinta de la*

⁴¹¹ MAQUEDA ABREU, *De nuevo acerca del error sobre las circunstancias*, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pg. 854, ALONSO ALAMO, M., *El ensañamiento*, Comares, 2015, pg. 134.

⁴¹² Así lo refleja MAQUEDA ABREU, *De nuevo acerca del error sobre las circunstancias*, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pg. 861. Otros ejemplos de esta postura en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, pg. 193, MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10ª Edición, Reppertor, 2015, pg. 282.

⁴¹³ Véase PÉREZ ALONSO, E. J., *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, 2013, pg. 91, y también DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., y GRACIA MARTÍN, L., (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 1997, pg. 123.

⁴¹⁴ ALTÉS MARTÍ, M.A., *La alevosía*, Universidad de Valencia, 1982, pg. 155 y ss.

querida por la mala ejecución del hecho". El error, en estos casos, podrá influir sobre la calificación jurídica del hecho, pero no sobre la existencia de la agravante. Distintos son los casos, para ALTÉS MARTÍ, en los que el error recae sobre los elementos de la agravante, pues en estos casos el error será "esencial" e impedirá su apreciación. Sucede así, para este autor, en los casos en los que, por ejemplo, se ignora la situación de indefensión de la víctima a la que se da muerte. Introduce aquí también ALTÉS MARTÍ su postura sobre el error inverso cuando considera que "como consecuencia de éllo y a contrario sensu, la circunstancia operará siempre que el autor haya actuado, en la creencia errónea de que la víctima se encontraba indefensa, cuando en realidad no lo estaba".

Considera MARTÍN GONZÁLEZ que ha de calificarse como error esencial, y por lo tanto excluyente de la agravante, cualquier error "afectante a los elementos de la agravante", entendiendo este autor que "no es apreciable la agravante de alevosía cuando sobre los elementos en que se asienta concurre error por parte del sujeto activo"⁴¹⁵. Por el contrario, quedan fuera de este ámbito los "errores accidentales", esto es, el error sobre la persona y el error en el golpe.

La misma postura es sostenida por ARIAS EIBE, que considera que "el error sobre los elementos objetivos de la alevosía y sobre su aptitud, ya sea vencible o invencible, determinará la no aplicación de la circunstancia y la entrada en aplicación del tipo básico", mientras que "el error in personam resultará irrelevante" y "en los casos de error inverso o error al revés sobre la alevosía, la misma no se aplicará"⁴¹⁶.

⁴¹⁵ MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pgs. 73 y 74.

⁴¹⁶ ARIAS EIBE, M. J., *La circunstancia agravante de alevosía, estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Número 7, 2005, pg. 03:21.

IX.3 – Conclusiones y toma de postura

Del estudio del error en la alevosía resultan dos problemas fundamentales que han de ser abordados: en primer lugar, la cuestión sobre el error inesencial, esto es, si el artículo 14.2 del Código Penal de 1995 se aplica en cualquier caso en que lo que el autor proyecta al mundo exterior con su comportamiento no coincide exactamente con lo que se había representado en su psique, o bien si determinadas desviaciones menores (denominadas, hemos visto, “inesenciales” por la doctrina) son irrelevantes y por lo tanto debe apreciarse la alevosía igualmente. En segundo lugar, examinaremos la cuestión del error inverso, esto es, los casos en los que el autor cree que se dan los elementos de la alevosía, pero en realidad uno o varios de ellos no están presentes.

En lo que se refiere al error inesencial sostenemos la misma postura que la doctrina examinada. El error del artículo 14.2 se refiere a los elementos de la circunstancia agravante y no a otras circunstancias de la ejecución, por lo que, en el caso de la alevosía y tal y como hemos definido en otros capítulos, el error deberá referirse al elemento normativo (que la circunstancia se produzca en el marco de un delito contra las personas), al elemento objetivo (la situación de indefensión, ya sea total o parcial, de la víctima, provocada o aprovechada por el autor) o bien al elemento subjetivo (la intención del autor de cometer el delito aprovechando o provocando las circunstancias que determinan la indefensión de la víctima). Quedan fuera del ámbito del artículo 14.2, por lo tanto, tanto el error *in personam* (cuando el autor confunde a la víctima de su acción y dirige ésta contra otra persona) como el error en el golpe o *aberratio ictus* (cuando el autor, queriendo dirigir su acción contra una determinada persona, yerra en la ejecución y acaba cometiéndola sobre otra persona).

El caso del error *in personam* no presenta, a nuestro entender, mayores dificultades: se dan, en el marco de un delito contra las personas, tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo de la alevosía, lo que sucede es que se confunde a la víctima. Esta situación, sin embargo, ni altera el elemento objetivo de la alevosía (el autor usa medios que objetivamente impiden la defensa de la víctima y aseguran la ejecución) ni su elemento subjetivo (el autor emplea esos medios conscientemente y con la doble intención de impedir la defensa de la víctima y asegurar la ejecución). No existe, por lo tanto, como exige el artículo 14.2 del Código Penal, un error “sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante”, pues la circunstancia ha sido empleada consciente y voluntariamente. Cuestión distinta es, evidentemente, la relevancia que este error pueda tener sobre la calificación jurídica del delito en sí, pero, en casos de error *in personam* concurriendo la circunstancia de alevosía, ésta deberá apreciarse siempre.

Alguna dificultad, si bien no demasiado importante, puede presentar el caso de la *aberratio ictus*. Esto es así porque podría sostenerse que si el autor falla en la ejecución del golpe no lo ha asegurado, y por lo tanto la alevosía debería quedar excluida por faltar su elemento objetivo. Podría decirse, desde esta perspectiva, que alevosía y error en el golpe son excluyentes entre sí: o el autor empleó medios alevosos y por lo tanto no pudo fallar en la ejecución, o el autor falló en la ejecución y por lo tanto no estaba empleando medios alevosos. Este planteamiento, sin embargo, es engañoso, en tanto en cuanto la alevosía no exige el efectivo aseguramiento de la ejecución y del resultado sino el empleo de medios tendentes a ello, como ya se ha examinado en otros capítulos. El empleo de los determinados medios por parte del autor y su idoneidad para asegurar el resultado ha de considerarse desde una perspectiva *ex ante* y nunca *ex post*: no dejan de ser alevosos medios que no consiguieron el resultado, de la misma manera que *sensu contrario* no es alevoso cualquier

medio que consiguiera el resultado. Lo relevante para la existencia del elemento objetivo de la alevosía, como se ha estudiado en su capítulo correspondiente, es el aumento de las probabilidades de aseguramiento de la ejecución, sin que sea necesario para su apreciación que ese aumento llegue al aseguramiento total. A mayor abundamiento, si se identificara la alevosía con la necesidad de que el resultado haya sido asegurado, no cabría hablar, por ejemplo, de asesinato con alevosía en grado de tentativa, pues podría decirse igualmente que si el asesinato falló no existía alevosía. El error en el golpe es, por lo tanto, compatible con la alevosía, en tanto en cuanto el autor puede emplear conscientemente medios dirigidos a asegurar el resultado sin que esto suceda de manera efectiva y la ejecución falle. Al igual que en el error sobre la persona, el fallo concreto en la ejecución alevosa que recae sobre una persona distinta a la que se dirigía es irrelevante para la apreciación de la alevosía, pues se dan todos los elementos de ésta.

Los casos de error inverso, esto es, aquellos en los que el autor cree que concurre alevosía pero en realidad faltan sus presupuestos objetivos, sí entran plenamente en el ámbito del artículo 14.2 del Código Penal, y por lo tanto conllevan la no apreciación de la circunstancia. Pensemos, por ejemplo, en el autor que espera a que la víctima se duerma para darle muerte, y, creyendo que ya está en ese estado, ataca cuando la víctima está aún despierta, pudiendo ésta defenderse normalmente. Esta es, a nuestro entender, la solución correcta desde un punto de vista del fundamento de la circunstancia, que, como ya hemos defendido, radica en el aumento de peligrosidad objetiva de la acción provocado intencionadamente por el autor. Al no existir el aumento de peligrosidad objetivo, no puede incrementarse tampoco el desvalor de la acción, aunque ésa fuera la intención del autor, puesto que esa intención no ha llegado a proyectarse sobre el resultado de su comportamiento. La posible solución del concurso ideal entre el delito intentado (con alevosía) y el delito

consumado (sin alevosía) nos parece equivocada, por problemas de *non bis in idem* y por la falta de regulación legal que permita esta solución, como sostiene MIR PUIG⁴¹⁷, pues el supuesto delito intentado sí ha llegado a producirse.

Este principio general de irrelevancia del error inverso necesita, sin embargo, algunos matices. En primer lugar, hay que considerar que si se parte de una concepción absolutamente subjetiva de la alevosía (postura que no sostenemos en este trabajo) el hecho de que el autor quiera emplear medios que tiendan a asegurar la ejecución del resultado determina la existencia de alevosía, sin que sea necesario que este aseguramiento exista desde un punto de vista objetivo: evidentemente, para quien no exige un elemento objetivo en la alevosía el hecho de que falte éste es irrelevante para su apreciación. En segundo lugar, el hecho de que haya error inverso no excluye automáticamente la alevosía si la víctima estaba indefensa de una manera distinta a la prevista por el autor. Pensemos en el ejemplo anterior en el que el autor espera a que la víctima se duerma para darle muerte, y, creyendo que ya está en ese estado, ataca estando la víctima aún despierta. Si el hecho de estar la víctima tumbada y con los ojos cerrados determina su indefensión, podrá considerarse que hay alevosía igualmente, aunque el origen de la indefensión (la postura vulnerable o el estado de relajación de la víctima) sea distinto al que el autor pensaba (el sueño). Es decir, sólo habrá error inverso en los casos en los que el autor creía que la víctima estaba indefensa y en realidad no lo estaba, mientras que no habrá error inverso en los casos en los que el autor creía que la víctima estaba indefensa por un motivo y lo estaba por otro.

⁴¹⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10ª Edición, Reppertor, 2015, pg. 282.

X – Los efectos de la alevosía

X.1 – Introducción. La identidad de la alevosía

Una vez estudiados los elementos integrantes de la alevosía, corresponde el estudio de sus efectos, esto es, las consecuencias jurídicas que la apreciación de la circunstancia produce en el delito y en la pena.

La alevosía se menciona en tres lugares distintos del código penal de 1995: el artículo 22.1 establece que es circunstancia agravante “*ejecutar el hecho con alevosía*”, pasando de manera inmediata a definir este concepto, de la manera en la que ha sido analizado a lo largo de este trabajo: “*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*”. El artículo 139 del mismo código penal de 1995 menciona de nuevo la alevosía, esta vez para establecer que “*será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes*”, siendo la primera de ellas “*con alevosía*”. Por último, el artículo 148, en el ámbito de las lesiones, dice que “*las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido*”, y, en la segunda de las formas agravadas, “*si hubiere mediado ensañamiento o alevosía*”.

Un primer problema que hay que resolver, aunque haya sido un problema omitido por la doctrina (a nuestro entender, por ser su solución evidente), es si la circunstancia de la alevosía es la misma en sus tres menciones en el código penal de 1995, esto es, si su contenido y los elementos que la integran son idénticos en todas sus aplicaciones. Este

problema tiene importancia en la circunstancia de ensañamiento, donde se define por dos veces la circunstancia, en el artículo 22.5 y en el 139.3 sin que ambas coincidan⁴¹⁸. Sin embargo, en el ámbito de la alevosía, sólo existe una definición de la circunstancia, en el artículo 22.1, y tanto el artículo 139.1 como el artículo 148.2 sólo nombran la circunstancia, sin definirla. A nuestro entender, resulta obvio que la circunstancia que estos dos artículos recogen es idéntica a la del artículo 22.1, precisamente por no definirla; entenderlo de otra manera, esto es, considerar que en el ámbito del homicidio y de las lesiones la alevosía tiene un contenido distinto a la circunstancia genérica del artículo 22.1, obligaría a definir de la nada sus elementos, produciéndose una inseguridad jurídica total. Como hemos adelantado, la doctrina no se ha detenido en este problema, a diferencia de lo que sucede en el ensañamiento, pero esto es así precisamente porque, al contrario que en el ensañamiento, en el ámbito de la alevosía la discusión no tendría sentido.

X.2 – El triple efecto de la alevosía en el código penal español

Las tres apariciones de la alevosía en el código penal de 1995 han llevado a buena parte de la doctrina⁴¹⁹ a considerar que la alevosía tiene un triple efecto en base a que la circunstancia adopta distinta naturaleza según su concreto ámbito de aplicación. Así, habría que distinguir los siguientes efectos, en su orden de aparición en el código: en primer lugar,

⁴¹⁸ El artículo 22.5 del código penal, aunque no menciona específicamente al ensañamiento, establece como circunstancia agravante “*aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito*”. Sin embargo, en el ámbito del asesinato, el 139.3 del mismo código requiere que el homicidio se produzca “*con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*”. Como se puede comprobar, los elementos que integran ambas definiciones no coinciden exactamente, por lo que, tal y como expone perfectamente ALONSO ALAMO, M., *El ensañamiento*, Comares, 2015, pgs. 100 y ss., se plantea doctrinalmente la cuestión de si existe una sola circunstancia de ensañamiento o varias.

⁴¹⁹ Por todos, CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 42. El autor se refiere a la alevosía en el código penal de 1944, pero el triple efecto de la alevosía se mantiene en la actualidad.

un efecto agravatorio general, en el artículo 22.1. Como veremos, sin embargo, este efecto agravatorio general puede ser discutido, en la medida en que la alevosía incluye un elemento normativo que restringe su aplicación a determinados delitos, cuestión que hemos tratado con más detenimiento en su apartado correspondiente. En segundo lugar, nos encontraríamos con un efecto cualificante en el artículo 139, en el ámbito del homicidio, que, si concurre alevosía, es transformado en un delito distinto, el asesinato. Este efecto será también discutido, no tanto por vía de la concreta aplicación de la alevosía al homicidio, sino por la cuestión sobre la naturaleza autónoma o no del delito de asesinato: si el asesinato es un delito independiente del homicidio, la alevosía tendrá consideración de elemento esencial del tipo, mientras que, si se considera que el asesinato es una forma de homicidio agravado, la alevosía tendrá efecto de circunstancia cualificativa. El tercer efecto, en las lesiones del artículo 148.2, será en cualquier caso el de circunstancia cualificativa, produciendo, como establece CAMARGO HERNÁNDEZ, “*el aumento de la pena que para el caso concreto se señala en la ley, bien imponiendo otra pena más grave, bien indicando el aumento que se ha de efectuar sobre la correspondiente al delito no circunstanciado*”.

X.2.1 – Breve excursio: el sistema de circunstancias en el derecho penal español

Antes de analizar los efectos de la circunstancia de alevosía, entendemos necesario realizar, si bien no de manera exhaustiva y sin pretender agotar la cuestión, un breve excursio sobre el panorama general del sistema de circunstancias en el derecho penal español, a efectos de dotar a la cuestión sobre los efectos de la alevosía de un telón de fondo, aún sea éste únicamente un bosquejo de la situación.

El sistema español de circunstancias modificativas del delito es particular, en tanto combina un catálogo de circunstancias generales en los

artículos 21⁴²⁰, 22⁴²¹ y 23⁴²² con la regulación, en la parte especial del código, de circunstancias especiales y cualificativas y elementos esenciales de los delitos que se trate.

⁴²⁰ Artículo 21 del código penal de 1995:

“Son circunstancias atenuantes:

1.^a Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

2.^a La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.^o del artículo anterior.

3.^a La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

4.^a La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

5.^a La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

6.^a La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

7.^a Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.”

⁴²¹ Artículo 22 del código penal de 1995:

“Son circunstancias agravantes:

1.^a Ejecutar el hecho con alevosía.

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

2.^a Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

3.^a Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

5.^a Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6.^a Obrar con abuso de confianza.

7.^a Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

8.^a Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido

Esta primera distinción nos parece fundamental, y requiere que se haga una consideración previa: la propia naturaleza de la palabra “circunstancia” hace referencia a lo accidental, a lo inesencial, esto es, a los elementos de los delitos que no son necesarios para que pueda apreciarse la concurrencia o no de un determinado tipo penal. Hay que dejar fuera del estudio de las circunstancias, por lo tanto, a aquellos elementos propios de los tipos penales que les son esenciales, pues éstos no serán “circunstancias”.

La doctrina⁴²³ ha distinguido, en esta línea, los siguientes grupos de circunstancias, en sentido más estricto o más amplio: en primer lugar, las circunstancias generales de los artículos 21 a 23, que siguen las reglas previstas para las mismas en la parte general. Dentro de la parte especial, habría que diferenciar las auténticas circunstancias especiales, aquellas que modulan la responsabilidad dentro del mismo marco penal del tipo básico (esto es, reduciendo este marco penal básico, ya sea para agravarlo, por ejemplo la imposición de la pena en su mitad superior, o para atenuarlo, como la imposición de la pena en su mitad inferior) de las circunstancias que crean un marco penal propio a partir del marco penal del tipo básico (imponiendo la pena superior o inferior en grado o un marco diferenciado), que dan lugar a delitos privilegiados o cualificados, que se sitúan en el punto intermedio entre los delitos circunstanciados (agravados

cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.”

⁴²² Artículo 23 del código penal de 1995:

“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.”

⁴²³ ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981, pgs 752 y ss, MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10ª edición, Reppertor, 2015, pgs. 630 y ss.

o atenuados) y los delitos independientes. Orbitando junto a estas circunstancias especiales y cualificativas estarían aquellos elementos esenciales de delitos “*sui generis*” o delitos independientes, que habría que situar absolutamente fuera del sistema de circunstancias, pues no son accidentales al delito, sino esenciales.

Este es, por lo tanto, el marco teórico en el que vamos a situarnos para la concreción de los efectos de la alevosía y su posibilidad de actuar como circunstancia general, circunstancia especial, circunstancia cualificativa o elemento esencial del tipo, según las distintas concreciones de la misma en la parte general y especial del código penal de 1995.

X.2.2 – El efecto cualificante general de la alevosía

En primer lugar, y por seguir el orden sistemático de aparición en el código penal de 1995, estudiaremos la mención a la alevosía en el artículo 22.1 de éste.

Como ya hemos introducido en el excurso, la función de la alevosía aquí sería, en principio, y antes del análisis de sus elementos, de agravante general, aplicable a todos los delitos de la parte especial del código penal de 1995 y sujeta también al régimen de la modificación de la pena por las circunstancias recogido en su artículo 66⁴²⁴.

⁴²⁴ Artículo 66 del código penal de 1995:

“1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.ª Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.ª Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

Sin embargo, esta primera consideración general ha de ponerse en discusión al examinar el contenido de la circunstancia. Como ya hemos estudiado en el apartado referente al elemento normativo de la alevosía, ésta sólo es aplicable a los delitos contra las personas, por lo que la naturaleza de circunstancia general ha de ser puesta en entredicho. Es cierto que pocas circunstancias generales pueden ser aplicadas a la totalidad de los delitos, pues sus propios elementos limitan a qué delitos se aplica: el ensañamiento, por ejemplo, como circunstancia general, requiere *“aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”*, lo cual evidentemente lo hace únicamente aplicable a los delitos en los que haya una víctima, no pudiendo ser nunca aplicable, por ejemplo, a los delitos contra el patrimonio histórico o contra el medio ambiente. La alevosía, sin embargo, como ya hemos estudiado, introduce un elemento normativo específico adicional, por lo que su aplicabilidad dependerá de qué se entienda por “delitos contra las personas”.

4.^a Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5.^a Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.^a Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8.^a Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.”

En su interpretación más restrictiva, como ya estudiamos anteriormente, los delitos contra las personas serían únicamente el homicidio y las lesiones. En este caso, el efecto agravatorio general de la alevosía quedaría vacío y su inclusión en el artículo 22.1 sería innecesaria por inaplicable, puesto que tanto en el marco del homicidio como en el de las lesiones se recoge un tratamiento específico de la circunstancia. En cambio, en concepciones más amplias del elemento normativo de la alevosía, como la que sostenemos en este trabajo, la alevosía podrá desplegar su efecto agravatorio general en delitos como el de detención ilegal o en el marco de los delitos contra la libertad sexual, y en estos contextos le serán aplicables las reglas de la parte general sobre determinación de la pena, concretamente las previstas en el ya mencionado artículo 66.

X.2.3 – El efecto de la alevosía en el homicidio. Breve excursio: la naturaleza del delito de asesinato

Las circunstancias del artículo 139 del código penal que convierten al homicidio en asesinato no tienen, en el propio código, una naturaleza definida. La cuestión se relaciona íntimamente con la naturaleza, respecto de su autonomía, del delito de asesinato. Así, si el delito de asesinato se considera un delito independiente, estas “circunstancias” serían en realidad elementos esenciales del tipo, y por lo tanto el efecto de la alevosía no sería el de una circunstancia, ni especial ni cualificante, de acuerdo con la clasificación que hemos defendido en el primer excursio. Por el contrario, si el delito de asesinato se considera como una figura cualificada del delito de homicidio, las circunstancias enumeradas en el artículo 139 tendrán tal consideración y efectos.

La cuestión de la independencia del delito de asesinato no es la central de este trabajo, y por lo tanto no nos dedicaremos extensamente a ella⁴²⁵, pero sí es necesario apuntar los principales argumentos a favor de su consideración como delito independiente, así como los principales motivos por los que el delito de asesinato puede ser considerado un homicidio agravado (o, más precisamente, en el esquema que mantenemos aquí, un homicidio cualificado), al establecer el código penal un marco penal distinto al del homicidio). El debate, considera ÁLVAREZ GARCÍA, resulta especialmente complejo porque “*no resulta posible —a pesar de los esfuerzos de la doctrina a los que se refiere CUELLO CONTRERAS— proporcionar unas reglas claras y precisas para determinar en qué casos estamos ante un tipo derivado y en cuáles ante uno autónomo; de ahí, precisamente, la existencia de una interminable polémica alrededor de la relación entre ciertas tipologías*”⁴²⁶.

A favor de la autonomía del asesinato se han sostenido en la doctrina, principalmente, los siguientes argumentos⁴²⁷: el argumento histórico sostiene que tradicionalmente ambas figuras han estado diferenciadas por la distinta consecuencia jurídica de una y otra, pues se imponía pena de prisión en el caso del homicidio y pena de muerte en el caso del asesinato⁴²⁸. Este argumento histórico lo consideran también, respecto de la nueva situación de los delitos contra la vida tras la reforma operada por la L.O. 1/2015, ALONSO ÁLAMO⁴²⁹ (sin llegar la autora al

⁴²⁵ Un desarrollo integral y completo de esta cuestión puede encontrarse, por ejemplo, en PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, BdeF, 2014.

⁴²⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Derecho penal español, parte especial*, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2011, pg. 81.

⁴²⁷ Defiende la autonomía del asesinato respecto del homicidio, pero su postura no puede situarse fácilmente en los argumentos siguientes, GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., y GRACIA MARTÍN, L., (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 1997, pg. 34 y ss.

⁴²⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 21ª edición, Tirant lo Blanch, 2017, pg. 43.

⁴²⁹ ALONSO ALAMO, M., *La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015*, Cuadernos de Política Criminal, Número 117, pg. 15. Entiende la autora, tras poner de manifiesto las dudas sobre la conveniencia de la permanencia legislativa del asesinato tras

punto de sostener la independencia entre el asesinato y el homicidio), MUÑOZ CONDE⁴³⁰ y MAPELLI CAFFARENA⁴³¹. La nueva regulación reserva a determinados casos de asesinato la pena de prisión permanente revisable, si bien otros asesinatos siguen castigándose con pena de prisión. El argumento histórico tiene también una faceta sistemática: hasta el código penal de 1932 el asesinato se regulaba en un capítulo específico y diferenciado del homicidio⁴³². Otro argumento manejado por los autores que defienden esta postura es el de la mayor significación social del asesinato⁴³³, considerando que socialmente éste se concibe no como un mero homicidio agravado, sino como un auténtico tipo diferenciado. El argumento del *nomen iuris*, finalmente, considera que la distinción entre ambas figuras se sustenta por la propia denominación del tipo, “asesinato”, palabra distinta a “homicidio”⁴³⁴.

la supresión legislativa de la pena de muerte, que “con la introducción de la pena de prisión permanente revisable las dudas se disipan. El legislador ya tiene una razón para no sólo mantener sino incluso ampliar y agravar el asesinato”. Estas dudas sobre la persistencia del delito de asesinato en relación con la prohibición constitucional de la pena de muerte habían sido ya puestas de manifiesto por TORÍO LÓPEZ, A., *Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)*, en *Repercusiones de la Constitución en el derecho penal*, Universidad de Deusto, 1983, pg. 95, que considera que “el movimiento abolicionista de la pena capital y el planteamiento de la posible inconstitucionalidad de la reclusión perpetua hacen controvertible tanto la pervivencia como el contenido del delito de asesinato”. Referencia también el autor a ARZT, que, siguiendo a LISZT, entiende que “no se acude a la reclusión perpetua por haber casos graves de homicidio, sino porque al disponer de la reclusión perpetua, se hace preciso un campo de aplicación, que viene proporcionado por aquellos”.

⁴³⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 21ª edición, Tirant lo Blanch, 2017, pg. 43.

⁴³¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Alevosía y poder. El fundamento preventivo general del asesinato alevoso*, en *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol. I, Reus, Madrid, 2020, pg. 754.

⁴³² QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español, parte especial*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2015, pg 56

⁴³³ TORÍO LÓPEZ, A., *Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)*, en *Repercusiones de la Constitución en el derecho penal*, Universidad de Deusto, 1983, pg. 103, más modernamente se recoge este argumento también en QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español, parte especial*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2015, pg 56. También MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 21ª edición, Tirant lo Blanch, 2017, pg. 43.

⁴³⁴ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de derecho penal, parte especial*, 4ª edición, Dykinson, 2017, pgs. 23 y 24

Estos tres argumentos tienen, sin embargo, su reflejo también como posibilidad de justificar la postura contraria, esto es, la consideración de que el asesinato es un homicidio agravado: así, el argumento histórico-sistemático puede discutirse en tanto en cuanto la inclusión del asesinato en el mismo capítulo que el homicidio puede revelar precisamente la nueva intención del legislador de considerar ambos tipos como formas diferenciadas de la misma figura. El argumento histórico-penológico y, sobre todo, la versión actual de MUÑOZ CONDE se enfrenta al problema de diferenciar entre distintos asesinatos, puesto que hay asesinatos castigados con pena de prisión y asesinatos castigados con pena de prisión permanente revisable, por lo que la distinción entre ambas figuras no se realizaría entre homicidio y asesinato, sino más bien entre homicidio y asesinato castigado con prisión ordinaria por un lado y asesinato castigado con prisión permanente revisable por otro, lo cual parece una distinción bastante arbitraria en tanto en cuanto se hace depender la naturaleza de una figura de su consecuencia jurídica, figuras en principio distintas. El argumento de la mayor significación social del asesinato no conduce de manera necesaria, en nuestra opinión, a la diferencia cualitativa entre homicidio y asesinato: es perfectamente posible entender que la sociedad considera como un delito especialmente grave el asesinato sin que éste sea una figura independiente. Por último, el argumento del *nomen iuris* se enfrenta al problema del propio *nomen iuris* que el legislador otorga a todo el Título Primero del Libro Segundo del código penal de 1995: “del homicidio y sus formas”. La expresión “(...) como reo de (...)” aparece intermitentemente en el código y no debe ser entendida, a nuestro parecer, como una significación de qué delitos son independientes, sino más bien como un recurso estilístico, histórico o incluso propagandístico, para dar mayor fuerza o publicidad a una figura determinada, como sucedió en la reforma del delito de violación del año 1999, que modificó el artículo 179 únicamente para introducir la expresión “(...) como reo de violación, (...)” a

la descripción de los hechos. Esta denominación de los distintos tipos no determina, a nuestro entender, su auténtica naturaleza⁴³⁵.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, pueden aportarse nuevos argumentos a favor de una u otra postura⁴³⁶. El nuevo artículo 138.2⁴³⁷ introduce una nueva circunstancia agravante, consistente en que concurra en la comisión alguna de las circunstancias descritas en el artículo 140 o que los hechos sean, además, constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 del código penal, estableciéndose la pena superior en grado, esto es, de quince a veintidós años y medio de prisión. Paralelamente, el asesinato queda regulado de manera similar a antes de

⁴³⁵ Otras posturas a favor de la consideración del asesinato como un homicidio agravado pueden encontrarse en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Derecho penal español, parte especial*, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2011, pg. 82: “*existe una sustancial identidad entre homicidio y asesinato, pues en ambos casos se trata de dar la muerte a una persona con cualquier medio, y la agravación se va a referir, exclusivamente, a los motivos que llevaron al autor a la causación de esa muerte (precio), a finalidades añadidas por el autor en la ejecución de la muerte que proyecta sobre el cuerpo o la mente de la víctima (ensañamiento), o al mayor desvalimiento —buscado— de la víctima (alevosía); es decir, todos supuestos —y de ahí que haya correspondencia de las circunstancias específicas del asesinato con las genéricas del art. 22 CP— típicos de agravación y no de autonomía delictiva*”. Añade también el autor que “*el tipo de asesinato está necesitado de la figura del homicidio, sin la cual se llegaría a conclusiones imposibles de compartir en algunos supuestos conflictivos; así, en casos de participación en los que no sea posible comunicar la circunstancia, o de error sobre esta última*”, e igualmente que “*estructuralmente, el asesinato se compone sobre el homicidio considerado como tipo básico; efectivamente, en la definición de la conducta del asesinato la referencia es al “matarse a otro” —es decir, la conducta homicida— a lo que se añade alguna circunstancia; con lo que se respeta la estructura de tipo básico/tipo agravado*”.

⁴³⁶ Así, por ejemplo, MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord), *Comentarios al código penal español*, 7ª edición, Aranzadi, 2016, pg. 969, considera que la reforma de 2015 “*asesta una “puñalada mortal” a los principios que habían presidido la configuración de los delitos de homicidio y asesinato en la redacción originaria de 1995*”. Considera el autor que “*tras la reforma de 2015 queda comprometida la interpretación del asesinato como un homicidio agravado en atención a las circunstancias específicas que suponen un incremento del desvalor de la conducta*”.

⁴³⁷ Artículo 138 del código penal de 1995:

“1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.
2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:
a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o
b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.”

la reforma, si bien añadiendo una nueva circunstancia cualificativa (que la muerte se produzca “*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*”). Al caso anterior de asesinato agravado se añaden dos nuevas formas de agravación del asesinato: que se cumpla una de las circunstancias del nuevo artículo 140⁴³⁸ o que haya dos o más víctimas. Esta nueva regulación de los delitos contra la vida puede complicar la discusión sobre la autonomía del asesinato, puesto que ahora se establece un homicidio agravado que en ningún caso es asesinato (regulado en el artículo 138.2, que se remite a las circunstancias del artículo 140) junto a un segundo tipo de homicidio, ésta vez cualificado, que sí sería asesinato, siendo, además, que ambas figuras tienen una pena muy similar (quince a veintidós años y medio el homicidio agravado del artículo 138.2 y quince a veinticinco años el asesinato del artículo 139). Adicionalmente, las mismas circunstancias del artículo 140 que agravan el homicidio básico agravan también el asesinato, convirtiéndolo en un tipo circunstanciado. La estructura de los delitos contra la vida es así más complicada si se considera el asesinato como un homicidio agravado, pues del tipo básico de homicidio surgirían dos tipos agravados distintos, homicidio del artículo 138.2 (esto es, que concurren las circunstancias del artículo 140) y asesinato, y éste quedaría a su vez hiperagravado por las circunstancias del artículo 140, por cometerse el delito mediando dos circunstancias cualificativas o por haber dos o más víctimas. Si se considera el asesinato

⁴³⁸ Artículo 140 del código penal de 1995:

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

1.^a *Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.*

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

3.^a *Que el delito se hubiera cometido por quien pertenezca a un grupo u organización criminal.*

2. *Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo”.*

como un delito independiente el esquema es más sencillo: existiría el tipo básico del homicidio, con una forma agravada (del artículo 138.2), y el tipo básico del asesinato, con tres formas agravadas (que concurren dos circunstancias cualificativas, que concorra alguna de las circunstancias del artículo 140 o que haya dos o más víctimas). No nos parece, sin embargo, que la mayor sencillez del segundo esquema sea un argumento definitivo, más teniendo en cuenta que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 no parece seguir una línea demasiado coherente en cuanto a la distinta gravedad de las figuras que introduce; sirva como ejemplo la siguiente incoherencia interna del nuevo sistema: un asesinato en el que concurren dos circunstancias cualificativas del artículo 139 (supongamos, por ejemplo, alevosía y ensañamiento) se castiga de forma más leve que un asesinato en el que concurre una circunstancia del artículo 139 y una del artículo 140 (por ejemplo, alevosía sobre una víctima menor de quince años⁴³⁹), pues el primer caso está castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años en su mitad superior, veinte a veinticinco años, y el segundo con la pena de prisión permanente revisable, por lo que resulta evidente que las circunstancias del artículo 140 tienen una carga agravatoria mayor que las del artículo 139. Sin embargo, en el marco del homicidio básico, que concorra sólo una circunstancia del artículo 139 se castiga, como asesinato, de quince a veinticinco años, y que concorra sólo una circunstancia del artículo 140 se castiga con pena más leve, con prisión de quince a veintidós años y medio, por lo que en este contexto la carga agravatoria de las circunstancias del artículo 140 es menor que las del artículo 139. No podemos concederle a la Ley Orgánica 1/2015, por lo tanto, la autoridad suficiente como para alterar la naturaleza de los delitos contra la vida.

⁴³⁹ Aún puede complicarse más la discusión si tenemos en cuenta la posibilidad o no de que la alevosía sea compatible con la circunstancia del artículo 140.1.1ª. En este punto del trabajo, sin embargo, no nos ocupamos aún de ello, dando provisionalmente por bueno y sólo a efectos ilustrativos que ambas figuras son compatibles.

Consideramos, en conclusión, que la clasificación de los tipos en autónomos o modificados no es una cuestión natural, y que, por lo tanto, ambos modelos pueden aceptarse. No creemos que pueda argumentarse de manera definitiva a favor de una u otra postura, pues la propia dinámica estructural del código penal de 1995 es más voluntaria que otra cosa. En este caso concreto, la intención del legislador no resulta clara, pues hay sólidos argumentos tanto a favor de la sustantividad del asesinato como de su consideración como figura agravada. La propia redacción del código se presta a ambas interpretaciones, y por lo tanto consideramos más apropiado decantarnos por una u otra postura en función de las consecuencias prácticas que ésta conlleve. En nuestra opinión, es preferible la consideración del asesinato como un homicidio agravado: en primer lugar, por los efectos que esto tiene sobre participación y comunicabilidad de las circunstancias, alterándose el título de imputación en los distintos autores o partícipes aunque no concurren las circunstancias del asesinato en todos ellos, y, en segundo lugar, por una cuestión interpretativa y hasta pedagógica, dado que formalmente la estructura del artículo 139 es idéntica a la de otras figuras agravadas, con la única diferencia de que se añade la fórmula “(...) como reo de asesinato (...)”.

El efecto de la alevosía en el homicidio es, por lo tanto, para nosotros, el de circunstancia cualificativa, dentro del marco general que sostenemos que diferencia circunstancia general, circunstancia especial, circunstancia cualificativa y elemento esencial del tipo, pues el efecto que tiene la alevosía en el homicidio es el de crear un marco penal específico y distinto al del tipo básico, concretamente la pena de prisión de quince a veinticinco años en lugar de la pena básica de prisión de diez a quince años.

X.2.4 – El efecto de la alevosía en las lesiones

La discusión sobre el efecto de la alevosía en las lesiones tiene mucha menos entidad que en el ámbito del homicidio, en tanto en cuanto no hay discusión sobre la naturaleza cualificada de las lesiones comprendidas en el artículo 148.2. El nuevo marco penal que crea esta circunstancia es de prisión de dos a cinco años sobre el marco básico de prisión de tres meses a tres años, por lo que, aunque parte del marco coincida (en ambos casos puede castigarse a una pena de prisión de dos a tres años), la figura resultante de la aplicación de la alevosía a las lesiones es un delito cualificado.

X.2.5 – La inherencia de la alevosía en el delito de tortura

Como adelantamos brevemente en el estudio del elemento normativo de la alevosía, ha existido un debate doctrinal sobre la inherencia de la alevosía en el delito de tortura, esto es, si por aplicación del artículo 67 del código penal de 1995⁴⁴⁰ ⁴⁴¹ ha de considerarse que el delito de tortura implica necesariamente la comisión alevosa por parte del autor, en cuyo caso no podrá apreciarse, o si cabe la tortura sin alevosía, en cuyo caso podría aplicarse la agravante al tipo básico. La razón de no mantener la discusión en el ámbito del elemento normativo, como vimos, es que el debate doctrinal no se ha centrado tanto en si la tortura es o no un delito contra las personas como en si en los elementos de la tortura podemos encontrar inherentemente también los de la alevosía.

⁴⁴⁰ Artículo 67 del código penal de 1995:

“Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

Buena parte de esta discusión doctrinal se produjo con anterioridad a la vigencia del código penal de 1995. El debate no es idéntico en el régimen introducido por la Ley 31/1978, de 17 de julio, de modificación del Código Penal para la tipificar el delito de tortura y en el vigente código penal de 1995, por lo que dejamos aquí la reserva de que las posturas anteriores a 1995 se refieren a un régimen jurídico de la tortura diferente.

En concreto, el artículo 204 bis⁴⁴² introducido en la reforma de 1978 regulaba la tortura básicamente de dos maneras: los tres primeros párrafos establecían penas específicas para delitos ya existentes para el caso de que fueran cometidos por funcionarios públicos en un ámbito y con unos fines determinados, mientras que el cuarto párrafo introducía un nuevo comportamiento no referido a figuras típicas preexistentes: concretamente el someter al interrogado *“a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad”*.

Con posterioridad a la entrada en vigor del código penal de 1995, la tortura queda definida en todos los casos de manera autónoma en su

⁴⁴² En concreto, la tortura del antiguo artículo 204 bis del código penal se regulaba así:

“La Autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos uno y cuatro del título ocho y capítulo seis del título doce de este Código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial.

Si con el mismo fin ejecutaren alguno de los actos penados en los artículos quinientos ochenta y dos, quinientos ochenta y tres, número uno, y quinientos ochenta y cinco, el hecho se reputará delito y serán castigados con las penas de arresto mayor y suspensión. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la Autoridad o funcionario de Instituciones Penitenciarias que cometiere, respecto de detenidos o presos, los actos a que se refieren los párrafos anteriores.

La Autoridad o funcionario público que en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad, será castigado con la pena de arresto mayor e inhabilitación especial.

Igualmente se impondrán las penas establecidas en los párrafos precedentes a la Autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.”

artículo 174.1: “Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral”. La referencia a la comisión conjunta de la tortura junto a otros delitos (lesiones, daño a la vida o integridad sexual, etc.) queda resuelta ahora con una regla concursal especial en el artículo 177: “Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley.”

MAQUEDA ABREU sostiene que “*la alevosía e incluso aunque más dudosamente el ensañamiento están ya implícitas en el tipo de tortura*”, por lo que, entiende la autora, no puede apreciarse nunca el delito de tortura con agravante de alevosía al producirse ésta automáticamente en esta figura⁴⁴³.

De distinta opinión es DE LA CUESTA ARZAMENDI, que considera que, si bien “*de la propia caracterización de la tortura como abuso de poder por parte de un funcionario y la exigencia simultánea de que el sujeto se encuentre en una situación de sujeción (al menos, “de hecho”)* se desprende, a mi juicio con claridad la inherencia a la tortura del abuso de

⁴⁴³ MAQUEDA ABREU, M. L., *La tortura y otros tratos humanos inhumanos o degradantes*, ADPCP, 39, 1986, pg. 457.

*superioridad*⁴⁴⁴. El autor, sin embargo, discute que pueda realizarse el mismo razonamiento con la alevosía: “*aun cuando la articulación de medios para el aseguramiento del resultado, excluyendo toda posibilidad de defensa por parte de la víctima, sea ciertamente lo habitual en la mayor parte de los casos, personalmente me inclino por negar la inherencia de la alevosía, por ser perfectamente imaginables supuestos de tortura en los que no se den las circunstancias exigibles por la concurrencia de aquella circunstancia*”. Como vemos, el caso de que puedan existir supuestos de tortura sin alevosía, si bien estadísticamente infrecuentes, implica necesariamente que ésta no es inherente al tipo básico y por lo tanto debe apreciarse siempre que se produzca, que será la mayor parte de las ocasiones.

Para BARQUÍN SANZ (que, recordemos, plantea su tesis en el marco del sistema anterior al código penal de 1995) el problema ha de quedar referido a los tipos complejos y específicos de los tres primeros párrafos del artículo 204 bis, puesto que el tipo básico de tortura queda excluido de la alevosía por no tratarse de un delito contra las personas⁴⁴⁵. Dentro de éstos, la alevosía sólo será aplicable a los párrafos referidos a los delitos contra la vida y la integridad, no pudiéndose aplicar la alevosía a la tortura consistente, por ejemplo, en coacciones o amenazas. En estos casos, considera BARQUÍN SANZ que “*dadas las especiales características de los posibles sujetos activos del artículo 204 bis, que normalmente estarán armados, y dadas las precauciones que, por obligación de su cargo, deben adoptar a la hora de los interrogatorios, la eliminación de un peligro proveniente del interrogado debe considerarse inherente a la conducta típica*”. En otra obra⁴⁴⁶, ya refiriéndose a la

⁴⁴⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del código penal*, Bosch, 1990, pg. 68.

⁴⁴⁵ BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Edersa, 1992, pgs. 301 a 306.

⁴⁴⁶ BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, 2001, pg. 138.

regulación actual, el autor entiende que *“aunque el delito no exige expresamente que deba existir una clase de relación específica entre los sujetos, sí parece razonable el requisito de que el sujeto pasivo tenga que estar sometido de algún modo al poder de hecho del sujeto activo, sobre todo en atención a la necesidad, en términos de política criminal, de circunscribir el ámbito de aplicación del artículo 173 CP, así como con la propia exigencia típica de que el menoscabo de la integridad moral sea grave”*. Añade el autor a continuación que *“este contexto hace poco viable la apreciación del abuso de superioridad, sobre todo, y, en parte, de la alevosía”*.

Para RODRÍGUEZ MESA parte de la reflexión de que *“si una de las características propias de la tortura es la situación de indefensión en la que se coloca al sujeto pasivo, y el fundamento de la alevosía es el de mayor facilidad para realizar el delito y la menor posibilidad de defensa frente al mismo, podría entenderse que la alevosía es incompatible con el delito de tortura”*⁴⁴⁷. La autora considera, sin embargo, a continuación, que ésta es una definición demasiado acotada de la alevosía, cuyo fundamento no es tanto la condición del sujeto pasivo sino *“el elemento subjetivo especial, constituido por determinados fines, a los que se ordena la elección de los medios o formas ejecutivas; por ello, y aunque es difícil de imaginar en la práctica, la alevosía no se puede considerar, con carácter general, inherente al delito de tortura”*.

A nuestro entender, un correcto enfoque del problema exige dividir de manera correcta los distintos actos que genéricamente conocemos como “tortura”, e igualmente delimitar correctamente cuáles son los distintos injustos que se producen en estos contextos.

⁴⁴⁷ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, 2000, pgs. 301 y 302.

En la regulación vigente del código penal, el atentado contra la integridad moral sucede de manera independiente de cada uno de los actos específicos que se puedan producir, tal y como establece el ya examinado artículo 177 del código penal de 1995. Esto significa que, por un lado, tenemos el atentado contra la integridad moral general, que exige, como hemos visto, el requisito de que el agente de la autoridad esté “abusando de su cargo”. A nuestro entender, este abuso implica necesariamente el anular la capacidad de resistencia de la víctima y por lo tanto la alevosía es inherente al delito de tortura.

No sucede lo mismo, sin embargo, con otros delitos que puedan producirse en el contexto de la tortura y que han de ser tipificados distintamente de este atentado contra la integridad moral. En los actos concretos contra la integridad física sí puede diferenciarse la comisión sin aprovecharse de la relación de superioridad entre el agente y el interrogado: no es difícil de imaginar, por ejemplo, el comportamiento del agente de la autoridad que, para reafirmar su fuerza o demostrar su superioridad al interrogado, se enfrenta a éste en una pelea en condiciones de igualdad. Si bien este comportamiento se encuentra dentro de un contexto de sometimiento del interrogado, la concreta lesión puede aislarse y analizarse separadamente de este contexto. A nuestro entender, que el artículo 177 faculte (y de hecho, obligue) a castigar los hechos que lesionen bienes jurídicos separadamente del atentado contra la integridad moral permite diferenciar y aislar los concretos espacios temporales en los que éstos suceden. En nuestro ejemplo anterior, si el agente se encierra a solas con el interrogado para vencerle en una pelea igualada (con la intención, por ejemplo, de dejarle claro que es la persona más débil y que por lo tanto ha de someterse), cabrá apreciar un delito de lesiones por el resultado producido, pero la concreta agresión no se habrá realizado de manera alevosa. Pero también podemos imaginar los hechos de otra forma: por ejemplo, si ese mismo agente se encierra a solas con el interrogado, que

ha sido maltratado anteriormente y se encuentra débil e indefenso por su estancia en el centro de detención, cabe apreciar la alevosía al estar aprovechándose el autor de una situación de indefensión previa por él conocida (y quizá producida).

En definitiva, el delito de tortura en sentido estricto (esto es, el tipificado en los artículos 174 y 175 del código penal) implica, a nuestro entender, una situación de desvalimiento de la víctima, comprendida en el requisito de que se abuse del cargo, que excluye la apreciación de la alevosía. Sí podrá apreciarse la circunstancia, sin embargo, en aquellos delitos que hayan de valorarse separadamente por aplicación del artículo 177 del código penal siempre que se den el resto de requisitos exigidos por la alevosía y no se tenga en cuenta la situación de desvalimiento tanto en la apreciación del delito de tortura de los artículos 174 y 175 del código penal como en las lesiones o el homicidio eventualmente producidos, que han de castigarse independientemente en virtud del artículo 177, o habría vulneración del principio *non bis in idem*.

XI – La comunicabilidad de la alevosía

La comunicabilidad de las circunstancias se regula, con carácter general, en los dos primeros epígrafes del artículo 65 del código penal de 1995^{448 449}. A primera vista, la cuestión parece ser dilucidar si la alevosía pertenece a la categoría del primer epígrafe, esto es, si es una circunstancia que consiste en cualquier causa de naturaleza personal, o si pertenece a la categoría del segundo epígrafe, esto es, si consiste en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla.

La discusión, sin embargo, requiere la solución de dos problemas previos. En primer lugar, habremos de resolver si el artículo 65 del código penal se refiere exclusivamente a las circunstancias de sus Capítulos III, IV y V del Título Primero, esto es, a las circunstancias atenuantes, agravantes y mixta de la parte general (artículos 22, 23 y 24), o si también ha de aplicarse a las circunstancias de la parte especial del código, esto es, aquellas que no aparecen en los artículos anteriormente mencionados, sino que se describen y desarrollan en cada uno de los tipos específicos a los que se aplican. En segundo lugar, antes de clasificar a la alevosía como circunstancia del epígrafe primero o del epígrafe segundo del artículo 65 habrá que precisar exactamente en qué consisten los criterios

⁴⁴⁸ Artículo 65 del código penal de 1995:

“1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.”

⁴⁴⁹ El artículo 65 del código penal de 1995 estaba regulado con anterioridad en el artículo 60. El cambio es irrelevante respecto de su contenido, pues es idéntico, pero el cambio de numeración requiere aclararse puesto que citaremos autores que hacen referencia al artículo 60 del código penal refiriéndose al actual artículo 65.

clasificatorios de este artículo para determinar a cuál de ellos pertenece nuestra circunstancia.

XI.1 – Primer excursus: la posibilidad de aplicación del artículo 65 del código penal a la parte especial

Como hemos explorado en capítulos anteriores, los efectos de la alevosía no son los mismos según a qué delitos se aplique. Veíamos así en el capítulo referente a los efectos de esta circunstancia que éstos dependían de cómo interpretásemos la expresión “delitos contra las personas” del artículo 22.1 del código penal, esto es, el elemento normativo de la alevosía que exige que el tipo al que se aplique sea uno de estos delitos. A efectos recordatorios, decíamos allí que la interpretación más restrictiva posible de este término, que identifica “delitos contra las personas” con únicamente los delitos de homicidio y de lesiones, dejaba sin efectos agravatorios generales a la alevosía, pues sus efectos sobre estos delitos están específicamente previstos en la parte especial y no es aplicable lo previsto en la parte general del código. Una interpretación más amplia del concepto “delitos contra las personas”, como la que hemos defendido en este trabajo, extiende esta cualidad de “delitos contra las personas” no sólo a homicidio y lesiones, sino a cualquier delito en los que haya víctimas y en los que sea posible una forma de comisión violenta, como puede ser el delito de detención ilegal o la agresión sexual, delitos para los que la alevosía no tiene efectos específicos más allá de los regulados en la parte general del código. Para nosotros, como ya dijimos, la alevosía tiene diferentes efectos según a qué delitos se aplique: es circunstancia cualificativa en homicidio y lesiones y es circunstancia agravante general en el resto de delitos contra las personas a los que es aplicable.

La cuestión sobre la aplicabilidad del artículo 65 a la parte especial del código añade una nueva capa a este debate: si, partiendo de nuestra postura sobre los efectos de la alevosía como circunstancia general y como circunstancia cualificativa, consideramos que el artículo 65 sólo es aplicable a las circunstancias de la parte general, la comunicabilidad de la alevosía tendrá un régimen en los delitos contra las personas distintos a homicidio y lesiones y un régimen diferente en el homicidio y las lesiones, pues en aquellos se aplicará lo previsto en el artículo 65 y en éstos no. Por el contrario, si consideramos que el artículo 65 puede aplicarse también a las circunstancias recogidas en la parte especial del código, el régimen contenido en éste se aplicará tanto si la alevosía despliega efectos como circunstancia cualificativa (en homicidio y lesiones) como si despliega efectos como circunstancia general (en otros delitos contra las personas).

A favor de la aplicación del artículo 65 a la parte especial del código podemos citar a CEREZO MIR, que considera, en primer lugar, que esta postura *“permite una mayor individualización de las responsabilidades y lleva por ello, a consecuencias más justas que la postura contraria”* ⁴⁵⁰. El autor acude también a lo previsto en el artículo 67 del código penal de 1995, que establece que las reglas de determinación de la pena del artículo 66 no se aplicarán a las circunstancias de la parte especial del código. CEREZO MIR considera que esto significa, *sensu contrario*, *“que lo dispuesto en los restantes artículos, entre ellos el 65, sí es aplicable a las agravantes o atenuantes utilizadas en la Parte Especial para formar tipos agravados o atenuados”*. Otros autores que han defendido la aplicabilidad del artículo 65 del código penal a la parte especial de éste y la no ruptura de la unidad del título de imputación al no ser las circunstancias de la parte especial del código penal elementos esenciales de los tipos han sido

⁴⁵⁰ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, Tomo III, 6ª edición, Tecnos, 2005, pgs. 237 y 238.

CAMARGO HERNÁNDEZ⁴⁵¹, GRACIA MARTÍN⁴⁵², SUÁREZ GONZÁLEZ⁴⁵³, JORGE BARREIRO⁴⁵⁴ o ALONSO ÁLAMO⁴⁵⁵.

En contra de la aplicación del artículo 65 a la parte especial del código encontramos a MIR PUIG, que defiende que estas reglas “se refieren sólo a las circunstancias atenuantes o agravantes en sentido estricto (arts. 21 a 23 CP), por lo que no son aplicables directamente a los “elementos típicos accidentales” previstos en la Parte Especial” ⁴⁵⁶. También se han manifestado en contra de la aplicación del artículo 65 a las circunstancias de la parte especial del código penal, por considerarlas elementos esenciales de los tipos y no auténticamente circunstancias, GIMBERNAT ORDEIG⁴⁵⁷, RODRÍGUEZ DEVESA⁴⁵⁸ o MORALES PRATS⁴⁵⁹.

Como puede verse, la discusión sobre la aplicabilidad del artículo 65 del código penal a la parte especial está lejos de estar cerrada, al ser consecuencia, en gran medida, de la discusión sobre la autonomía de los tipos cualificados. Si los tipos diferenciados de la parte especial del código se consideran delitos autónomos, aquellos elementos que los diferencian de los tipos básicos serán esenciales y no circunstancias, y por lo tanto el artículo 65 no les será aplicable. Si se considera, por el contrario, que los

⁴⁵¹ CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La premeditación*, Bosch, 1958, pgs. 155 y 156.

⁴⁵² GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 1993, pgs. 140 y 141.

⁴⁵³ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al código penal*, Civitas, 1997, pg. 253.

⁴⁵⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al código penal*, Civitas, 1997, pg. 403.

⁴⁵⁵ ALONSO ALAMO, M., *El ensañamiento*, Comares, 2015, pgs. 139 y ss.

⁴⁵⁶ MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10ª edición, Reppertor, 2015, pgs. 632 y 633.

⁴⁵⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, 1966, pgs. 265 y ss.

⁴⁵⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, 18ª edición, Dykinson, 1995, pgs. 50 y 51.

⁴⁵⁹ MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al código penal español*, 7ª edición, Aranzadi, 2016, pgs. 972 y ss.

elementos diferenciadores de los tipos de la parte especial son circunstancias agravantes o atenuantes de otros tipos básicos, sí les podrá ser aplicable el régimen de circunstancias previsto en el artículo 65. Así lo sintetiza mejor que nosotros BOLDOVA PASAMAR: *“hoy parece que definitivamente constituye communis opinio, al menos en la doctrina, que el artículo 60 no puede ser aplicado a los elementos constitutivos o fundamentadores de los tipos. De modo tal que si algún autor estima aplicable el artículo 60 a ciertos elementos configuradores de los delitos de la Parte Especial es porque en el caso concreto, o bien mantiene que dichos elementos siguen siendo en el fondo circunstancias, o bien niega que tales conformen un delito independiente”*⁴⁶⁰. Si consideramos, como se defiende en este trabajo, que en la parte especial del código penal existen delitos cualificados que no son autónomos, sino que son formas agravadas de tipos básicos, los elementos que los cualifican son auténticas circunstancias y será defendible la aplicación del artículo 65 a ellas. Como ya hemos defendido en otros capítulos, consideramos que la solución que permite una mayor individualización de la responsabilidad y un tratamiento más justo a la auténtica culpabilidad de cada uno de los partícipes es considerar la coexistencia, en la parte especial del código penal, de elementos constitutivos de delitos *sui generis* junto a circunstancias especiales y circunstancias cualificativas, siendo el artículo 65 aplicable a estas últimas.

XI.2 – Segundo excursus: la naturaleza de las circunstancias en atención a los epígrafes primero y segundo del artículo 65 del código penal

⁴⁶⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Universidad de Zaragoza, 1995, pg. 55.

El segundo problema que debemos afrontar antes de resolver a qué tipo de circunstancia de las enunciadas en el artículo 65 pertenece la alevosía es delimitar con precisión a qué se refieren ambos epígrafes.

En la doctrina española, en palabras de DÍEZ RIPOLLÉS, se venía produciendo una “*triple relación de conceptos*” que vinculaba la cuestión de la comunicabilidad de las circunstancias del artículo 65 (entonces, recordemos, artículo 60) a la naturaleza objetiva o subjetiva de ellas, e igualmente a su afección a la antijuricidad o a la culpabilidad⁴⁶¹. Define el autor esta triple identificación como aquella que se produce cuando se considera que una circunstancia o bien es objetiva, y por lo tanto necesariamente pertenece al ámbito de la antijuricidad y al párrafo segundo del artículo 65, o bien es subjetiva, y por lo tanto necesariamente pertenece al ámbito de la culpabilidad y al párrafo primero del artículo 65. Así referencia DÍEZ RIPOLLÉS las posturas de ANTÓN ONECA, RODRÍGUEZ DEVESA, QUINTANO RIPOLLÉS, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL ROSAL o LUZÓN DOMINGO (si bien los dos últimos “*toman algunas posturas un tanto sui generis*”) como autores que vinculan estas tres parejas de conceptos (objetivo y subjetivo, antijuricidad y culpabilidad y párrafo segundo y primero del artículo 65), mientras que CÓRDOBA RODA, MIR PUIG o CERESO MIR se desvincularían de esta triple identificación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, entendiendo que el hecho de que una circunstancia tenga naturaleza objetiva o subjetiva no obsta para considerar que agrava por razón de mayor antijuricidad o mayor culpabilidad, y a su vez que esto no presupone que pertenezca al epígrafe primero o al epígrafe segundo del artículo 65, esto es, que las tres discusiones son independientes y que no están vinculadas entre sí. En definitiva, DÍEZ RIPOLLÉS agrupa a los autores en dos grandes posturas:

⁴⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del código penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1977, pg. 641

aquellos que consideran que toda circunstancia subjetiva agrava por razón de culpabilidad y pertenece al epígrafe primero del artículo 65 del código penal y que toda circunstancia objetiva afecta a la antijuricidad y su comunicabilidad está regulada en el epígrafe segundo del artículo 65, y aquellos que consideran que las tres clasificaciones son independientes y que, por lo tanto, son combinables de distintas maneras, según se trate de una circunstancia en concreto u otra. DÍEZ RIPOLLÉS se alinea con estos últimos, por considerar que *“actualmente está claro que no puede pretenderse hacer una vinculación entre subjetividad y culpabilidad, y objetividad e injusto”* y, sobre la vinculación entre esta pareja de conceptos y el artículo 65, por considerar que la intención del legislador al dividir las circunstancias según su régimen de comunicabilidad era la trasposición del principio de culpabilidad a esta materia, y así considera el autor que *“el artículo 60 sólo tiende a asegurar que nadie puede ser responsable de algo que carece de cualquier vínculo con él, como sería el caso de una circunstancia que no sólo no estuviera relacionada con su persona, sino que ni siquiera conociera que se deba su existencia en un hecho en el que él intervino de algún modo”*.

Con posterioridad a este análisis y clasificación, podemos considerar que la doctrina ha venido consolidándose en la postura de la independencia de las tres cuestiones. La (no) vinculación entre naturaleza objetivo-subjetiva y injusto o culpabilidad ya se ha estudiado con más detenimiento en este trabajo, y en este apartado procede centrarse en la naturaleza de los dos grupos de circunstancias que dividen los dos epígrafes del artículo 65 del código penal.

ALONSO ÁLAMO considera que el criterio de clasificación de las circunstancias en el artículo 65 no es en objetivas y subjetivas, sino (y respectivamente en los epígrafes primero y segundo) en personales e

impersonales⁴⁶². Las primeras consisten “en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal”. Se trata, por lo tanto, de circunstancias independientes de la ejecución concreta del hecho, sino más bien de elementos presentes en el autor de los cuales no puede elegir desprenderse en el momento del hecho. Al contrario, serán circunstancias impersonales aquellas independientes de elementos propios del autor, y por lo tanto dependientes de un modo de ejecución concreto que el autor puede elegir. La autora considera que para clasificar las circunstancias en uno u otro grupo habrá que estar a la *ratio* o *telos* de la circunstancia, esto es, a su sentido teleológico. Reconoce también ALONSO ÁLAMO la dificultad, en ciertas ocasiones, de clasificar las circunstancias en uno u otro grupo, puesto que “*circunstancias en principio personales, que consisten en una causa personal, como es, por ejemplo, el carácter público en la agravante décima del art. 10 (“prevalerse del carácter público que tenga el culpable”), presentan también momentos relativos al modo de ejecución. Es decir, no se agotan en el momento personal sino que reclaman una especial modalidad de acción*”. La autora indica aquí pues la existencia de circunstancias mixtas personales-impersonales, debiéndose de acudir, como ya hemos mencionado, a la *ratio* de la circunstancia para saber cuál de sus elementos, el personal o el impersonal, es el decisivo. El conocimiento del elemento personal de las circunstancias mixtas, sin embargo, ha de ser también requerido en el caso de circunstancias que se refieren a la culpabilidad. En otra obra considera la autora que “*no se trata de optar entre aplicar lo establecido en el párrafo primero o lo establecido en el párrafo segundo, alternativamente, pues ambas reglas deben venir en consideración acumulativamente*”⁴⁶³. Para ALONSO ÁLAMO, por lo tanto, en los casos de circunstancias mixtas personales-impersonales, han de

⁴⁶² ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981, pg. 358 y ss.

⁴⁶³ ALONSO ALAMO, M., *El ensañamiento*, Comares, 2015, pg. 144 y 145.

aplicarse ambos preceptos de manera acumulativa, puesto que “*por lo general cabe sostener que, a pesar de lo que aparentemente indica la fórmula del artículo 65.1, las circunstancias personales también deben ser conocidas. Que concurren en el sujeto es los elementos personales es lo mínimo que exige el artículo 65.1, pero el artículo deja abierta la cuestión de si además deben conocerse los elementos personales que integran la circunstancia de naturaleza personal o parcialmente personal*”. Esta cuestión no presenta demasiados problemas, según la autora, en aquellos casos en los que el elemento personal de la circunstancia se asienta en un elemento objetivo, como sucede en el parentesco, pero puede complicarse si los elementos personales de la circunstancia son “*elementos personales de naturaleza normativa o valorativa*”.

También BOLDOVA PASAMAR establece la clasificación de las circunstancias del artículo 65 en personales e impersonales (si bien discute la nomenclatura de estas últimas), para lo cual hay que investigar “*la ratio o telos de la circunstancia, su sentido teleológico, su esencia o, por expresarlo de otro modo, el carácter que les concede su específico fundamento*”⁴⁶⁴. El autor pone de manifiesto, al igual que hizo ALONSO ÁLAMO, la dificultad que presentan para su clasificación aquellas circunstancias llamadas “mixtas”, aquellas que “*no se agotan en el momento personal, sino que reclaman una especial modalidad de acción*”⁴⁶⁵, esto es, aquellas que incluyen tanto un elemento personal como en una específica modalidad de acción. La solución en estos casos es, para BOLDOVA PASAMAR, discernir cuál de ambos elementos es el preponderante, abstractamente considerado, y clasificar la circunstancia en el epígrafe primero o segundo del artículo 65 según esta consideración. El autor diferencia también, y esto será importante en nuestro estudio

⁴⁶⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Universidad de Zaragoza, 1995, pg. 69.

⁴⁶⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Universidad de Zaragoza, 1995, pg. 71.

específico de la alevosía, cuál es la naturaleza del elemento personal de la circunstancia: así, los elementos personales pertenecientes a la culpabilidad justifican la intransmisibilidad de la circunstancia, esto es, su pertenencia al epígrafe primero del artículo 65, “*en virtud tanto de la esencia individual del juicio de culpabilidad, como del principio derivado de ello de que no se participa en la culpabilidad ajena, sino que se responde de la propia*”⁴⁶⁶. Mayores dudas arrojan, sin embargo, los casos de circunstancias mixtas cuyo elemento personal forma parte del injusto, pues puede participarse tanto en la vertiente objetiva como subjetiva del injusto del autor, esto es, el dolo y otros elementos subjetivos específicos. En último grupo de circunstancias se sitúa, para BOLDOVA PASAMAR, la alevosía, como estudiaremos más adelante.

XI.3 – La alevosía como circunstancia perteneciente al segundo epígrafe del artículo 65 del código penal

Una vez establecido el marco teórico general sobre la comunicabilidad de las circunstancias en el que vamos a situarnos en este trabajo, esto es, la consideración de que el artículo 65 divide las circunstancias en personales e impersonales, consistiendo las primeras “*en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal*”, según ALONSO ÁLAMO, y las segundas en el concreto modo de ejecución empleado por el autor, existiendo igualmente un tercer grupo de circunstancias mixtas que incluyen tanto un elemento personal como un elemento ejecutivo, clasificándose éstas últimas según la preponderancia de uno u otro y la pertenencia de su elemento subjetivo a la culpabilidad o al injusto, procede estudiar a cuál de estas categorías pertenece la alevosía.

⁴⁶⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Universidad de Zaragoza, 1995, pg. 77.

Con carácter previo, sin embargo, haremos referencia a autores que, atendiendo a una concepción del artículo 65 que divide las circunstancias en subjetivas y objetivas, concepción a nuestro entender ya superada, clasifican la alevosía según estos criterios:

Para MUÑOZ CONDE, como ya hemos examinado, las circunstancias del asesinato son elementos esenciales de éste, como delito autónomo del homicidio, por lo tanto, la cuestión sobre su comunicabilidad no se vincularía, en principio, al artículo 65 del código penal⁴⁶⁷. El autor, sin embargo, aporta una interesante perspectiva, puesto que considera que los elementos del asesinato pueden actuar también como circunstancias cuando se dan más de dos de ellos. Así, el primer elemento determina la existencia de asesinato y no de homicidio, actuando como elemento esencial. El segundo determina la aplicación del tipo cualificado de asesinato del artículo 139.2. Pero a estos casos añade el autor la situación infrecuente de que *“si se dan más de dos de las circunstancias del art. 139.1 creo que la tercera y, en su caso, la cuarta deben pasar a convertirse en agravantes genéricas que deben seguir, por ello, el régimen general de los arts. 65 y 66”*. En estos remotos casos, la alevosía pertenecería, como circunstancia *“material”*, al párrafo segundo del artículo 65:, considerando MUÑOZ CONDE que *“cuando funcionan como agravantes genéricas las circunstancias de alevosía y de ensañamiento son circunstancias materiales, que sólo pueden computarse a los que las conozcan en el*

⁴⁶⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 21ª edición, Tirant lo Blanch, 2017, pg. 58. Matiza el autor esta posición en la siguiente edición de la obra al entender que *“si se da más de una de las circunstancias del artículo 139.1 (por ejemplo, muerte de una persona ejecutada con alevosía y por precio), una de las dos (la alevosía, por ejemplo) se toma para calificar el hecho como asesinato, mientras que la otra (en este caso, el precio) dará lugar a la aplicación del tipo cualificado del art. 139.2 (20 a 25 años de prisión) y dentro de este marco se computarán, conforme a las reglas generales de determinación de la pena del art. 66, las circunstancias agravantes adicionales que concurran, sean las genéricas del art. 22, la mixta de parentesco del art. 23, o una tercera circunstancia de las mencionadas en el art. 139.1 (funcionando ahora como agravante genérica, si está incluida en el art. 22), agravantes genéricas que, como tales, podrán compensarse con las atenuantes genéricas que concurran”*, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 22ª edición, Tirant lo Blanch, 2019, pgs. 55 y 56.

momento de la acción o de su cooperación al delito; mientras que la de actuar por precio, recompensa o promesa sería una circunstancia personal, que sólo puede aplicarse a aquéllos en quienes concurra.”

Para PUENTE SEGURA la alevosía presenta una naturaleza jurídica de carácter mixto, “*es decir, conformada tanto por componentes objetivos como subjetivos*”, y consecuentemente considera que “*no basta con que los distintos partícipes conozcan la utilización de los medios, modos o formas de ejecución empleados, siendo exigible para que pueda serles aplicada la circunstancia agravante que, además, aquellos los aprovechen conscientemente para el aseguramiento de la acción en evitación de la defensa que pudiera provenir del ofendido*”⁴⁶⁸. Considera pues este autor que el elemento personal de la alevosía, es decir, el elemento subjetivo de la intención de asegurar la acción y la defensa de la víctima, deben concurrir en los partícipes, mientras que, en lo referente al elemento objetivo, la ejecución, deben solamente conocerlo.

MUÑOZ CUESTA parte su concepción de la alevosía como circunstancia de naturaleza objetiva para considerar que “*del tenor literal de este párrafo [segundo del artículo 65 del código penal], unido al carácter objetivo de esta agravación, entendemos que la misma es comunicable a los partícipes siempre y cuando el conocimiento que tengan éstos sea el adecuado, dentro del principio de culpabilidad, para hacerles responsables del delito cometido por el autor directo con la agravante de alevosía*”⁴⁶⁹.

Examinemos también la posición de distintos autores que se sujetan a la clasificación de las circunstancias del artículo 65 en personales e impersonales:

⁴⁶⁸ PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, 1997, pg. 456.

⁴⁶⁹ MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.), ARROYO DE LAS HERAS, A., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias agravantes en el código penal de 1995*, Aranzadi, 1997, pg. 36.

Como ya hemos visto, ALONSO ÁLAMO considera que la división de las circunstancias que realiza el artículo 65 es en personales e impersonales, considerando la autora que la alevosía pertenece a estas últimas, puesto que *“la esencia de la alevosía, impersonal, en el sentido del párrafo 2º del art. 60, debe considerarse prioritaria”*⁴⁷⁰. La autora considera igualmente que el elemento subjetivo personal necesario de la cobardía *“es insuficiente tanto para orientar sistemáticamente la agravante como para incidir decisivamente en el tratamiento de la comunicabilidad”*.

Considera MARTÍN GONZÁLEZ que la alevosía *“halla adecuado encaje en el párrafo 2º del art. 60 del CP (...), pero no porque dicho artículo, en su totalidad, clasifique las circunstancias en subjetivas y objetivas y porque la de alevosía sea incluíbles (sic) entre las últimas, (...), sino simplemente porque, sea cual sea la naturaleza de la circunstancia que estudiamos, viene referida en el texto legal a medios, modos o formas en la ejecución, y no a la disposición moral del delincuente, ni a sus relaciones particulares con el ofendido, ni a otra causa de tipo personal”*⁴⁷¹. El autor, como vemos, se separa de la clasificación objetivo-subjetiva y considera que, independientemente de cuál sea la naturaleza de la alevosía, pertenece al párrafo segundo del artículo 65.

Para ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC la alevosía se encuentra, junto al disfraz y el abuso de superioridad, en el apartado segundo del artículo 65. Aunque los autores se refieren a este grupo como *“circunstancias objetivas”*, en realidad se refieren, como han indicado poco antes, a *“las circunstancias relativas a la ejecución material del hecho o en*

⁴⁷⁰ ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981, pgs. 494 y 495.

⁴⁷¹ MARTÍN GONZÁLEZ, F., *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988, pg. 174.

*los medios empleados para realizarla*⁴⁷². También GONZÁLEZ CUSSAC, en otra obra⁴⁷³, sitúa a la alevosía en el párrafo segundo del artículo 65.

Para BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE la alevosía no es una circunstancia comunicable, esto es, pertenece al epígrafe primero del artículo 65, ya que *“presupone un elemento estrictamente personal, el ánimo aleve”*⁴⁷⁴.

Para ALTÉS MARTÍ *“el artículo 60 no es suficiente para poder solucionar el problema, pues como decíamos, si la alevosía la incorporamos al primer párrafo sería incomunicable a los partícipes, pues a pesar de que requiere el elemento subjetivo, éste, no es de naturaleza personal o queda oculto, sino que se exterioriza siempre bien por una forma de hacer, bien por el empleo de unos medios. De ahí que necesariamente haya de incluirse en el segundo párrafo”*⁴⁷⁵. El autor añade seguidamente, sin embargo, que *“no basta el mero conocimiento o la realización de los actos materiales por el partícipe, sino que es necesario, además, que sea asumido por el propio partícipe”*, y por lo tanto considera ALTÉS MARTÍ que *“no basta con al sola aplicación del artículo 60 sino que es necesario además que el copartícipe haya tenido la intención de aprovecharse de los medios, modos o formas, es decir que junto al conocimiento exigido por el citado artículo, se requiere el empleo consciente de tales medios”*.

ARIAS EIBE considera que la transmisibilidad de la alevosía *“se rige, dado su carácter impersonal, por lo dispuesto en el número segundo del*

⁴⁷² ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de derecho penal, parte general*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2017, pgs. 518 y 519.

⁴⁷³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, pg. 217.

⁴⁷⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MAZARÉE, H., *Lecciones de derecho penal*, Volumen II, Trotta, 1999, pg. 403.

⁴⁷⁵ ALTÉS MARTÍ, M.A., *La alevosía*, Universidad de Valencia, 1982, pgs. 159 y 160.

*artículo 65*⁴⁷⁶. El autor considera, sin embargo, que ha de ser exigible a los partícipes, además del conocimiento de los medios de ejecución, “*la voluntad de realización de la circunstancia, de manera que tal voluntad ha de materializarse bien a través del previo acuerdo o del concierto o unidad de propósito entre los sujetos, e independientemente de cómo se materialice, en su caso, la división del trabajo entre los copartícipes*”. Para ARIAS EIBE, por lo tanto, es necesario que en los partícipes se dé el elemento subjetivo de la alevosía, esto es, la voluntad de aseguramiento del resultado y de evitar la defensa de la víctima. El autor puntualiza, además, que “*otra cosa es que, de ordinario, no podrá negarse que el conocimiento de la circunstancia suele ir íntimamente unido a la voluntad de realización por parte de todos los intervinientes*”, esto es, que habitualmente el hecho de conocer que el autor va a emplear un medio de ejecución idóneo para la alevosía implica la aceptación y deseo de los partícipes de que el delito se lleve a cabo de esa manera.

FELIP I SABORIT considera que el fundamento de las circunstancias del asesinato, incluida también la alevosía, “*radica en una determinada motivación o actitud interna del sujeto*”, y, en consecuencia, “*las penas de los arts. 139 y 140 CP deben aplicarse exclusivamente a los autores y partícipes que manifiesten tal actitud, sin extenderse al resto de intervinientes, cuyas penas se mantendrán en el marco del homicidio del art. 138 CP*⁴⁷⁷”.

XI.4 – La comunicabilidad de la alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

⁴⁷⁶ ARIAS EIBE, M. J., *La circunstancia agravante de alevosía, estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 7, 2005, pgs. 20 y 21.

⁴⁷⁷ FELIP I SABORIT, D., SILVA SÁNCHEZ, J. (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS, R. (Coord.), *Lecciones de derecho penal, parte especial*, 3ª edición, Atelier, 2011, pg. 42.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mantenido constante en la línea de interpretar que la alevosía pertenece a las circunstancias recogidas en el párrafo segundo del artículo 65 del código penal.

Así, por ejemplo, la Sentencia 1061/2009, de 26 octubre, considera que *“las exigencias del art. 65, párrafo segundo, del CP, para la comunicabilidad de una circunstancia como la analizada, que consiste en la ejecución material del hecho, hay que entender que se cumplen en nuestro caso”*. Otro ejemplo puede encontrarse en la Sentencia 278/2014, de 2 abril, *“Las circunstancias objetivas, en cuanto consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla se comunican a quien las conozca en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, artículo 65.2 del código penal, lo que resulta aplicable al caso de la alevosía al tratarse el asesinato de una modalidad agravada del homicidio”*. Igualmente, y se elige una sentencia anterior en el tiempo para que pueda comprobarse que esta línea interpretativa no ha cambiado, la Sentencia 2130/1992 de 13 octubre consideraba que *“el recurrente sabía a qué iba a ser destinado el vehículo -así lo declara el Fundamento Jurídico segundo de la sentencia de instancia- pero no le constaban las modalidades de ejecución, de la alevosía proditoria o súbita e inopinada que pudiera alcanzar a la representación -elemento intelectual del dolo- presupuesto de su voluntad y no puede ser condenado cómplice de unos asesinatos, sino de unos homicidios”*.

XI.5 – Conclusiones y toma de postura

Nuestras conclusiones y toma de postura en materia de comunicabilidad de la alevosía van a venir determinadas, casi en su totalidad, por la toma de postura adoptada en otras materias. Entendemos, como ya hemos introducido en los excursos de este capítulo, que buena

parte del debate sobre la aplicación del artículo 65 a la parte especial del código penal, la naturaleza de la clasificación de las circunstancias de éste y la pertenencia de la alevosía al epígrafe primero o al epígrafe segundo vienen determinadas por consideraciones ajenas a la propia cuestión de la comunicabilidad.

Así, hemos sostenido en este trabajo que el efecto de la alevosía es doble: por una parte, despliega sus efectos como circunstancia general en los delitos contra las personas distintos al homicidio y las lesiones y, por otra, como circunstancia cualificativa en éstos. En ambos casos, de cualquier modo, la alevosía es una circunstancia del delito y no un elemento esencial, al ser, como ya dijimos en su momento, las lesiones agravadas y el asesinato delitos autónomos sino lesiones cualificadas y homicidio cualificado, respectivamente. El artículo 65 es, por lo tanto, aplicable a la alevosía, ya sea en el ámbito del homicidio, de las lesiones o de otros delitos contra las personas en los que pueda darse, pues ésta, ya sea circunstancia general o circunstancia cualificativa, es siempre una circunstancia.

Sobre la naturaleza de los dos epígrafes del artículo 65, compartimos sin matices, como hace también la mayoría de la doctrina actual, que no diferencia circunstancias subjetivas y objetivas, sino que la clasificación es, en palabras de ALONSO ÁLAMO, en personales e impersonales (si se prefiere, “materiales” o “de la ejecución”). En cuanto a las circunstancias mixtas, esto es, que contienen tanto un elemento personal como un elemento referente al modo de ejecución, entendemos que cabe una doble solución: si uno de los dos elementos es claramente preponderante sobre el otro y puede establecerse como auténtico núcleo o fundamento de la circunstancia, debe clasificarse ésta en su grupo correspondiente, ignorando el elemento menos importante. En los casos, sin embargo, en que ambos elementos tengan la misma importancia y no pueda distinguirse

uno de ellos como auténtica *ratio* o *telos* deberá estarse, como sostiene BOLDOVA PASAMAR, a la pertenencia al injusto o a la culpabilidad del elemento personal de la circunstancia. Si éste pertenece a la culpabilidad, la circunstancia deberá reconducirse al párrafo primero del artículo 65, mientras que, si el elemento personal pertenece al injusto, formará parte de las del segundo párrafo.

En el caso de la alevosía nos encontramos precisamente ante este último caso. Como ya hemos adelantado en este trabajo, en la circunstancia se combinan un elemento objetivo (el aseguramiento de la ejecución sin riesgo para el autor) junto a un elemento subjetivo (el ánimo consciente y voluntario del autor del empleo de los medios alevosos para esa misma finalidad). Frente a posturas, sobre todo en la jurisprudencia, que dan preponderancia al elemento objetivo frente al elemento subjetivo, hemos sostenido que ambos son igualmente esenciales y fundamentadores de la alevosía, sin que podamos destacar uno de ellos como auténtica *ratio*. Aquí nos apartamos de la doctrina mayoritaria, que considera a la alevosía perteneciente al epígrafe segundo del artículo 65 por consistir fundamentalmente en una circunstancia impersonal. Nosotros sostenemos también la pertenencia de la alevosía al grupo de circunstancias impersonales, pero por un motivo distinto, pues no es mayor *ratio* de la circunstancia el empleo de medios objetivos que la intención aleve del autor. El motivo de la pertenencia de la alevosía al párrafo segundo del artículo 65 es, en realidad, la pertenencia de su elemento personal al injusto, pues éste consiste, como ya hemos defendido anteriormente, en un aumento del desvalor de acción. El juicio de culpabilidad es siempre personal y no transmisible a los partícipes, pero no sucede lo mismo con aquellos elementos subjetivos pertenecientes al injusto de los que sí puede participarse. Así, en el ámbito de la alevosía, los partícipes deben conocer dos cosas para que les sea comunicada la circunstancia: por una parte, el empleo por parte del autor de medios

idóneos para asegurar el resultado y evitar la defensa de la víctima. Por otra parte, deben conocer también el ánimo del autor de emplear esos medios precisamente con la doble intención de asegurar el resultado y reducir las capacidades defensivas de la víctima, pero no es necesario que este ánimo concurra también en ellos.

XII – La compatibilidad de la alevosía con otras circunstancias agravantes

Estudiamos en este apartado la cuestión de la compatibilidad de la alevosía con otras circunstancias afines o con las que guarda cierta semejanza. En esta materia el código penal de 1995 ha venido a aclarar bastante el panorama, habiendo desaparecido muchas de las llamadas “cuasialevosías” o “alevosías menores” como el veneno, incendio, y demás circunstancias de estragos que se establecían en la regulación anterior.

Perviven, sin embargo, determinadas circunstancias que no tienen un deslinde claro con la alevosía. Junto a éstas, la reforma operada por la L.O. 1/2015 ha venido a introducir una más de estas circunstancias en la redacción del nuevo artículo 140.1.1ª, que agrava los delitos de homicidio y asesinato siempre que “(...) *la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*”⁴⁷⁸. Estudiaremos ambos casos por separado, con especial atención a la diferencia entre alevosía y abuso de superioridad, y haremos también referencia, en el estudio de la nueva circunstancia del 140.1.1ª, al tradicional problema de la alevosía en el caso de que la víctima sea una persona naturalmente indefensa, entendiendo que esta cuestión ya no puede tratarse de manera diferenciada a la de la compatibilidad entre esta nueva circunstancia y la alevosía.

XII.1 – Compatibilidad con el abuso de superioridad y las “cuasialevosías” o “alevosías menores”

Sistematiza las posturas doctrinales existentes ALTÉS MARTÍ exponiendo cuáles han sido, tradicionalmente, las diferencias entre

⁴⁷⁸ Artículo 140.1.1ª del código penal de 1995, redactado por el número setenta y ocho del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal.

alevosía y abuso de superioridad⁴⁷⁹. Así, distingue a los autores que sostienen que la diferencia consiste en “*que el sujeto activo se cubra o no de la posible defensa del agresor*” (en esta postura se situarían, según ALTÉS MARTÍ, por ejemplo, PUIG PEÑA o RODRÍGUEZ DEVESA), de los que “*acuden a la situación de indefensión más o menos completa*” (entre los que cita, por ejemplo, a QUINTANO RIPOLLÉS o RODRÍGUEZ MOURULLO). Junto a estos dos grupos de autores, también clasifica ALTÉS MARTÍ a aquellos que no ven fundamento suficiente para una diferencia entre las dos circunstancias y por lo tanto proponen la desaparición del abuso de superioridad, como FERRER SAMA. Para ALTÉS MARTÍ la primera postura es “*además de sutil, insostenible*”, pues resulta imposible pensar que “*cuando se emplean unos medios para cubrirse del riesgo, se pueda además calcular tan perfectamente éstos, que sólo la aminoran, dando de esta forma la posibilidad de defenderse, aunque sea en condiciones mínimas, al sujeto pasivo*”. La postura del propio ALTÉS MARTÍ, basándose en su concepción subjetiva de la alevosía, consiste en valorar la voluntad del sujeto de prevalerse de su superioridad física (en cuyo caso estaríamos ante un caso de abuso de superioridad) o de emplear un medio, modo o forma que elimine la defensa del ofendido (en cuyo caso estaríamos ante un caso de alevosía). Nunca podrían darse ambos casos al mismo tiempo, señala el autor, puesto que el aprovechamiento de la superioridad física no es un medio, modo o forma y por lo tanto “*no es posible admitir, que en un mismo hecho, coexista una ventaja proveniente de medios típicamente alevos, con otra emanada de la diferencia entre las fuerzas naturales del agresor y agredido*”. En el abuso de superioridad, por lo tanto, la diferencia física es “*el único medio utilizado por el culpable*”, mientras que “*la alevosía supone una “excogitación” de medios tendentes a lograr esa situación de indefensión*”.

⁴⁷⁹ ALTÉS MARTÍ, M. A., *La alevosía (estudio de determinados aspectos de la agravante del Nº 1 del Art. 10 del código penal)*, Universidad de Valencia, 1982, pg. 219 y ss.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN consideran específicamente que “*todavía puede hablarse de incompatibilidad, por ejemplo, entre la circunstancia de alevosía, consistente en utilizar medios debilitadores de la defensa y el abuso de superioridad*” cuando hablan de que el código penal de 1995 ha reducido los casos de incompatibilidad entre circunstancias⁴⁸⁰. Más adelante desarrollan esta misma postura cuando, dentro de la clasificación de las circunstancias objetivas diferencian, dentro de aquellas que se caracterizan “*por la situación de indefensión o inferioridad de la víctima*”, aquellas en las que esa situación ha sido producida por el autor de aquellas en las que la situación ha sido meramente aprovechada por el autor. Así, “*el paradigma de lo primero es la circunstancia de alevosía*”, mientras que “*el aprovechamiento de situaciones ya dadas por las que la víctima tiene menores posibilidades de defenderse es reconducible al abuso de superioridad y al aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas*”. Esta diferencia es relevante también los casos en los que la víctima es menor de edad, como veremos en su apartado correspondiente.

CARBONELL MATEU considera que la alevosía no es compatible con las denominadas circunstancias “*cuasialevosas*” o “*alevosías menores*”, como el abuso de superioridad⁴⁸¹. Sin embargo, la considera el autor compatible con la eximente incompleta de alteración psíquica, arrebato y embriaguez. Más discutible resulta, sin embargo, para el autor, la compatibilidad de la alevosía con el arrebato y la embriaguez no plena, al tener la alevosía un “*fuerte componente subjetivo, de «frialdad de ánimo», calificada como sinónimo de traición y vileza*”.

⁴⁸⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, 9ª edición, Tirant lo Blanch, 2015, pg. 486.

⁴⁸¹ CARBONELL MATEU en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.) y otros, *Derecho penal, parte especial*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, 2016 pg. 41.

En la Sentencia 716/2018, de 16 de enero, el Tribunal Supremo ha considerado, recopilando lo ya establecido en la Sentencia 626/2015, de 28 de octubre⁴⁸² y sobre la relación entre abuso de superioridad y alevosía, que *“ambas surgen de un tronco común consistente en ejecutar la agresión buscando de propósito o aprovechándose consciente y deliberadamente de las circunstancias concurrentes para llevar a cabo la acción punible en una situación de ventaja respecto de la defensa que pueda oponer la víctima del ataque”*. La diferencia radica, continúa la sentencia, en que *“cuando esa ventaja o desproporción entre agresor y agredido es absoluta, matiza el Tribunal Superior, surge del tronco común la rama de la alevosía en aquellos casos en los que ya no se está ante un desequilibrio de fuerzas que limita la defensa de la víctima, sino ante una situación objetiva de absoluta indefensión que impide al atacado toda posibilidad de defenderse y asegura la ejecución sin riesgo para el atacante”*. La alevosía, por lo tanto sucede, para el Tribunal Supremo, cuando la desproporción de fuerzas es tal que las posibilidades de defensa de la víctima quedan completamente anuladas, mientras que en el abuso de superioridad el desequilibrio de fuerzas reduce las posibilidades de defensa de la víctima, pero no las anula completamente. En esta misma línea concluye el Tribunal Supremo, para cristalizar su postura, que *“la diferencia entre ambas agravantes es, únicamente, cuantitativa o de grado, más grave la alevosía que el abuso”*.

XII.2 – Compatibilidad con la nueva circunstancia del artículo 140.1.1ª del código penal

XII.2.1 – El debate sobre la alevosía en casos de víctimas naturalmente indefensas anterior a la reforma de la L.O. 1/2015

⁴⁸² El Tribunal Supremo cita en esta sentencia otras muchas resoluciones en la misma línea y que constituyen jurisprudencia consolidada. Así, por ejemplo, Sentencia 501/2014, de 18 de junio, Sentencia 647/2013, de 16 de julio, Sentencia 888/2013, de 27 de noviembre o Sentencia 225/2014, de 5 de marzo.

En materia de alevosía y minoría de edad se ha producido tradicionalmente un debate entre la práctica totalidad de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya adelantado en otros apartados de este trabajo, en el que la primera consideraba que la muerte de personas desvalidas por razón de su edad (ya sea ésta muy baja o muy alta) u otra circunstancia incapacitante permanente excluye automáticamente la alevosía, mientras que la segunda consideraba que estos hechos implicaban necesariamente su apreciación. Entendemos que la reforma del código penal operada por la L.O. 1/2015, en la que se incluye una nueva circunstancia agravante tanto para el homicidio como para el asesinato, que incluye precisamente estos casos (aunque, como veremos, no necesariamente se limita a ellos) ha venido a modificar este debate de manera sustancial, por lo que ambas cuestiones se estudiarán al mismo tiempo. No creemos apriorísticamente que los argumentos que defienden las dos posturas tradicionales, tanto a favor de apreciar la alevosía siempre en estos casos como a favor de no apreciarla nunca, hayan quedado absolutamente invalidados por esta nueva circunstancia, pero sí que han quedado muy determinados por ella. Los análisis de la cuestión anteriores a la reforma han de ser valorados, por lo tanto, de manera cuidadosa.

Considera CAMARGO HERNÁNDEZ que *“el mero hecho de que la víctima del delito sea un niño no puede ser apreciada la concurrencia de esta agravante. Es indudable que se dan los dos requisitos de aseguramiento e indefensión (piénsese en el caso de que la víctima sea un niño de tres o cuatro meses); pero dada la naturaleza de esta agravante, esto no es suficiente; ambas circunstancias han de ser intencionalmente buscadas o aprovechadas por el agente para que pueda ser apreciada la alevosía”*⁴⁸³. Para este autor, por lo tanto, lo relevante no es la indefensión

⁴⁸³ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953, pg. 66.

de la víctima, sino que esta indefensión haya sido intencionalmente buscada o aprovechada.

También ALTÉS MARTÍ critica la aplicación automática de la alevosía en caso de la muerte de personas naturalmente indefensas cuando considera que *“los términos “medios, modos o formas” empleados por el código, hacen referencia al delito, a “como” se comete éste, o lo que es lo mismo, de qué forma lo realiza”*⁴⁸⁴. Siguiendo esta misma línea, considera también el autor que *“si el ofendido no puede defenderse, no serán necesarios ni medios, ni modos ni formas encaminados a tal finalidad y por lo tanto no existirá alevosía, pues ésta sin una situación de indefensión a consecuencia de tales medios no constituye agravante ninguna, por muy reprobable que sea”*.

Igualmente, para PUENTE SEGURA *“por el hecho de tratarse de víctimas constitucionalmente indefensas no es necesario ni posible utilizar especiales medios aseguratorios de la ejecución evitando toda defensa”*⁴⁸⁵.

Para CEREZO MIR el criterio de la jurisprudencia de considerar alevosa toda muerte de un ser naturalmente indefenso es *“insostenible, pues si el sujeto no he 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”*⁴⁸⁶.

SERRANO GÓMEZ considera que cuando la víctima es *“un niño de corta edad, un anciano o enfermo carente de fuerzas para defenderse, etc.”*

⁴⁸⁴ ALTÉS MARTÍ, M. A., *La alevosía (estudio de determinados aspectos de la agravante del Nº 1 del Art. 10 del código penal)*, Universidad de Valencia, 1982, pg. 280 y 281.

⁴⁸⁵ PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, 1997, pg. 455.

⁴⁸⁶ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, Tomo II, 6ª edición, Tecnos, 2005, pgs. 373 y 374.

no puede apreciarse la alevosía, sino el abuso de superioridad, dado que en ésta *“el sujeto busca medios en la ejecución que aseguren la misma, evitando el riesgo que pudiera suponer la defensa de la víctima, situación que no se da en el ataque a niños de corta edad, ancianos, personas desvalidas, etc.”*⁴⁸⁷.

Entiende igualmente MORALES PRATS que la conclusión de calificar estos hechos como asesinatos con alevosía *“es contradictoria con el carácter esencialmente tendencial de la circunstancia, que requiere que el sujeto haya elegido o buscado los medios o formas de ejecución del delito”*, entendiéndose también que *“la calificación más pertinente es la de homicidio con la concurrencia de la agravante genérica de abuso de superioridad”*⁴⁸⁸. Desarrollando esta idea, entiende el autor que *“la línea de demarcación entre los supuestos de muerte con alevosía (homicidio específicamente agravado en el código penal) y los supuestos de muerte con abuso de superioridad con relación a seres indefensos o en situación de inferioridad (supuesto de homicidio en que concurre la agravante genérica de superioridad), se sitúa en la verificación o no del elemento tendencial, esto es, en que el sujeto haya buscado o seleccionado los medios de ejecución o bien, por el contrario, que se haya “encontrado” con la situación consustancial de inferioridad o indefensión de la víctima”*.

XII.2.2 – El debate sobre la alevosía en casos de víctimas naturalmente indefensas posterior a la reforma de la L.O. 1/2015

⁴⁸⁷ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal, parte especial*, Dykinson, 14ª edición, 2009, pgs. 42 y 43.

⁴⁸⁸ MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F., (Coord.) y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, Aranzadi, 2011, pgs. 43 y 44.

Tras la reforma del código penal operada por la L.O. 1/2015, los argumentos tradicionalmente manejados por la doctrina no se han mantenido idénticos.

Por ejemplo, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN consideran que los casos en los que la víctima es incapaz de defenderse por razón de su edad debían, antes de la reforma de 2015, reconducirse al abuso de superioridad, al entender que *“si sólo existe la inferioridad propia de la edad —sin interposición de medios alevosos—, debe acudir a la circunstancia de abuso de superioridad”*⁴⁸⁹. Añade en otra obra sobre esta materia MUÑOZ CONDE que el criterio jurisprudencial que considera la muerte de personas desvalidas por razón de su edad o discapacidad es *“incompatible con el sentido literal de la definición legal antes transcrita”*, pues en estos casos el sujeto se encuentra con una situación *“no provocada ni buscada por él”*⁴⁹⁰. Igualmente, tampoco podrían considerarse estas muertes como alevosas por no poder haber en estos casos reacción defensiva de la víctima, *“faltando con ello el segundo requisito objetivo de la alevosía”*. Según el autor, la nueva circunstancia introducida por la reforma de la LO 1/2015 *“parece avalar esta interpretación, en la medida en que está reconociendo que la muerte de estas personas no constituye automáticamente asesinato alevoso”*. Tratando, más adelante, la cuestión del asesinato hiperagravado, considera MUÑOZ CONDE que la nueva circunstancia del 140.1 sólo será aplicable al asesinato si éste viene determinado por una circunstancia distinta de la alevosía⁴⁹¹. Así, *“si la víctima es especialmente vulnerable y ello hace innecesario usar medios o formas en la producción de la muerte que aseguren la ejecución e impidan la defensa, lo que procede es aplicar homicidio cualificado, no asesinato*

⁴⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, 2015, pg. 486.

⁴⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 22ª edición, Tirant lo Blanch, pg. 47.

⁴⁹¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 22ª edición, Tirant lo Blanch, pg. 57.

alevoso. A la inversa, si en un caso se buscan medios alevosos para matar con la intención de evitar la posible defensa por parte de la víctima, difícilmente estaremos ante una víctima especialmente vulnerable". Se comprueba, por lo tanto, de nuevo, cómo para el autor ambas circunstancias no son compatibles. Sin embargo, en tanto en cuanto la circunstancia del artículo 140.1 no implica necesariamente la vulnerabilidad de la víctima (en el caso, por ejemplo, de personas menores de dieciséis años, pero cercanas a esa edad), es posible apreciar ambas circunstancias.

Según ALONSO ÁLAMO, las nuevas circunstancias (pues el 140.1.1^a contiene en realidad dos supuestos) *"toman en cuenta la necesidad de proteger adicionalmente el interés a la igualdad real de las personas que se hallan en situación de desventaja (por la menor edad o por la especial vulnerabilidad procedente de la edad, la enfermedad o la discapacidad)"*⁴⁹². El hecho de que los menores de dieciséis años puedan tener o no capacidad defensiva conduce, para la autora, a la conclusión de que *"si tienen capacidad defensiva, la nueva circunstancia será compatible con la alevosía; si no la tienen, no"*. Considera también ALONSO ÁLAMO que en estos casos *"la circunstancia cierra el paso a la alevosía"* y, de sostenerse que ambas circunstancias son compatibles, no podría aplicarse nunca el homicidio agravado por la nueva circunstancia en el caso de menores de dieciséis años indefensos, y *"habría que partir siempre del asesinato aleve (en consonancia con la cuestionable línea jurisprudencial según la cual la muerte de un niño es siempre alevosa)"*. Para la autora, la solución ha de ser por lo tanto la de *"dar fin a la doctrina jurisprudencial que sostiene que la muerte de un niño es siempre alevosa"*. Sostiene igualmente ALONSO ÁLAMO que ambas circunstancias serán compatibles si la alevosía no se fundamenta en la natural indefensión por la corta edad, sino en la indefensión provocada alevosamente por el autor en una víctima

⁴⁹² ALONSO ALAMO, M., *La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015*, Cuadernos de Política Criminal, Número 117, pgs. 5-49.

menor de dieciséis años, pero capaz de defenderse. Así, en los casos de víctimas próximas a los dieciséis años (o en general, según la autora, cuando la víctima *“presenta un desarrollo físico y evolutivo que lo hace capaz de oponerse con ventaja a la fuerza del autor”*), podrán aplicarse conjuntamente la alevosía y la nueva circunstancia del 140.1.1ª sin que se vulnere el principio de *non bis in idem*, pues *“ambas circunstancias tienen un ámbito y una naturaleza jurídica propia”*. ALONSO ÁLAMO realiza un razonamiento paralelo en el segundo grupo de casos de la nueva circunstancia, radicando la cuestión de la compatibilidad de la *“especial vulnerabilidad”* y la alevosía en la respuesta a la pregunta de *“si la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, enfermedad o discapacidad es compatible con el mantenimiento en algunos casos de su capacidad defensiva o si, por el contrario, no es posible que concurren ambas”*. Así, si la vulnerabilidad excluye automáticamente la defensa, esta circunstancia no será compatible con la alevosía, mientras que, si es posible ser especialmente vulnerable manteniendo cierta capacidad defensiva, podrá aplicarse también la alevosía si el autor, concurriendo todos los demás requisitos, emplea medios tendientes a superar ésta. La autora considera que *“en principio parece que entre vulnerabilidad e indefensión hay una correlación”*, si bien *“una especial vulnerabilidad psíquica puede ser compatible, por ejemplo, con el mantenimiento de cierta capacidad defensiva”* y por lo tanto *“la posibilidad de que la circunstancia sea compatible con la alevosía no está del todo excluida”*. Más adelante desarrolla esta idea ALONSO ÁLAMO, considerando de nuevo que *“cuando la vulnerabilidad de la víctima es de naturaleza psicológica, no es inconcebible que mantenga cierta capacidad defensiva”*, casos en los que *“no debería haber inconveniente en apreciar la alevosía”* si concurren todos sus requisitos. Como ya hemos examinado anteriormente, ambas circunstancias tienen fundamento y naturaleza distinta: *“al ataque a la vida se añadiría el ataque adicional al interés tutelado con la protección más intensa de estas personas, la igualdad real”*. La nueva regulación es, sin

embargo, para la autora, criticable, en tanto en cuanto es confuso si el legislador quiso realmente los efectos penales que esta reforma, en principio, produce: para ALONSO ÁLAMO las consecuencias son *“que la muerte de un recién nacido será -siempre- homicidio agravado y que la muerte de un menor de, por ejemplo, quince años que posea un considerable desarrollo físico y psíquico y capacidad de ofrecer resistencia, al que se le impide defenderse por medios, modos o formas que tiendan a asegurar el delito sin los riesgos procedentes de la defensa que pudiera oponer, será asesinato agravado”*. Esto, comparado con la (para la autora, errónea) interpretación de que la muerte de un recién nacido es siempre alevosa, trae en realidad efectos atenuatorios para estos casos, mientras que se agravarán las penas en aquellos casos en los que se cumplan las condiciones del artículo 140.1.1^a manteniendo la víctima cierta capacidad defensiva y se cometa el hecho con alevosía.

Para CARBONELL MATEU, que cita la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera automáticamente aplicable la alevosía si la víctima es incapaz de defenderse por razón de su edad, concretamente la STS 227/2014, de 19 de marzo, STS 1429/2011, de 30 de diciembre, 519/2012, de 15 de junio y STS 893/2012, de 15 de noviembre, *“esta interpretación jurisprudencial, muy consolidada, va a tener que revisarse si se pretende dar sentido al delito de homicidio cualificado por la edad o vulnerabilidad de la víctima, como vimos en la lección correspondiente. Porque el mantenimiento de la aplicación automática de la alevosía en caso de indefensión prácticamente le deja sin espacio ya que comporta la calificación como asesinato”* ⁴⁹³. El autor parece considerar que ambas circunstancias pueden compartir respectivos espacios, pues para apreciarse la circunstancia de edad o vulnerabilidad esta situación *“no habrá de haber sido buscada ni aprovechada, pues eso daría lugar a la*

⁴⁹³ CARBONELL MATEU en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.) y otros, *Derecho penal, parte especial*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, 2016, pgs. 40-41 y 29-30.

aplicación de la alevosía". CARBONELL MATEU parece diferenciar, por lo tanto, dos situaciones: o bien la menor edad de la víctima no fue buscada ni aprovechada por el sujeto, en cuyo caso será aplicable la agravante del 140.1.1, o bien sí fue una circunstancia buscada o aprovechada por el autor, en cuyo caso habrá de aplicarse la alevosía.

Para SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, refiriéndose a la nueva circunstancia del artículo 140.1, *"la nueva regulación va a plantear problemas concursales evidentes en relación con el delito de asesinato cometido mediante alevosía, pues, constituyendo ésta la comisión de 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, resultará que la muerte dolosa de una persona que no puede ofrecer una resistencia eficaz a causa de su corta edad o situación física o psíquica podrá incluirse tanto entre las lindes del homicidio agravado como del asesinato, planteándose de entrada una situación concursal insólita sin necesidad alguna para ello"* ⁴⁹⁴. Más adelante, el mismo autor considera que la razón agravatoria de esta circunstancia radica en *"una pretendida mayor vulnerabilidad, ya sea derivada de una edad escasa o bien de un estado físico o psíquico de cierto desvalimiento"* ⁴⁹⁵. A continuación, plantea de nuevo el problema concursal que ha introducido antes, en el que la muerte dolosa de un niño de muy corta edad puede calificarse de homicidio agravado del 138.2 a), de asesinato del 139.1.1, y también del asesinato del 140.1.1, esto es, *"se puede calificar simultáneamente como homicidio agravado, como asesinato y como asesinato hiperagravado"*. El autor resuelve este problema concursal entendiendo, por un lado, que no puede

⁴⁹⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Comentarios a la Reforma del código penal de 2015*, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (Coords.), Tirant lo Blanch, 2015, pg. 467 y 468.

⁴⁹⁵⁴⁹⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en *Comentarios a la Reforma del código penal de 2015*, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (Coords.), Tirant lo Blanch, 2015, pg. 479 y ss.

calificarse el hecho de asesinato agravado al no poder valorarse la indefensión de la víctima en la alevosía y también en la nueva circunstancia, lo que vulneraría el principio de *non bis in idem*. Por otro lado, la discusión entre apreciar asesinato básico con alevosía u homicidio agravado debe decantarse por el primero por aplicación de la regla del artículo 8.4 del código penal, según la cual “*en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*”. El mismo problema sucedería en el caso de personas desvalidas en razón de su enfermedad o discapacidad, pero no, para el autor, en el caso de un menor de dieciséis años, pero con edad suficiente para defenderse, casos en los que cabría apreciar el asesinato hiperagravado si se cometiera el delito por medios alevosos distintos de la corta edad.

Los problemas concursales entre la nueva circunstancia de minoría de dieciséis años y la alevosía tal y como la interpreta actualmente el Tribunal Supremo son puestos de manifiesto también por SANZ MORÁN, que considera que “*la proyectada circunstancia cualificadora del asesinato capta casos -la muerte de seres constitutivamente indefensos- que, de acuerdo con la actual doctrina jurisprudencial, serían calificables como alevosos, lo que puede originar insuperables dificultades de aplicación si se quiere observar el principio non bis in idem*”⁴⁹⁶.

Según QUINTERO OLIVARES, los hechos recogidos por la circunstancia de edad inferior a dieciséis años o especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad, “*no implican, per se, un mayor desvalor, a no ser que las referidas características que se predicen del sujeto pasivo fueran buscadas deliberadamente con el propósito de*

⁴⁹⁶ SANZ MORÁN, A., *La reforma de los delitos contra la vida*, en *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho, estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M., VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), Universidad Complutense de Madrid, 2016, pg. 833.

asegurar el resultado del delito sin riesgo para el autor, lo que fundamentaría la apreciación de la alevosía por una mayor debilidad del bien jurídico"⁴⁹⁷. Esta identificación de la nueva circunstancia del artículo 140.1 con la alevosía hace que, para el autor, sea imposible de apreciarse junto a la alevosía en la figura del asesinato agravado en los casos en que la víctima sea naturalmente indefensa por razón de sus circunstancias de edad, enfermedad o discapacidad, puesto que la apreciación de ambas circunstancias simultáneamente conculcaría el principio de *non bis in idem*. Para QUINTERO OLIVARES se produce, con la nueva regulación, una paradoja en los casos en los que la víctima sea un sujeto de muy corta edad, puesto que la pena sería de asesinato básico con alevosía del artículo 139, esto es, prisión de quince a veinticinco años, mientras que la muerte no alevosa (ni con otra circunstancia del artículo 139) de un sujeto menor de dieciséis años la pena del homicidio agravado sería prácticamente idéntica, de quince a veintidós años, "lo que desde el punto de vista de la diferente gravedad de lo injusto no parece respetar los criterios de proporcionalidad y se aleja de nuestra tradición jurídica".

XII.2.3 – La postura del Tribunal Supremo sobre la alevosía en casos de víctimas naturalmente indefensas y la compatibilidad entre la alevosía y la nueva circunstancia del artículo 140.1.1ª del código penal

Como ya hemos adelantado, la postura del Tribunal Supremo en esta materia ha sido tradicionalmente distinta a la de la mayoría de la doctrina. De manera prácticamente unánime (se cita aquí, a modo de ejemplo, la Sentencia 80/2017, de 10 de febrero) el Tribunal Supremo ha venido considerando el fundamento de la alevosía en "el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una

⁴⁹⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015, pgs. 322 y 323, 2015.

situación de indefensión, cuyo origen es indiferente". Esta indiferencia del origen de la indefensión de la víctima produce, por lo tanto, que *"la concurrencia de alevosía en ataques a niños de corta edad, es por ello pacíficamente proclamada por la jurisprudencia"*, e igualmente que *"la presencia de alevosía en una agresión como la descrita en el hecho probado, a un menor cuya edad se cuenta todavía por meses es hoy en la jurisprudencia cuestión indiscutida e indiscutible"*. Idéntica consideración se encuentra en toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Citamos, a modo de ejemplo y con fechas bastante diferenciadas, a efectos de apreciar lo continuo de su aplicación, las Sentencias 1890/2001, de 19 de octubre, 657/2008, de 24 de octubre, 227/2014, de 19 de marzo o esta 80/2017, de 10 de febrero. De manera absolutamente minoritaria y casi anecdótica ("un islote", en palabras del propio Tribunal Supremo en la sentencia antes citada) se encuentran, por ejemplo, la Sentencia 1738/1989, de 9 de marzo, alejada muchas décadas atrás.

Tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 considera el Tribunal Supremo (Sentencia 80/2017 de 10 de febrero) que *"la regulación de los arts. 138 a 140 CP no arrastra a un cambio en la interpretación"*. A continuación, el Tribunal Supremo realiza el esquema de la nueva interpretación jurisprudencial en materia del deslinde entre la nueva circunstancia del 140.1.1ª y la alevosía. Comienza considerando que *"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"*. Así, entiende 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"*, como por ejemplo *"el homicidio sobre un adolescente de 15 años capaz ya de desplegar su propia defensa"*. Sorprendentemente, el Tribunal Supremo considera también otro grupo de casos en los que sería aplicable el artículo 140.1.1ª pero no la alevosía: aquellos delitos cometidos sobre *"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 atracado cuando está solo". El ejemplo es sorprendente ya que, como ya hemos estudiado en otros apartados de este trabajo, en principio y en contra de nuestra opinión la alevosía sólo considera la defensa proveniente de la propia víctima (y así mismo reconoce el Tribunal Supremo que "*este ejemplo se presta a discusión por cuanto el art. 22.1 CP habla de defensa proveniente del ofendido y no de terceros*"). Sí será aplicable la alevosía en aquellos casos de víctimas menores de dieciséis años indefensas por razón de su corta edad o personas enfermas o discapacitadas física o mentalmente. En estos casos "*nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1ª)*". Evidentemente, en estos casos no será apreciable además la agravante del 140.1.1ª: "*no cabrá apreciar además el asesinato agravado del art. 140.1.1ª pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del bis in idem. Para ello no hace falta replantear ni alterar los contornos de la alevosía*". En estos casos, la opción de decantarse por la alevosía en lugar de por la circunstancia del artículo 140.1.1ª se fundamenta, según el Tribunal Supremo, "*por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4CP)*". Por último, apunta el Tribunal Supremo que ambas circunstancias serán compatibles cuando los hechos que determinan la alevosía no sean la minoría de dieciséis años de la víctima sino una ejecución alevosa mediante otra forma. Así, por ejemplo "*el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138.1 CP (RCL 1995, 3170) (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1ª (por ser la víctima un menor)*", no existiendo en estos casos vulneración del principio *non bis in idem*.

Ayuda también a precisar y delimitar correctamente la postura del Tribunal Supremo la Sentencia 716/2018, de 16 de enero de 2019. En ella,

se considera probado que el autor empuja a la víctima, considerada especialmente vulnerable por razón de enfermedad por haber sufrido un ictus isquémico tiempo atrás, que cae boca arriba por causa de esta enfermedad, no únicamente por la fuerza o sorpresa del empujón. Una vez en el suelo, el autor la apuñala, sin que pueda la víctima defenderse adecuadamente también por razón del ictus sufrido. Aquí entiende el Tribunal Supremo que *“un simple empujón aunque sorpresivo, no determina una situación de indefensión aunque el autor porte un cuchillo, si no media a la vez una enorme inestabilidad de la víctima y facilidad para caerse al suelo. Y que restara la víctima boca arriba, tras caer al suelo, sin reaccionar defensivamente u oponer resistencia alguna, ni siquiera para variar o adoptar postura más recogida o que le cubriera la cara (como indica la intensidad de los descarnados y lacerantes vestigios resultantes de los golpes y puñaladas propinadas), de igual modo, también se explica por la dificultad de movilidad de la víctima, derivada del ictus sufrido. Mientras que la enorme dificultad para hablar le impidió gritar y demandar socorro”*. La situación de la víctima de indefensión deriva tanto del empujón sufrido como de la enfermedad previa, por lo que no cabe deslindar alevosía de especial vulnerabilidad puesto que ambas son integradas por el mismo presupuesto fáctico: el ictus sufrido por la víctima. Así, *“la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad, tal como resulta del contenido de la resolución recurrida, integraba de modo inescindible junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que permitió la estimación de la circunstancia de alevosía”*. En este caso no pueden apreciarse conjuntamente la alevosía y la nueva circunstancia del artículo 140.1.1ª, pues se estaría vulnerando el principio de *non bis in idem*.

No sucede lo mismo en la Sentencia del Tribunal Supremo 367/2019, de 18 de julio, donde el autor arroja súbitamente por la ventana a una niña de diecisiete meses de edad, en presencia de su madre, provocándole la muerte. En este caso el Tribunal Supremo otorga relevancia alevosa a la

sorpresa del ataque, pero, como hemos visto anteriormente, no tanto la sorpresa de la víctima como a la sorpresa de la madre, garante de la seguridad de su hija y potencialmente capaz de defenderla si la agresión no hubiese sido sorpresiva: *“En nuestro caso, el hecho ha sido calificado de asesinato, dada la edad de la menor, que le imposibilitaba para la defensa, y además, dado lo imprevisible del suceso, ya que la madre, que se constituye como garante de la vida de la niña, se ve sorprendida por el ataque del agresor, el cual “de manera sorpresiva y sin que esta pudiera evitarlo, la lanzó por la ventana a través del hueco del cristal que previamente había roto” (Hechos Probados)*”. En la misma línea de la Sentencia 80/2017 de 10 de febrero analizada anteriormente, aquí la alevosía está integrada por el ataque sorpresivo respecto de la víctima, pero también respecto de su madre, y por lo tanto, para el Tribunal Supremo, la aplicación conjunta de la alevosía y la circunstancia de minoría de dieciséis años del artículo 140.1.1^a no es un caso de *non bis in idem*, sino de auténtica *bis in altera*. Sin embargo, más adelante en el mismo Fundamento Jurídico el Tribunal Supremo no parece seguir este mismo razonamiento, pues entiende que *“en nuestro caso, la indefensión proviene del desvalimiento que caracteriza a los ataques a un bebé de meses, por la especial situación de la vulnerabilidad de la víctima. Mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía”*, es decir, que ambas circunstancias se sustentan en el mismo hecho (la corta edad de la víctima), pero que al tener fundamentaciones distintas son compatibles. Termina este discutible razonamiento el Tribunal Supremo entendiendo que *“no tendría sentido castigar con la pena de prisión permanente revisable la muerte alevosa de un menor de 15 años, cuya alevosía quedara prefijada como consecuencia de un ataque sorpresivo frente a víctima menor de 16 años, y por*

consiguiente no desvalido, pues en tal caso no podría alegarse non bis in idem, al ser el fundamento distinto, y sancionar, en cambio, el hecho que ahora revisamos relativo a la muerte de un bebé de 17 meses de edad con una pena menor.“

Por último, analizaremos la Sentencia del Tribunal Supremo 814/2020 , de 5 de mayo, en la que el Tribunal se aparta de la línea sostenida hasta este momento según la cual se considera a la alevosía y a la nueva circunstancia del artículo 140.1.1ª como círculos secantes, es decir, que ambas tienen un ámbito de aplicación específico e independiente de la otra y, al mismo tiempo, otro ámbito de aplicación en el que pueden coexistir si se produce un ataque que elimine la defensa (o, como hemos visto, la defensa de terceras personas) sobre una víctima indefensa o ser prioritaria la alevosía, si se produce una situación en la que la indefensión de la víctima fundamentaría tanto la aplicación de la alevosía como la aplicación de la nueva circunstancia. En esta sentencia, sin embargo, el razonamiento y la conclusión es diferente. Entiende así el Tribunal Supremo que *“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 implica un mecanismo duplicativo (bis in idem) que impida la calificación en el art. 140.1.1º del Código Penal de los hechos referidos”*. Se entiende que ambas circunstancias siguen teniendo un ámbito independiente de aplicación (es decir, que hay casos en los que hay alevosía sin desvalimiento y también casos en los que hay desvalimiento sin alevosía), pero que *“de lo que se trata es de responder a la cuestión de si la muerte alevosa de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa -hay menores que sí pueden defenderse-, impide un tratamiento agravado acorde con su mayor antijuridicidad. Y la respuesta ha de ser negativa. La consideración del asesinato de un niño como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables*

problemas de inherencia". Por lo tanto, para el Tribunal Supremo, la corta edad de la víctima puede fundamentar la aplicación conjunta de la alevosía y de la nueva circunstancia del artículo 140.1.1^a. El Tribunal Supremo traza un paralelismo entre esta situación y la regulación vigente de los artículos 188.1 (párrafo segundo)⁴⁹⁸ y 183.4.a⁴⁹⁹ del código penal, considerando que también se valora dos veces la edad sin que esto suponga un problema de doble valoración de la edad de la víctima. En definitiva, la relación entre la alevosía y la nueva circunstancia del artículo 140.1.1^a es de hiperagravación: *"el art. 140.1.1 del CP 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"*.

XII.2.4 – Conclusiones y toma de postura

Como hemos examinado en las distintas posturas doctrinales sobre la compatibilidad de la alevosía con otras circunstancias afines, dividiremos

⁴⁹⁸ "1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses."

⁴⁹⁹ "4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) *Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años."*

nuestras conclusiones y toma de postura en esta materia en dos grandes bloques, sin perjuicio de que dentro de cada uno de ellos se den también respuestas a distintos problemas.

En primer lugar, sobre la compatibilidad y diferencias entre alevosía y abuso de superioridad, no podemos hacer nuestra la teoría que sostiene que la diferencia entre ambas es de carácter cuantitativo (abuso de superioridad si se reducen las posibilidades de defensa de la víctima y alevosía si se anulan completamente). Esto es así porque en otros ámbitos de este trabajo hemos defendido que se da la alevosía no solamente cuando se anulan completamente las capacidades defensivas de la víctima para asegurar el resultado, sino también cuando éstas se reducen de manera significativa. Asumir este criterio diferenciador entre abuso de superioridad y alevosía nos obligaría no ya a diferenciar cuándo se reducen las capacidades defensivas de la víctima y cuándo se eliminan (cuestión que ya en sí nos parece problemática), sino también cuándo se reducen las capacidades defensivas de la víctima de manera significativa y cuándo se reducen escasamente, lo cual sería difícil de valorar y probablemente no tan relevante a efectos de calificación como lo es la diferencia entre el homicidio y el asesinato.

La diferencia entre abuso de superioridad y alevosía no puede estar, a nuestro entender, por lo tanto, en criterios cuantitativos, sino cualitativos. Una solución tentadora pero insatisfactoria sería la de vaciar de elementos subjetivos el abuso de superioridad: habría alevosía cuando la diferencia de fuerzas ha sido interpuesta o aprovechada por el autor conscientemente y con ánimo de aprovecharse de ella, mientras que el abuso de superioridad quedaría reservado a casos en los que objetivamente exista esta desproporción de fuerzas sin intervención ni aprovechamiento por parte del autor, bastando el conocimiento del desequilibrio por parte del autor. A nuestro entender, esta solución no sería posible por vulnerar el

propio tenor literal del abuso de superioridad: el concepto de “abuso” requiere no solamente que exista una relación de superioridad conocida por el autor, sino que además éste se aproveche de ella, la emplee instrumentalmente.

Descartadas la posibilidad de diferenciar ambas circunstancias por su elemento objetivo (el grado de indefensión de la víctima) y por la existencia o no del elemento subjetivo, la única diferenciación posible que resta en esta materia es la que acude al contenido concreto del elemento subjetivo de ambas circunstancias: la alevosía es una circunstancia, como ya se ha examinado, de carácter tendencial, es decir, su elemento subjetivo consiste en una concreta finalidad del autor en el uso de medios, modos o formas de cometer el delito: la de asegurar su ejecución y eliminar o reducir considerablemente las capacidades defensivas de la víctima. En el abuso de superioridad, por el contrario, no es necesario este elemento final de aseguramiento del hecho: basta con que exista objetivamente una situación de desequilibrio de fuerzas conocida y aprovechada por el autor. El límite, ha de admitirse, no es perfectamente nítido y presentará dificultades probatorias importantes en determinados casos.

En cuanto al problema de la relación entre alevosía y la nueva circunstancia de especial vulnerabilidad del artículo 140.1.1^a, creemos necesario desarrollar primeramente nuestra postura respecto a la aplicación de la alevosía en casos en los que la víctima es naturalmente indefensa.

Esta postura debe responder, a su vez, a varios problemas. En primer lugar, tenemos que poner de manifiesto las dificultades, a las que hemos encontrado pocas o ninguna referencia en la doctrina, de diferenciar indefensión temporal de indefensión permanente, diferencia que resulta trascendental dado que la alevosía se admite unánimemente en el primero

de los casos y se rechaza casi unánimemente en el segundo (por la doctrina, la jurisprudencia admite la alevosía igualmente en ambos casos). Resulta sencillo encontrar ejemplos que muy claramente constituyen indefensión temporal y ejemplos que muy claramente constituyen indefensión permanente, pero otros casos son más problemáticos. No hay obstáculo, por ejemplo, en entender que un recién nacido es permanentemente indefenso, pues, aunque en estrictos términos gramaticales no es correcto (dejará de ser indefenso en diez u once años) desde un punto de vista valorativo es claro que su indefensión ocupa un periodo de tiempo lo suficientemente grande como para que pueda ser considerada permanente. En el sentido contrario, también parece evidente que una persona que está durmiendo una siesta de media hora, por ejemplo, está indefenso sólo temporalmente y quien aproveche o busque ese estado de sueño para cometer el delito lo estará haciendo de manera alevosa. Hay también, sin embargo, casos en los que el criterio temporal no resulta tan automático de aplicar. Pensemos, por ejemplo, en un paciente en estado de coma durante varios días, o en una persona que a causa de una operación quirúrgica queda incapacitado para defenderse durante varias horas. En estos casos la solución correcta no parece ser acudir al criterio cuantitativo temporal, sino al propio elemento tendencial de la circunstancia propio de los casos de indefensión temporal: si la situación de indefensión es aprovechada o buscada por el autor habrá alevosía, mientras que si la indefensión de la víctima es irrelevante para su plan de ejecución, no podrá apreciarse, aunque el autor conozca esta situación de indefensión.

No vemos justificado el cambio de criterio en casos de indefensión temporal (la tendencia del autor) o en casos de indefensión permanente (la indefensión consustancial a la víctima). A nuestro entender, habrá alevosía siempre que la situación de indefensión sea buscada y aprovechada por el autor, sea esta situación de indefensión temporal, permanente o alguno de

los casos “grises” que hemos examinado antes. Lo relevante para la alevosía y lo que capta adecuadamente el mayor desvalor de la circunstancia es que la indefensión de la víctima sea relevante, incluso decisiva, para la ejecución por parte del autor, y esto sucede con independencia de que esa situación de indefensión sea más o menos extensa en el tiempo.

Un ejemplo de esto sería, por ejemplo, los casos en los que la víctima se selecciona precisamente por su carácter indefenso: pensemos en los casos en los que el autor no quiere matar a una persona específica, sino que busca indistintamente a cualquier víctima (en casos de psicopatía violenta, por ejemplo, o de sadismo, en los que el autor busca la satisfacción de provocar daño, no la muerte de una persona concreta). Aquí la selección de la víctima es un medio, modo o forma de ejecución y su indefensión es buscada de propósito por el autor, cumpliéndose sin problemas los requisitos de la alevosía, y esto sucede tanto si la indefensión es permanente como si es temporal. Por llevar el ejemplo al extremo y poner de manifiesto nuestra crítica a la postura mayoritaria de la doctrina de excluir la alevosía automáticamente si la víctima es naturalmente indefensa, pensemos en el ejemplo de un sujeto que entra en el ala de enfermos terminales de un hospital en mitad de la noche, buscando específicamente matar a una persona vulnerable, pero sin importarle quién, y, cumpliendo su plan, da muerte a una persona en estado vegetativo. No hay obstáculo para considerar esta muerte como un asesinato con alevosía, y ello aunque la víctima sea naturalmente indefensa, puesto que se dan todos los requisitos exigidos por el artículo 22.1 del código penal.

Nuestra postura es por lo tanto distinta tanto a la del Tribunal Supremo (que considera la alevosía siempre aplicable por la incapacidad de defenderse de la víctima) como a la de la doctrina mayoritaria (que

considera que la alevosía nunca es aplicable en estos casos). Lo decisivo no es que la indefensión sea permanente, consustancial a la víctima, o que sea solamente temporal, sino el papel que esta indefensión juega en el plan de ejecución del autor. Si es conocida, buscada y aprovechada por el autor podrá apreciarse la alevosía, y si no lo es, no.

Esta postura no cambia en lo que se refiere a la compatibilidad de la alevosía y la nueva circunstancia de especial vulnerabilidad, pues considero, en línea de la postura sostenida perfectamente por ALONSO ÁLAMO examinada anteriormente que ambas circunstancias tienen su ámbito de aplicación diferenciado y propio.

Como hemos repetido en numerosas ocasiones en este trabajo, la alevosía es una circunstancia de tendencia que intenta recoger el mayor desvalor de la acción del autor que dirige la ejecución de un modo, medio o forma tendente a asegurarla sin riesgo. La causa de agravación, como ya se ha analizado, es el aumento probabilístico de la causación del resultado, aumento que no puede ser casual ni accidental, sino que ha de ser provocado o al menos aprovechado por el autor. La nueva circunstancia del artículo 140.1.1ª, por el contrario, tiene su fundamento en un aumento de la valoración de determinados intereses que el legislador considera dignos de protección. Es aquí donde tenemos que hacer una división de la nueva circunstancia en dos grupos de casos distintos derivados de la propia redacción del precepto: por un lado, encontramos los casos en los que el interés que el legislador valora es la igualdad real y la compensación de la desventaja material en que se encuentran determinadas personas por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (segundo inciso del precepto) y, por otro, el interés que el legislador considera es la protección de la juventud o de la infancia (en la referencia a la minoría de dieciséis

años de la víctima)⁵⁰⁰. Ambos grupos de casos serían en realidad círculos secantes, pues existen grupos de población que son menores de dieciséis años y que también son especialmente vulnerables por razón de su edad, pero también otro grupo cumple el primer requisito sin cumplir el segundo (por ejemplo, una persona de quince años con un grado de maduración física similar al de un adulto) y otro que es especialmente vulnerable por razón de su edad sin ser menor de dieciséis años (personas incapaces de defenderse por razón de edad muy avanzada).

Esta doble naturaleza de la circunstancia del 140.1.1^a o, en realidad, la existencia de “dos circunstancias en una” no nos parece en sí misma criticable, en tanto en cuanto es una decisión de política legislativa y es consistente con otras regulaciones de protección de la infancia o juventud en el código penal (pensemos, por ejemplo, en el ámbito de los delitos sexuales) y de las personas especialmente vulnerables, pero desde el punto de vista de técnica legislativa se presta a determinadas confusiones, sobre todo y en lo que nos interesa en la relación entre la minoría de dieciséis años, la especial vulnerabilidad y la alevosía.

Analizamos, en primer lugar, el caso de los delitos cometidos sobre personas indefensas por razón de su edad y en todo caso menores de dieciséis años. En este caso, el principio de *non bis in idem* impide considerar conjuntamente las circunstancias de alevosía y especial vulnerabilidad, pues la corta edad de la víctima es el hecho que determina la apreciación de ambas. En contra del criterio del Tribunal Supremo y su consideración de que “*por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4CP)*” debe apreciarse la alevosía, entendemos que la circunstancia que debería apreciarse en estos casos es

⁵⁰⁰ La denominación de “especial vulnerabilidad” de la circunstancia del 140.1.1^a no es, por lo tanto, completamente acertada, pues sólo son casos de especial vulnerabilidad una parte de los que recoge el precepto. Mantenemos esta denominación, sin embargo, por cuestiones de sencillez gramatical y de consistencia.

la de especial vulnerabilidad, pues la corta edad de la víctima está prevista especialmente en el artículo 140.1.1ª, mientras que la apreciación de la alevosía en estos casos proviene de una interpretación menos directa, y todo ello solamente si partiéramos de la base de admitir, en la línea del Tribunal Supremo que no compartimos, que cualquier delito cometido sobre una víctima de corta edad implica automáticamente la apreciación de la alevosía.

Los delitos cometidos sobre personas menores de dieciséis años, pero con capacidad de defenderse por razón de su edad (por ejemplo, personas de catorce o quince años con un desarrollo físico y mental comparable al de un adulto) pueden cometerse tanto alevosamente como no. Si se comete el hecho con alevosía no habrá obstáculo en aplicar conjuntamente ambas circunstancias, pues los hechos que determinan la alevosía son distintos a la edad de la víctima, mientras que si los hechos se aplican faltando alguno de los elementos de la alevosía habrá de calificarse como homicidio agravado por aplicación únicamente de la circunstancia del 140.1.1ª.

En cuanto a la compatibilidad de la alevosía con el segundo inciso del artículo 140.1.1ª, esto es, las personas especialmente vulnerables por razón de edad, enfermedad o discapacidad, entendemos que esta mayor vulnerabilidad no implica necesariamente una indefensión absoluta, sino que pueden darse casos en los que se mantenga una cierta capacidad defensiva (por ejemplo, en el caso de discapacidades o enfermedades de tipo psíquico o no incapacitantes físicamente, o en el caso de personas de avanzada edad con reflejos o fuerza reducidos pero no completamente nulos). En estos casos habrá que diferenciar si la especial vulnerabilidad implica una indefensión total, casos en los que no podrá apreciarse la alevosía, de aquellos casos en los que se combinan una mayor vulnerabilidad con el mantenimiento de algunas capacidades defensivas,

situaciones en las que podrán darse ambas circunstancias al mismo tiempo si el autor comete el delito empleando medios, modos o formas tendentes a reducir o eliminar las ya naturalmente mermadas capacidades defensivas de la víctima.

En todos estos casos la solución propuesta no nos parece deseable. Los efectos penales de nuestra postura, somos conscientes de ello, son criticables. Opinamos, sin embargo, y en línea de lo sostenido por ALONSO ÁLAMO, que no es nuestra labor enmendar los errores del legislador, sino interpretar las previsiones del código penal según su finalidad y al propio sentido de sus palabras. Las conclusiones a las que hemos llegado intentan ser respetuosas con lo previsto en las normas penales, sin que esto signifique que compartamos y valoremos positivamente lo que en ellas se establece⁵⁰¹. El panorama de los delitos contra la vida tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 nos parece rechazable, entre otros motivos, por los cuestionables efectos penales que la reforma conlleva, especialmente habiéndose comprobado que el Tribunal Supremo continúa aplicando la alevosía en los casos de muerte de seres naturalmente indefensos, lo que convierte, por ejemplo, en más grave la muerte alevosa de una persona de quince años capaz de defenderse que la muerte de un recién nacido. La reforma continúa y amplía la tendencia represiva del derecho penal, pero ésa es su naturaleza y la intención del legislador. Mejor que nosotros lo expresa ALONSO ÁLAMO: *“la tarea del intérprete no es hacer decir a la ley lo que queremos que diga sino extraer su sentido inmanente y evidenciar, en su caso, las contradicciones en las que pudiera incurrir. No se trata, pues, de ocultar sino de poner de manifiesto hacia dónde nos lleva la regulación legal, para favorecer una futura reforma más acorde con los postulados político-criminales del Estado de Derecho”*.

⁵⁰¹ ALONSO ALAMO, M., *La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015*, Cuadernos de Política Criminal, Número 117, pgs. 5-49.

XIII– Conclusiones generales

Enumeraremos aquí las principales conclusiones que hemos ido desarrollando a lo largo del trabajo, remitiéndonos a cada capítulo en concreto para una mayor explicación y justificación de las posturas adoptadas.

1) Sobre la evolución histórica de la alevosía en nuestro ordenamiento jurídico, cabe destacar la larga tradición del concepto de alevosía, si bien con un contenido cambiante a lo largo del tiempo. Así, se ha denominado “alevosía” a delitos específicos e incluso a acciones no delictivas pero contrarias a la ley. El momento determinante para la concreción de la concepción de la alevosía como modalidad ejecutiva de determinados delitos se produce, si bien no de forma perfecta ni definitiva, en las Partidas, donde el actuar alevosamente se equipara al actuar “a traición”. Este concepto de “traición” se define como el actuar contra la lealtad debida, esto es, la no observancia de las normas de comportamiento frente a otro. En el código penal de 1870 se produce una tecnificación de la alevosía, que durará hasta hoy, donde se perfilan ya las dos tendencias de la circunstancia: el actuar “a traición” y “sobre seguro”, entendiéndose como tal el aseguramiento del hecho y el aseguramiento del autor. Esta tecnificación, sin embargo, no es definitiva, ya que en la definición actual de la alevosía encontramos aún elementos derivados de la traición concebida como deslealtad, como examinaremos en otras conclusiones.

2) En el derecho comparado existen circunstancias que solamente de manera parcial o incompleta se asemejan a la alevosía. Así, la alevosía es una institución de origen puramente español, sin que encontremos circunstancias en otros ordenamientos jurídicos que le sean plenamente equiparables. Sí se encuentra de manera generalizada circunstancias que pretenden captar el mismo desvalor, pero ello, como se ha dicho,

solamente de forma parcial. Por poner un ejemplo ilustrativo, la circunstancia francesa del *guet-apens* es equiparable al acecho o a la alevosía proditoria, pero la alevosía incluye modalidades diferentes y elementos adicionales de los que el *guet-apens* prescinde. Desde un punto de vista comparado, la regulación de la alevosía nos parece loable, en tanto en cuanto es la que más correctamente capta el desvalor de las conductas referidas con una correcta (si bien mejorable) técnica legislativa.

3) El fundamento de agravación de la alevosía, es decir, el fundamento político-criminal de la circunstancia, que no ha de confundirse con el fundamento o naturaleza jurídica de la circunstancia, es la mayor facilidad de comisión del delito por parte del autor. No puede encontrarse el fundamento de agravación ni en menciones genéricas al “mayor rechazo social” de la alevosía, pues ese mayor rechazo no es específico de la circunstancia, por lo que mal puede ser su fundamento. También consideramos que la alevosía ha de desprenderse totalmente, en relación con lo que se ha analizado en la conclusión primera, de toda referencia a la deslealtad del autor, manifestado legislativamente en la exigencia de que la única defensa que se considere para valorar la alevosía sea aquella que provenga de parte de la víctima. También ha de rechazarse como fundamento de agravación la mayor cobardía del autor, ya que ni ésta se manifiesta de manera necesaria en todos los casos de alevosía, ni es la cobardía merecedora de rechazo en sí misma. La indefensión de la víctima puede ser el fundamento de agravación de la circunstancia, pero no por considerarse la defensa de la víctima un valor en sí mismo considerado, sino por su papel instrumental en el aseguramiento del hecho, es decir, por ser su eliminación una de las formas con las que el autor aumenta la probabilidad de que el resultado suceda. El auténtico fundamento jurídico de la alevosía, por lo tanto, es el aumento de probabilidad de que el resultado finalmente se produzca, lo cual no es deseable por el legislador.

En este sentido se debe, de *lege ferenda*, hacer desaparecer de la alevosía la referencia a que la defensa deba proceder por parte del ofendido.

4) En cuanto a su naturaleza objetivo-subjetiva, cuestión independiente de si agrava por mayor desvalor de injusto o por mayor culpabilidad, la alevosía es una circunstancia de naturaleza mixta, y ello porque los elementos que la integran son tanto objetivos como subjetivos. Además, estos elementos objetivos y subjetivos son nucleares en la circunstancia, sin que pueda diferenciarse mayor importancia de uno u otro. Especialmente rechazable nos parece la postura del Tribunal Supremo que considera la alevosía como una circunstancia de naturaleza "*predominantemente objetiva*", pues, en la práctica, de ello deriva una menor importancia de los elementos subjetivos, llegando al caso incluso de presuponerlos por la mera concurrencia de los elementos objetivos. Frente a la tendencia objetivadora de la alevosía consideramos importante resaltar la importancia de sus elementos subjetivos específicos, y ello no porque sean más importantes que sus elementos objetivos, sino porque tienden a ser olvidados u omitidos por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia.

5) La alevosía agrava, en consonancia con la teoría de la imputación objetiva, por un mayor desvalor objetivo-final de acción y por un mayor desvalor subjetivo-final de acción, ambos pertenecientes al injusto. El mayor desvalor objetivo-final consiste en el aumento de las probabilidades de que el resultado se produzca, lo cual hace a la acción objetivamente más peligrosa para el bien jurídico desde una perspectiva *ex ante*, mientras que el mayor desvalor subjetivo-final consiste en que ese aumento de peligrosidad ha de ser no solamente conocido, sino diseñado o aprovechado por parte del autor en quien ha de concurrir también la finalidad de asegurar el resultado. Así, el mayor desvalor de la acción tiene dos facetas, no independientes, pero sí distinguibles: una objetiva,

predicable de los medios empleados por el autor, que han de ser objetivamente válidos para que se produzca el aumento de probabilidad de consecución del resultado, y una subjetiva, predicable del autor, que ha de tener la doble intención y voluntad de asegurar, por una parte, el resultado de su acción mediante los medios de comisión elegidos y, por otra parte, asegurarse a sí mismo. Como hemos visto en conclusiones anteriores, este segundo requisito tendencial, si bien indiscutible de *lege lata*, nos parece rechazable de *lege ferenda*, y entendemos que debería tomarse en consideración únicamente la intención del autor de asegurar el resultado de su acción.

6) La alevosía requiere un elemento normativo, en concreto que el delito cometido sea un “delito contra las personas”. Entendemos este requisito de manera amplia, considerando delito contra las personas todo aquel delito en los que la víctima sea una o varias personas. Sin embargo, esto no significa que la alevosía sea automáticamente aplicable a todos estos delitos, sino que de los demás elementos de la circunstancia se deriva a qué delitos puede aplicarse, de la misma manera que, por ejemplo, no puede cometerse un delito contra el medio ambiente por motivos discriminatorios y sin embargo la circunstancia del artículo 22.4 no contiene una limitación sobre su ámbito de aplicación. Del examen conjunto de los elementos de la alevosía concluimos que ésta puede aplicarse a cualquier delito en el que haya una o más víctimas y en el que sea apriorísticamente imaginable una comisión violenta, si bien ésta no ha de ser necesariamente la única forma de comisión. De esta reflexión se deriva también que el elemento normativo de la alevosía es innecesario, ya que no restringe el ámbito de aplicación de la alevosía más de lo que lo hacen el resto de elementos, y, si lo hiciera, tampoco existiría justificación para ello, y por lo tanto de *lege ferenda* debería eliminarse.

7) Rechazamos por innecesaria la clasificación tradicional de la alevosía en alevosía proditoria, sorpresiva y por desvalimiento. Si bien esta clasificación puede ser útil a efectos esquemáticos o didácticos, no debe tomarse como requisito necesario que el comportamiento del autor encaje en una de esas modalidades. También nos merece crítica la categoría de alevosía convivencial creada por el Tribunal Supremo, y ello porque o bien son siempre casos de alevosía sorpresiva o bien no son auténticamente casos de alevosía.

8) No puede, de manera apriorística, determinarse qué son “medios alevosos”, porque los medios no pueden ser intrínsecamente constitutivos de alevosía. Ello implicaría obviar tanto que el concreto empleo de los medios por parte del autor es relevante para el aseguramiento del resultado como la necesidad del elemento subjetivo-final de la alevosía. Más correcto resulta (si bien más engorroso) hablar de “medios potencialmente alevosos”, en el sentido de medios, modos o formas capaces de completar el elemento objetivo de la alevosía. Estos medios pueden tener cualquier naturaleza, ya sea física o moral, o ser activos u omisivos (aunque estos últimos presentan ciertas dificultades).

9) Sobre el aspecto temporal de la alevosía, entendemos que puede darse tanto la alevosía sobrevenida, siempre que se produzca una ruptura del curso causal entre la acción inicial y la ejecución alevosa, ruptura que puede producirse tanto por el paso del tiempo, como por una modificación sustancial en el modo de ejecución o por un cambio en la voluntad del autor, como la alevosía decaída, siendo lo relevante en este último caso la situación de aseguramiento e indefensión en el momento de la ejecución.

10) El elemento subjetivo de la alevosía consiste en la doble tendencia del autor de asegurar el resultado de la acción y de asegurarse a sí mismo, si bien esta segunda finalidad, como hemos visto antes, nos parece criticable

de *lege ferenda*. El elemento subjetivo no se agota, por lo tanto, con el conocimiento por parte del autor de estar empleando unos determinados medios, ni tampoco con el conocimiento del potencial lesivo de esos medios, sino que ha de estar integrado siempre necesariamente por la intención de utilizar esos medios para asegurar la ejecución sin riesgo. Esta concepción tendencial del elemento subjetivo imposibilita la compatibilidad entre alevosía y dolo eventual: el ánimo de asegurar el resultado (elemento necesario de la alevosía) implica de manera necesaria el querer el resultado (elemento del dolo directo).

11) Las conclusiones en materia de error derivan de la consideración de la alevosía como circunstancia en todos los casos, y no como elemento esencial en un delito autónomo de asesinato. El error sobre alguno de sus elementos, por lo tanto, impide su apreciación, sin que existan en materia de alevosía especificidades relevantes respecto de la teoría general del error en las circunstancias.

12) Sobre el efecto de la alevosía, consideramos que es doble: por un lado, despliega efectos como circunstancia agravante general en delitos distintos a homicidio y lesiones, y, por otro, actúa como circunstancia agravante especial de los delitos de homicidio (consideramos, por sus mejores consecuencias prácticas, el asesinato como un homicidio agravado) y de lesiones.

13) Sobre la comunicabilidad de la circunstancia, consideramos que la alevosía pertenece a las circunstancias del segundo párrafo del artículo 65 del código penal, pues consiste "*en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla*". Es aplicable, por lo tanto, a los partícipes que la conozcan en el momento de la ejecución.

14) La circunstancia de alevosía, en los términos en los que se plantea en este trabajo, presenta un difícil deslinde con las circunstancias conocidas como “cuasialevosías” o “alevosías menores”, especialmente con el abuso de superioridad. La diferencia entre ambas estriba en la inexistencia en el abuso de superioridad del elemento subjetivo-final de tendencia propio de la alevosía: no es necesario que el autor quiera con su acción asegurar el resultado final, sino únicamente que conozca y aproveche la diferencia de fuerzas con la víctima.

15) Sobre la alevosía en los casos de víctimas naturalmente indefensas, sostenida por el Tribunal Supremo y criticada casi unánimemente por la doctrina, nos situamos en una postura intermedia. La valoración correcta de la indefensión permanente de la víctima pasa, en consonancia con el elemento subjetivo-final de la alevosía, por el análisis de qué papel cumple esta vulnerabilidad en el plan del autor: solamente si la indefensión es no solamente conocida y aprovechada para la ejecución podrá apreciarse la alevosía. No puede decirse, por lo tanto, que los casos en los que la víctima sea naturalmente indefensa son siempre alevosos ni tampoco que no son nunca alevosos, sino que habrá que partir de la base de que la indefensión de la víctima cumple el elemento objetivo de la alevosía y habrá que estar por lo tanto al resto de los elementos de la circunstancia. Esto sucede tanto si la indefensión de la víctima es temporal como si es permanente, lo cual, además, evita el problema de cómo diferenciar ambas situaciones.

16) La nueva circunstancia del artículo 140.1.1ª del código penal presenta importantes distorsiones valorativas y problemas de interpretación y de deslinde con la alevosía. Aún partiendo de la base de la consideración (errónea, a nuestro entender) del Tribunal Supremo de que todo homicidio o lesión cometido sobre persona naturalmente indefensa constituye alevosía, entendemos que en los casos en los que ambas circunstancias son aplicables debería apreciarse únicamente la nueva circunstancia del

artículo 140.1.1ª, y no la alevosía. Tampoco nos parecen acertadas las sentencias que otorgan un papel relevante a la defensa de un tercero (los padres de un recién nacido, por ejemplo, para esquivar el problema del *non bis in idem*: se aprecia el artículo 140.1.1ª porque la víctima es naturalmente indefensa, y se aprecia la alevosía porque el autor sorprendió a los padres con su ataque. Esta interpretación del sintagma “por parte del ofendido” del artículo 22.1 del código penal no es acertada de *lege lata*, aunque sí sería acertada según nuestra postura sobre la valoración de la defensa de terceros de *lege ferenda*.

17) Trayendo a colación las reflexiones establecidas anteriormente, y únicamente a modo orientativo, proponemos de *lege ferenda* la siguiente redacción de la circunstancia: “*Hay alevosía cuando el culpable emplea intencionadamente en la ejecución del delito medios, modos o formas que tiendan especialmente a asegurar el resultado, eliminando además cualquier riesgo para su persona*”. Esta definición pretende recoger las distintas soluciones propuestas a los problemas más importantes que en este trabajo hemos identificado sobre la alevosía. En concreto, se hace desaparecer el elemento normativo, se deja clara la doble tendencia objetivo-final de los medios (que tiendan objetiva y especialmente, es decir, de manera reforzada, a asegurar el resultado y también a asegurar al autor) así como la doble tendencia subjetivo-final (que el autor emplee esos medios no sólo conscientemente, sino también con la intención de conseguir esas mismas dos finalidades), estableciendo de manera más clara que en la actualidad la auténtica naturaleza mixta de la alevosía y haciendo imposible omitir el elemento subjetivo, tendencia que es habitual en la jurisprudencia. Igualmente, se desvincula de manera definitiva la alevosía de la deslealtad mediante la eliminación del requisito de que el aseguramiento del autor se produzca frente a los riesgos que provengan de la defensa “por parte del ofendido”, decantándonos por lo tanto por poner de relevancia el aseguramiento contra cualquier riesgo,

independientemente de su origen. Podríamos, como hemos desarrollado en el cuerpo del trabajo, avanzar aún más en esta dirección y hacer desaparecer toda referencia al aseguramiento del autor, puesto que, para nosotros, el auténtico núcleo esencial y fundamento de la alevosía es el aseguramiento del resultado, esto es, el aumento de desvalor de acción objetivo-final y subjetivo-final, y no el ánimo del autor de asegurar la ejecución sin riesgos (cobardía). Sin embargo, entendemos que la incorporación de la cobardía al concepto de la alevosía, si bien no sería esencial para la circunstancia, puede servir de importante guía de interpretación y límite para los tribunales, en tanto en cuanto una circunstancia que consistiera únicamente en el aumento consciente y deliberado de las posibilidades de éxito del delito por parte del autor (circunstancia que sería además aplicable a cualquier delito de resultado), si bien no presentaría problemas desde un punto de vista teórico, sí podría suponer importantes problemas de aplicación. El aseguramiento del autor actuaría así como ancla que mantendría la aplicación de la alevosía en unos niveles razonables.

XIV – Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M., *El ensañamiento*, Comares, 2015.

- ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, Universidad de Valladolid, 1981.

- ALONSO ÁLAMO, M., *La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la L.O. 1/2015*, Cuadernos de Política Criminal, Número 117.

- ALTÉS MARTÍ, M. A., *La alevosía (estudio de determinados aspectos de la agravante del Nº 1 del Art. 10 del código penal)*, Universidad de Valencia, 1982.

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Derecho penal español, parte especial (Dir.)*, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2011.

- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, 15ª ed, Giuffré, 2008.

- ANTÓN ONECA, A. *Derecho Penal*, Tomo I, 1949.

- ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal*, 2ª edición, Akal, 1986.

- ARIAS EIBE, M. J., *El error en derecho penal en el Código Penal de 1995*, Dykinson, 2007.

- ARIAS EIBE, M. J., *La circunstancia agravante de alevosía, estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 7, 2005.

- BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, 2001.

- BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Edersa, 1992.

- BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Universidad de Zaragoza, 1995.

- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de derecho penal español, parte general*, Ariel, 1984.

- BUSTOS RAMIREZ, J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Manual de derecho penal, parte general*, 4ª edición, Barcelona, 1994.

- BUSTOS RAMÍREZ, J.J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de derecho penal*, Volumen II, Trotta, 1999.

- CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*, Bosch, 1953.

- CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La premeditación*, Bosch, 1958.

- CARBONELL MATEU, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal, parte especial*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2008.

- CASTEJÓN, F. *Derecho Penal*, Tomo I, Reus, 1931.

- CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, Tomo II, 6ª edición, Tecnos, 2005.

- CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, Tomo III, 6ª edición, Tecnos, 2005.

- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, 1996.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Director), *código penal comentado con concordancias y jurisprudencia, actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010*, Tomo I, 3ª edición, Bosch.

- COROMINAS, J. *Diccionario crítico-etimológico de la lengua castellana*, Vol. 1, 1954.

- CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal, revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ*, Tomo I, Volumen segundo, 17ª edición, Bosch, 1975.

- CUELLO CALÓN, E., *El nuevo código penal español (exposición y comentario)*, Libro I, Bosch, 1929.

- CUELLO CALÓN, E., *El Nuevo código penal español (Exposición y comentario)*, Libro II, Bosch, 1930.

- CHAUVEAU, A. y HÉLIE, F.: *Théorie du Code Pénal*, Tomo III, 1887.

- DE HINOJOSA Y NAVEROS, E. *El Elemento Germánico en el derecho español*, Dykinson, 2019.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del código penal*, Bosch, 1990.

- DE PABLO SERRANO, A, *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, 2018.

- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., DEMETRIO CRESPO, D. (Coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, 2ª edición, Iustel, 2015.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coordinador), y GRACIA MARTÍN, L., (Coordinador), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 1997.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del código penal español*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1977.

- FELIP I SABORIT, D., en SILVA SÁNCHEZ, J. (Director), RAGUÉS I VALLÈS, R. (Coordinador), *Lecciones de derecho penal, parte especial*, 3ª edición, Atelier, 2011.

- FERRER SAMA, A. *Comentarios al código penal*, 1947.

- FIGUEIREDO DIAS, J., *As consequências jurídicas do crime*, Aequitas, 1993.

- GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Directores), *Comentarios al código penal, parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, 2004.

- GARCÍA GONZÁLEZ, J. *Traición y Alevosía en la Alta Edad Media*,

Anuario de Historia del Derecho Español N° 32, 1962.

- GARÇON, E. *Code pénal annoté*, Tomo II, Sirey, 1956.

- GARDNER, T. J. y ANDERSON, T. M., *Criminal law, 12th edition*, Creighton University School of Law, 2015.

- GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français*, Tomo IV, 2ª edición, 1901.

- GEILEN, B., *Heimtücke und kein Ende. Zur Agonie eines Mordmerkmals*, en STREE, W., LENCKNER, T., CRAMER, P. ESER, A., *Gedächtnisschrift für Horst Schröder (Schröder-GS)*, Beck, 1978.

- GENOVÉS GARCÍA, A., *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, Bosch, 2009.

- GIL GIL, A., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director), *Comentarios al código penal*, 2ª edición, Lex Nova, 2011.

- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, 1966.

- GONZÁLEZ CUSSAC (Coordinador), *Derecho penal, parte especial*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, 2016.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coordinador), *Derecho penal, parte especial*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, 2015.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988.

- GRACIA MARTÍN, L. (Coordinador), DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coordinador), *Comentarios al código penal. Parte especial*, Tomo I, Tirant lo Blanch, 1997.

- GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, 1993.

- GROIZARD, A., *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 1902.

- GROIZARD, A., *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo II, 2ª edición, 1902.

- HUNGRIA, N., *Comentarios ao código penal*, Vol. IV, 4ª edición, Companhia Editora Forense, 1958.

- JAKOBS, Günther, *Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)*, en *Juristenzeitung*, 1984, Tomo 39.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal conforme al código de 1928*, Nueva Edición, Reus, 1929.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*, 2ª edición, Hermes, 1954.

- LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española 5*, volumen 2, Madrid, 1970.

- LATTANZI, G., en *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, 4ª ed, Giuffré, 2008.

- LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

- LYRA, R., *Comentarios ao código penal*, Vol. II, 4ª edición, Companhia Editora Forense, 1958.

- MANZINI, V., en *Trattato di diretto penale italiano*, Tomo VIII, Torino, 1951.

- MAPELLI CAFFARENA, B., *Alevosía y poder. El fundamento preventivo general del asesinato alevoso*, en *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol. I, Reus, Madrid, 2020.

- MAPELLI CAFFARENA, B., *El dolo eventual en el asesinato*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988.

- MAQUEDA ABREU, M. L., *De nuevo acerca del error sobre las circunstancias*, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002.

- MAQUEDA ABREU, M. L., *La tortura y otros tratos humanos inhumanos o degradantes*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Número 39, 1986.

- MARCOS GUTIÉRREZ, J. *Práctica criminal de España*, 3ª edición, Madrid, 1824.

- MARTÍN GONZÁLEZ, F. *La alevosía en el derecho español*, Comares, 1988.

- MARTÍNEZ MARINA, J. *Juicio crítico de la novísima recopilación*, edición

digital del Instituto Cervantes a partir de *Obras Escogidas, Tomo II*, Madrid, Atlas, 1968.

- MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10ª edición, Reppertor, 2015.

- MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*, Tomo II, 1905, traducción de DORADO MONTERO, P., 1976, Temis.

- MONTES, J., *Derecho Penal Español, Parte General*, Volumen I, Nuñez Samper, 1917.

- MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), MORALES PRATS, F., (Coordinador) y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, Aranzadi, 2011.

- MORALES PRATS, F., QUINTERO OLIVARES (Director) y MORALES PRATS, F. (Coord), *Comentarios al código penal español*, 7ª edición, Aranzadi, 2016.

- MORILLAS CUEVA, L, *Sistema de derecho penal, parte general*, Dykinson, 2018.

- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, 9ª edición, Tirant lo Blanch, 2015.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, 1999.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 21ª edición, Tirant lo Blanch, 2017.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 22ª edición, Tirant lo Blanch, 2019.

- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2007.

- MUÑOZ CUESTA, J., en MUÑOZ CUESTA, J. (Coordinador), ARROYO DE LAS HERAS, A., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias agravantes en el código penal de 1995*, Aranzadi, 1997.

- OETER, S. *The handbook of international humanitarian law*, 3ª edición, Dieter Fleck, 2013.

- ORLANDIS ROVIRA, J. *Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media*, Anuario de Historia del Derecho Español N° 18, 1947.

- ORLANDIS ROVIRA, J. *Sobre el concepto del delito en el derecho de la Alta Edad Media*, 1945.

- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de derecho penal, parte general*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2017.

- PACHECO J. F., *El código penal concordado y comentado*, Tomo I, 2ª edición, 1856.

- PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, BdeF, 2014.

- PÉREZ ALONSO, E. J., *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, 2013.

- PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, 1995.

- POLAINO-ORTS, M., en *Lecciones de derecho penal, parte especial*, POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), Tomo I, 2ª edición, Tecnos, 2019

- PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M., *Droit pénal spécial*, 5ª edición, Cujas, 2010.

- PRATS CANUT, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G., (Coordinador), *Comentarios al nuevo código penal*, Aranzadi, 1996.

- PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, 1997.

- PUIG PEÑA, F. *Alevosía*, en *Nueva enciclopedia jurídica*, Seix, 1950.

- PUIG PEÑA, F., *Derecho penal*, Tomo II, 5ª edición, Desco, 1959.

- QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español, parte especial*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2015.

- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al código penal*, 2ª edición, Revista de Derecho Privado, 1966.

- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de Derecho Penal*, Volumen 1, Revista de Derecho Privado, 1958.

- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de derecho penal*, I, Revista de derecho privado, Madrid, 1963.

- QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015.

- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al código penal*, Tomo I, 7ª edición, Aranzadi, 2016.

- QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de derecho penal, parte general (acorde con el Nuevo código penal de 1995)*, Barcelona, 1996.

- QUINTO-OLLOQUIEGUI, A., *La alevosía. Aspectos jurídicos, dogmáticos y jurisprudenciales de la agravante del artículo 22.1 del CP español. Comparación con el Derecho italiano*, Revista electrónica de la AIDP, 2014.

- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, 18ª edición, Dykinson, 1995.

- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, parte general*, 16ª edición, Madrid, 1993.

- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal, parte general*, Madrid, 1974.

- RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, 2000.

- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la 2ª edición alemana por LUZÓN PEÑA, D.-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., Thomson Civitas, 2008.

- SÁNCHEZ MORA, F., *Fundamento y naturaleza de la alevosía: conversión de homicidio en asesinato*, Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXVIII, Universidad de Extremadura, 2010.

- SANZ MORÁN, A., *Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 48, Número 3, 1995, pg. 808.

- SANZ MORÁN, A., *La reforma de los delitos contra la vida*, en *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho, estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M., VENTURA PÜSCHEL, A. (Coordinadores), Universidad Complutense de Madrid, 2016

- SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal, parte especial*, Dykinson, 14ª edición, 2009.

- SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de derecho penal, parte especial*, 4ª edición, Dykinson, 2017.

- SILVELA, L., *El derecho penal estudiado en principios*, Madrid, 1874.

- SPAIGHT, J., *War rights on land*, Londres, 1911.

- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Director), JORGE BARREIRO, A. (Coordinador) y otros, *Comentarios al código penal*, Civitas, 1997.

- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coordinador) y GÓRRIZ ROYO, E.

(Coordinador), *Comentarios a la Reforma del código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.

- TERRAGNI, M.A., *Delitos contra las personas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

- TORÍO LÓPEZ, A., *Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)*, en *Repercusiones de la Constitución en el derecho penal*, Universidad de Deusto, 1983.

- VÉRON, M, en *Droit pénal spécial*, 11ª edición, Sirey, 2006.

- VIADA, S., *Código penal reformado de 1870, con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876 concordado y comentado*, Tomo I, 4ª edición, Madrid, 1890.

- VIZMANOS, T. y ÁLVAREZ, C., *Comentarios al nuevo código penal*, Tomo II, Madrid, 1848.

- VOUIN, R, *Précis de droit pénal spécial*, 1953.