

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

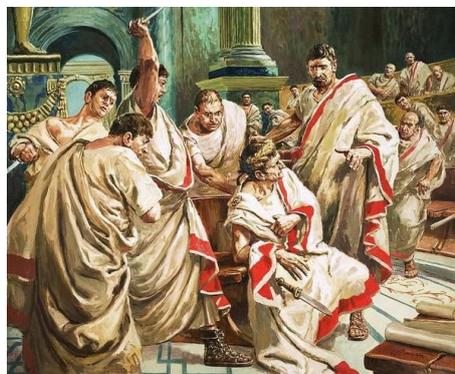
DOBLE GRADO EN ADE Y DERECHO

Trabajo Fin de GRADO



LA ALEVOSÍA

Análisis de la dogmática y de los casos particulares



Autor: Puig Vila-Coro, María

Tutor: Escudero García Calderón, Beatriz

Madrid, diciembre de 2018

Índice

1-INTRODUCCIÓN

2- JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

3- CONCEPTO DE ALEVOSÍA

3.1- Antecedentes históricos

3.1.1- Traición vs alevosía

3.1.2- Alevosía como concepto independiente

3.2- Definición de la alevosía en el CP y sus funciones

3.3- La alevosía en el Derecho comparado

4- ELEMENTOS Y TIPOS DE LA ALEVOSÍA SEGÚN EL TRIBUNAL

4.1- Elementos y tipos

4.2- Sentencias explicativas

5- FUNCIÓN AGRAVATORIA DE LA ALEVOSÍA

5.1- La alevosía como agravante genérica

5.1.1- En los delitos dolosos (art. 66.1 CP)

5.1.2- En los ahora llamados “delitos leves” (art. 66.2 CP)

5.2- La alevosía como agravante específica en determinados delitos

5.2.1- En el asesinato

5.2.2- En las lesiones

6- FUNDAMENTACIÓN DE LA FUNCIÓN AGRAVATORIA DE LA ALEVOSÍA

6.1- Teoría objetiva

6.2- Teoría subjetiva

6.3- Naturaleza jurídica y fundamentación según la doctrina

6.4- Naturaleza jurídica y fundamentación según la jurisprudencia

6.5- Crítica a la función agravatoria: Peligro directo y especial. La agravación como castigo “al listo”

6.5.1- Peligro directo

6.5.2- Peligro especial

7- SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

7.1- Frontera difusa entre alevosía y abuso de superioridad

7.2- Compatibilidad de la alevosía con otras circunstancias agravantes y atenuantes

7.3- Especial consideración de la alevosía sobrevenida. Los concursos de delitos

7.4- La compatibilidad de la alevosía con elementos subjetivos distintos al dolo directo.

7.4.1- Compatibilidad de la alevosía y el dolo eventual

7.4.2- Compatibilidad de la alevosía y la imprudencia

8- CONCLUSIONES

9- BIBLIOGRAFÍA

Índice de abreviaturas

1. CP Código Penal
2. SAP Sentencia de la Audiencia Provincial
3. STS Sentencia del Tribunal Supremo
4. TS Tribunal Supremo

1- INTRODUCCIÓN

La alevosía es descrita en el artículo 22, apartado primero, del Código Penal como el acto de cometer un delito empleando medios, modos o formas que tiendan a asegurarlo y además, a eliminar cualquier tipo de riesgo que pueda suponer la acción para el autor. Se puede deducir entonces que los actos alevosos serán siempre contra la integridad física de las personas, ya sea cobrándose su vida o lesionándola gravemente. Además, cumple una doble función en el Código:

- 1- Constituye una de las agravantes que aumentan la pena en su mitad superior.
- 2- Es un elemento que hace que un delito de homicidio se califique automáticamente como asesinato, con el aumento de la pena correspondiente.

Por lo tanto, un ataque alevoso es todo aquél que no brinda la oportunidad de defensa a la víctima y que además, asegura al autor del delito a salir ileso de su cometido.

Los primeros vestigios de la existencia de la alevosía se encuentran en el Derecho Penal germánico y a lo largo de la historia estará estrechamente ligada a la traición no pudiendo existir la una sin la otra en muchas de las épocas.

La alevosía, no obstante, ha ido mudando en cuanto a su concepto en las distintas reformas siendo a veces un término más restrictivo y otras, uno más amplio.

Hoy en día, el término alevoso, es muy escaso en las distintas jurisdicciones internacionales encontrando en ellas términos afines pero mucho más amplios y con algunas discrepancias comparados con la alevosía en el Estado Español.

Por último, la alevosía constituye un concepto muy polémico en nuestros días y ha recibido múltiples críticas ya que ciertos sectores no entienden qué se está castigando exactamente y abogan por abolir el término al entender que no tiene cabida a día de

hoy puesto que con él, el Estado se excede de sus capacidades para castigar al reo imponiendo una condena en su mitad superior sin motivo calificable de punible.

Por el contrario, otros autores la justifican alegando que al ofrecer a la víctima una posibilidad nula de defender el bien jurídico de su propiedad, éste queda aun más desprotegido y, que por lo tanto, el autor debe de ser más duramente castigado.

2- JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

El concepto de alevosía es introducido en la mente del ser humano desde que es pequeño, remontémonos entonces a esa época.

Julio César, el asesinato más vil y cruel contado desde el concepto puro de la alevosía: por la espalda, en un momento en el que la víctima nada podía esperar donde lejos de poder defenderse como consagrado militar que era, sólo le queda exclamar la frase que quedaría para los restos: *Bruto, hijo mío, ¿Tú también?*

Es en ese mismo momento cuando la mente, que aun es como una esponja y lo absorbe todo, relaciona el concepto de alevoso, sin tan siquiera saber que tiene nombre, para sentenciar más tarde todo ataque que no brinda la oportunidad de defensa como un acto cobarde y de especial gravedad. Como dijo Jescheck: *la alevosía es simplemente el arma de los débiles y los indefensos frente al predominio, la violencia y la brutalidad* (Jescheck, Hans-Heinrich, *Anmerkung zum BGH- Bechluß, pág. 387*).

No obstante, para mi, la alevosía empieza a cobrar un sentido enigmático y atrayente mucho más tarde, en mis primeras lecciones de Derecho Penal y en concreto con un caso real explicado:

Ciudad Universitaria, un hombre hace parar un coche y sin previo aviso dispara al conductor. No obstante, falla el tiro y la víctima consigue meter la primera marcha pero es alcanzado por un segundo proyectil que le causa la muerte. Esa simple fracción de segundo que le brinda involuntariamente el asesino para que pueda reaccionar y tan solo meter una marcha hace que el juez considere que el ataque no ha sido alevoso.

Más tarde, cuando empiezo este trabajo, la alevosía produce en mi una curiosidad mayor pues descubro que es un tema controvertido al existir la pregunta

generalizada de qué se está castigando realmente, ¿La astucia del autor del delito por efectivamente saber perpetrarlo saciando así su deseo? ¿Sería entonces un doble castigo, uno por lesionar o matar y otro por tener la habilidad para efectivamente llevarlo a cabo?

Mi trabajo por consiguiente se centrará en todo lo anterior. En descubrir qué es exactamente la alevosía desde un punto de vista académico pero también en formarme una visión crítica sobre si debería realmente existir o no.

3- CONCEPTO DE ALEVOSÍA

- ALEVOSÍA según la reforma del Código Penal del año 2015, artículo 22, apartado I:

Son circunstancias agravantes:

1ª 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.

- ALEVOSÍA según la RAE

de alevoso

1. *f. Cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente. Es circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.*
2. *f. Traición, perfidia*

Con alevosía

1. *loc. adv. A traición y sobre seguro.*

3.1- Antecedentes históricos

La alevosía surge en el Derecho Penal germánico primitivo como un equivalente a traición apareciendo también en múltiples Fueros como sinónimo de falta de lealtad. No obstante, es un término que irá evolucionando con la sociedad y que adoptará múltiples formas hasta desembocar en el concepto que se considera el más acorde a día de hoy. A continuación se destacarán las reformas más importantes en lo que a la alevosía se refiere:

- Nueva (1567) y Novísima (1805) Recopilación: todo homicidio será alevoso exceptuando los que sean consecuencia de una pelea incluyendo una guerra.
- CP 1822 y 1848: la alevosía sólo se podía dar si a su vez, se consideraba que había existido también traición. Es decir, eran dos términos que necesariamente debían ir unidos.

Haciendo un análisis más detallado del primer Código Penal hay que decir que la esencia de la alevosía como se conoce hoy en día ya estaba presente atribuyéndole un rango calificativo que convierte el delito base de homicidio en uno circunstanciado. Por lo tanto, se podía considerar una modalidad de asesinato siendo una de las claves más importantes aun hoy en día del concepto de alevosía.

- CP 1850: el legislador se vuelve más laxo con respecto a la alevosía y añade que también podrá concurrir cuando se obre sobre seguro y no sólo cuando surja de la traición.
- CP 1870: se desliga de la traición por completo introduciendo el concepto de alevosía que se acepta como el correcto a día de hoy. Es decir, el empleo de medios, modos o formas de ejecución que tiendan a asegurar el delito o eliminar los riesgos de la igualdad de condiciones o superioridad que podría surgir con la defensa del ofendido.
- CP 1928: la alevosía retrocede en el tiempo y se vuelve a considerar como válido y acorde el concepto establecido en 1822.

- CP 1932 y 1944: de nuevo el legislador decide redireccionar el término hacia 1870 y, salvo pequeñas modificaciones, la definición es muy parecida a la del Código actual.

3.1.1- Traición vs alevosía

Históricamente, la alevosía ha estado ínfimamente ligada a la traición. De hecho, hoy en día, el segundo término sigue apareciendo en el diccionario de la RAE como soporte del primero. No obstante, en la alta Edad Media, estos dos delitos discernían en su tratamiento. Las fuentes jurídicas de esa época, de los Reinos de Castilla y León, utilizan estos dos términos en la mayoría de los casos para denominar al autor de un delito determinado.

Según Hinojosa (investigador del Derecho Penal en la alta Edad Media) uno de los delitos que corrompían la estabilidad general era el de la infracción a la fidelidad y sus autores eran llamados traidores o alevosos.

Aun con todo, como se ha anunciado previamente, los dos términos no son estrictamente idénticos. Poniendo un ejemplo para la explicación de este concepto, al autor del delito medieval *causar heridas u otro daño en la persona* se le llamaba alevoso. No obstante, si el mismo delito desembocaba en la muerte de la víctima, el actor era tratado de traidor. Es por ello que parece que en la alevosía no se mostraba claramente que fuese una falta a la confianza en su sentido más estricto.

A lo largo de los años estos dos términos seguirán evolucionando estrechamente ligados hasta tal punto que en los CP de los años 1822 y 1848, la alevosía y la traición no podían darse sin que se produjesen juntos. Es decir, el delito se calificaba de otra manera o quedaba impune si a la traición no le sucedía la alevosía o viceversa.

2.1.2- Alevosía como concepto independiente

En el año 1850, con la reforma del Código Penal, se tratará a la alevosía con más amplitud e independencia dando dos opciones para que pueda ser elemento del delito: traición u obrar sobre seguro para perpetrar el delito. El término alevoso se

utilizará genéricamente para calificar una modalidad de homicidio pasando a engrosar las distintas formas del asesinato.

No obstante, no es hasta la reforma del año 1870, cuando se fija el término de alevosía como se conoce hoy en día, es decir, según el primer fragmento del artículo 22 del Código Penal reformado en 2015.

A pesar de todo ello, esta definición irá metamorfoseándose a lo largo de los años llegando incluso a restaurar los conceptos de alevosía previamente citados antes de que el actual fuese fijado como el correcto en el año 1932.

3.2- Definición de la alevosía en el CP y sus funciones

A modo recordatorio, el CP en su artículo 22, apartado primero, define la alevosía como:

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.

Por otro lado, si se sigue examinando el CP, la alevosía vuelve a ser mencionada conformando el asesinato (Art. 139.1):

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

I. Con alevosía

Por lo tanto, según nuestro Código Penal, la alevosía tiene dos funciones:

- I. Actúa en forma de agravante para cualquier tipo de delito contra la integridad física aumentando la pena en su mitad superior establecida por el legislador.
- II. Al ser una circunstancia del asesinato, convierte automáticamente un delito de homicidio en asesinato con la superioridad de la pena correspondiente.

A modo gráfico, la pena por homicidio es de diez a quince años y la de asesinato de quince a veinticinco años así que basta con introducir un elemento alevoso en el crimen

para que la privación de libertad pueda ascender en hasta quince años.

Como ejemplo de alevosía sin que desemboque en la muerte de una persona, el delito de lesiones. Éste tiene una pena de entre tres meses y tres años. Por lo tanto, si las agravantes provocan que el reo sea castigado en la mitad superior de la pena y, teniendo en cuenta que la persona juzgada que anteriormente no tiene ningún tipo de antecedente penal no es privada de libertad por penas inferiores a los dos años, incurrir en alevosía podría suponer la diferencia entre estar años en la cárcel o que la máxima condena sea pagar una multa o prestar servicios a la comunidad.

Un sector doctrinal, entre el que se encuentra Gimbernau Ordeig (*Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida, 1990*) considera que existe una jerarquía axiológica, a pesar de que el legislador en el art. 22 CP equipara todas las agravantes sin otorgar automáticamente más valor a unas que a otras. Así, la alevosía sería, junto al ensañamiento, y al precio, recompensa o promesa, una circunstancia superagravante. Esto se fundamenta en que el legislador les otorgue en determinados tipos penales un valor agravatorio especial. El abuso de superioridad sería, de acuerdo con esta opinión parecido a una “alevosía de segundo grado”.

A modo de conclusión, de este breve análisis de la alevosía como función que cumple en el Código Penal y por lo tanto, en nuestra sociedad, es fácil deducir el peso que se le ha atribuido. Por lo tanto, tiene lógica pensar que el legislador considera que es tan grave actuar con alevosía que debe de ser duramente castigado. Intentando entender éste punto de vista, surge la idea de que podría ser por que se añade un plus de peligrosidad hacia la sociedad y siendo tan drástico, se podría evitar que se cometieran crímenes donde la víctima no puede defenderse y, por lo tanto, será imposible que salga bien parado a excepción de circunstancias inesperadas.

3.3- La alevosía en el Derecho comparado

La alevosía como concepto único no existe si se amplía la mira a diferentes Estados con sus diferentes Códigos y legislaciones. No obstante, los diferentes términos similares

que se emplean siempre tienen un elemento común: aparecen como punibles y para calificar la pena en su mitad superior respecto a la del tipo básico. En general, la alevosía sirve casi siempre para distinguir el homicidio del asesinato y según aparezca o no, poderlo calificar de un término u otro. En definitiva, aunque se califique de diferentes formas o su intervención en el crimen pueda acarrear penas dispares, la alevosía tiene como percepción universal la condena moral y pública al tratarse de un acto, al entender de la mayoría, *rastrero*. No obstante, esto no podría ser entendido como una justificación válida al aumento de la pena puesto que los juicios morales no deben bajo ningún concepto intervenir en el Derecho Penal.

Realizando un breve recorrido por distintas jurisdicciones:

1. FRANCIA

El término más afín encontrado para la alevosía es *guet-apens* cuya traducción al castellano podría fijarse como emboscada. En Francia, la emboscada se define de forma genérica como esperar más o menos tiempo o en un sitio determinado con el fin de proporcionar algún tipo de daño a la víctima. El daño puede abarcar desde causar la muerte hasta proporcionar un menoscabo físico. Como se puede observar por la discrepancia en términos, alevosía y emboscada no son exactamente lo mismo pero desgranando el segundo elemento, podría tener cierta similitud con el primero sometido a estudio.

2. ALEMANIA

El concepto de alevosía no existe como tal en este Estado. Aun así se fija la premeditación como agravante que podría tratarse como un concepto paralelo al buscado. No obstante, parece ser un término más alejado que el de, por ejemplo, Francia. La premeditación se entiende como el planificar el delito antes de llevarlo a cabo. Por lo tanto, si se tuviese que establecer un nexo entre los dos términos, se podría decir que en ambos casos la víctima no se espera el ataque. Todo ello suponiendo que la premeditación previa ha sido eficiente y se ha desarrollado con éxito. También se puede entender que alevosía y premeditación pueden surgir en un mismo

caso sin eclipsarse la una a la otra puesto que no siempre todos los planes para cometer algún tipo de daño tienen que tener necesariamente el factor sorpresa y la imposibilidad de defensa, de la alevosía, intrínsecos.

3. COMMON LAW

Este caso es muy parecido al anterior previamente explicado puesto que el elemento con más similitudes al de nuestra alevosía sería la *maliciosa premeditación*. Sólo añade el obrar maliciosamente que en ningún caso es necesario para distinguirlo de la premeditación de Alemania puesto que, si se planea hacer daño a una persona, salvo en casos muy excepcionales, la acción siempre será con maldad. Lo mismo ocurre en Estados Unidos que adopta el término con sus mismas características.

4. ITALIA

Para ser un país con tantas similitudes culturales a España, en términos jurídicos muchas veces nada tiene que ver. Por poner un ejemplo, los italianos no tienen el delito de asesinato si no que sólo existe el homicidio que con agravantes, como la premeditación o la utilización de un medio insidioso, pasaría a llamarse homicidio cualificado. Además, buscando una figura jurídica similar a la alevosía se vuelve a encontrar el término premeditación como máxima a la comparación. Todos ellos se acercan más a la teoría subjetiva de la alevosía.

5. BRASIL

Curiosamente, el país a analizar que más lejos está de España es el que reúne en un su jurisdicción las características más afines a la alevosía tal y como se conoce en la española:

Utilizar un procedimiento cruel, insidioso o de peligro común, emboscada o medio que imposibilite o dificulte la defensa del ofendido.

Los brasileños no defienden esta definición como acto alevoso literalmente pero al menos habla de la imposibilidad de defenderse. Por el contrario, si se compara más

detenidamente, utilizan un término mucho más amplio puesto que dan licencia a que el agravado haya podido defenderse pero de un modo más complejo que en una circunstancia normal. En cambio en la alevosía se entiende que la defensa de la víctima ha sido inviable.

Con todo ello y centrando más la discusión en la actualidad con las famosas *euro órdenes* podría dar a pensar este apartado en si los tribunales extranjeros darían por válidas una agravante tal como el de la alevosía ciñéndose a su definición estricta. El primer pensamiento que puede invadir es que sí puesto que todos los términos tratados con anterioridad eran menos restrictivos ya que la alevosía está bastante acotada en que si la víctima tuvo una ínfima oportunidad de defenderse, ya no se considera tal agravante.

4- Elementos y tipos de la alevosía según el Tribunal Supremo

Como final de este apartado, se someterán a un breve análisis tres sentencias diferentes para posteriormente desengranar los elementos que, según el TS, tienen que coexistir para que se pueda sacar a coalición la alevosía.

4.1- Elementos y tipos

A continuación, se desarrollarán los elementos que el TS en su jurisprudencia ha calificado como necesarios para que se condene al reo teniendo en cuenta una interacción del elemento de alevosía en el delito cometido:

1. Elemento normativo → Sólo puede ser posible si el delito se advierte contra una persona siendo imposible contra un objeto, por ejemplo.
2. Elemento objetivo → El autor deberá emplear en su modo de actuar: medios, formas o elementos que conlleven a la culminación del delito al eliminar la posibilidad de defensa de la víctima. No es suficiente que crea en la idoneidad del momento para realizar el acto.

3. Elemento subjetivo → La intención de que la víctima no tenga modo de defenderse no se puede sólo basar en el deseo del agresor de perpetrar el crimen si no que también debe confluír el hecho de querer propiciar una situación que lo libere de una agresión hacia él o de sufrir cualquier tipo de daño.
4. Elemento teleológico → Si realmente se produce una situación de indefensión, se deberá probar una conducta de mayor antijuricidad al emplear modos direccionados a que se lleve a cabo el acto con la finalidad deseada.

El TS, a parte de proporcionar a través de sus distintas sentencias los elementos de alevosía, también distingue varias modalidades:

1. Proditoria → La víctima es ajena a la presencia del agresor. Es decir, éste se encuentra oculto para sorprenderla cuando menos se lo espera. De este modo, el delito se verá perpetrado más fácilmente por el factor sorpresa con el que juega el que lo comete. Es la que tradicionalmente se conoce como traición. El ataque se puede producir cara a cara siendo el factor sorpresa, por ejemplo, un arma oculta o bien con artimañas para atraer a la víctima hasta el punto deseado. Aboga a la forma subjetiva de la alevosía puesto que el autor busca aprovecharse de una situación que propicia.
2. Súbita, inopinada o sorpresiva → Las intenciones del autor permanecen ocultas hasta el ataque. La víctima se encuentra en compañía de éste pero sin pensar que corre ningún tipo de riesgo. El delito se realiza abusando de la confianza de la víctima que en ningún momento siente que debe estar alerta en esa situación y por lo tanto se encuentra tranquila y relajada. Es la definición del CP de 1822 y responde a la forma objetiva de la alevosía puesto que se diferencia de la primera por aprovechar la circunstancia en vez de crearla.
De forma generalizada el tiempo que pasa, desde que al agresor le nace la idea de cometer la acción y la realiza, es mínimo arrebatando a la víctima cualquier actuación de defensa por el factor sorpresa.

3. De prevalimiento, desvalimiento o indefensión → La víctima se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad como puede ser en casos de niños, ancianos, discapacitados o, en circunstancias donde el autor actúa de una forma más ruin puesto que la víctima puede estar dormida, drogada, ebria en fase de crisis aguda o incluso de rodillas.

Esta última modalidad es en la que se considera una mayor culpabilidad por parte del autor del crimen al demostrar como elemento subjetivo una conducta más perversa o *rastrera* y, como elemento objetivo, por ser una forma más lesiva para la sociedad en sí puesto que el atacante es consciente de que está eliminando completamente el riesgo hacia su persona al elegir como víctima seres vivos con una mayor vulnerabilidad sabida por todos. Por ello se entiende que la alevosía tiene un carácter mixto.

No obstante, existe un cierto tipo de discordancia puesto que algunos autores reivindican que la víctima, en el último caso explicado, debe de estar en una situación de desvalimiento superior a la que normalmente presenta puesto que si no, se podría tratar de otra agravante que es el del abusos de superioridad y no el de alevosía. Es por ello, por ejemplo, que en el caso de un recién nacido se ha desestimado dicha agravante al entender que un bebé nunca podría estar en la situación de poder defenderse y que por lo tanto, la alevosía no tiene cabida. Por otro lado, en delitos donde se ven envueltas personas ciegas, por ejemplo, la alevosía se ha tratado con el enfoque de si el agresor podría haber elegido a otra víctima para perpetrar el delito o si por el contrario, el único motivo palpable para atacar a la escogida sería el hecho de ser una persona más vulnerable por su discapacidad física.

Hay que añadir también que en recientes sentencias dictadas por el TS, se ha sumado una nueva modalidad llamada alevosía doméstica que se produce precisamente en casos donde la víctima es atacada en su propio hogar por el agresor que convive con ella y que por lo tanto, no puede esperar dicho agravio.

Además, la jurisprudencia suele excluir como agravante del delito a la alevosía en los casos en que se produzca una riña por considerar que las personas en el instante que se

meten en una situación de tal calibre, pueden esperar en cualquier momento ser atacados por otro de los integrantes de dicha pelea.

No obstante, en un caso como éste, no siempre excluyen dicha agravante puesto que se presenta cierta flexibilidad al considerar diferentes escenarios. Más concretamente, la STS del 24 de abril de 2000 sentencia que sí podrá haber alevosía en las riñas cuando:

- Existe un cambio cualitativo significativo. Por ejemplo, si uno de los participantes saca un arma, ya sea blanca o de fuego, en una riña verbal puede sobrevenir la alevosía ya que la víctima es pillada por sorpresa y por lo tanto, es privada, como acción de respuesta, de la defensa.
- El incidente se considera terminado por una de las partes pero la otra ataca súbitamente sin que a la víctima le dé tiempo a reaccionar. Esta situación se suele conocer como alevosía súbita.

Tampoco se entenderá que hay alevosía cuando haya una previa agresión que pueda alertar a la víctima o cuando se produzca cierto atisbo de defensa por parte de la misma. De igual manera que no se hará cuando el atacante anuncie su propósito antes de llevarlo a cabo o cuando la víctima tenga suficientes razones infundadas para esperar una reacción violenta. No obstante, en el caso de que la persona agredida se defienda pasivamente o en modo de autoprotección, la alevosía sí podrá tenerse en cuenta como circunstancia agravante y habrá que analizar el hecho en concreto pero dando una oportunidad a que concurra dicho elemento en el caso.

4.2- Sentencias explicativas

STS 850/2007, 18 DE OCTUBRE (Alevosía proditoria)

Madrid

En el año 2005 se produce una reyerta en la parada de metro de Sainz de Baranda. Tres chicos de entre 18 y 26 años, sabedores de que es el punto de encuentro de un grupo de la conocida banda *Latin Kings*, reúne a unas veinte personas para atacarles por

sorpresa con armas blancas. De este enfrentamiento, dos personas resultan muy mal heridas.

En el juicio de primera instancia se considera que los acusados vulneran la confianza de las víctimas que en ese momento no pudieron percibir que se encontraban en peligro puesto que estaban en la vía pública. Es por ello, que a algunos de los acusados se les condena a un delito de lesiones y con la concurrencia de la agravante de alevosía y a otros al delito de tentativa de asesinato.

Al presentar un recurso de casación por quebrantar ciertas solemnidades legales en el juicio, al parecer de los acusados, el TS se lo desestima.

De esta sentencia creadora de jurisprudencia se pueden deducir tres aspectos que dan forma en cierto modo a la alevosía. En primer lugar, que no se trata de que el agresor llegue a la conclusión de que ese es el momento óptimo para culminar su crimen si no que debe emplear técnicas o formas para que la defensa de la víctima sea nula. Es decir, que el ataque le sobrevenga de una forma inesperada y por sorpresa. En segundo lugar se podría hablar del dolo con el que se comete el crimen. Éste no sólo deberá estar enfocado a la perpetración del delito sin una defensa si no que, además, el agresor deberá intentar eliminar el posible daño que podría sufrir también por el contraataque. Por último, y siendo el punto seguramente más controvertido, se podría también analizar la antijuricidad del acto que nace en paralelo a la alevosía. El no dar una oportunidad a la persona que se quiere que sufra el agravio de sobrevivir o anteponerse a la agresión. No obstante, a esta discusión casi moral se le dedicará un análisis profundo más adelante.

STS 632/2011, 28 DE JUNIO (alevosía súbita)

Pontevedra

Roberto y Elisabeth son pareja y viven juntos. La mala convivencia por parte de los dos hace que Roberto espere un día a Elisabeth dentro del domicilio y le propine con un ladrillo golpes hasta la muerte. El tribunal de primera instancia condena al acusado de un delito de asesinato concurriendo agravante por parentesco porque coinciden en que el elemento distintivo de la alevosía está presente. Esto es debido a que Roberto espera

a que la víctima entre en su propia casa, sitio en el que se supone que toda persona se siente generalmente seguro, y le propina los golpes de una manera sorpresiva sin que la víctima pueda llegar a defenderse por no esperar esa reacción o comportamiento de su pareja sentimental.

El TS falla en contra del recurso de casación interpuesto por Roberto.

Con esto se puede deducir que la alevosía puede surgir como un elemento premeditado como es el esconderse para que una persona no sea consciente del ataque hasta que ya se está produciendo mermando la capacidad de reacción a nula.

STS 838/2014, 12 DE DICIEMBRE (Alevosía de desvalimiento)

Andalucía

Bartolomé y Nieves, novios desde hace pocos meses, después de ir a cenar a un restaurante se dirigen a un *pub* conocido por la pareja donde trabaja el ex novio de la mujer. Tras una breve charla entre los dos, Bartolomé y Nieves se van a casa puesto que a él no le han sentado muy bien las palabras intercambiadas con el propietario del bar. Aprovechando la intimidad, una vez ahí, Bartolomé golpea fuertemente a Nieves que queda inconsciente. Es en ese momento, cuando ella no puede defenderse de ningún modo, que él aprovecha para asfixiarla.

El tribunal de primera instancia condena a Bartolomé a un delito de asesinato con agravante de parentesco. Considera precisamente que se encuentran ante un asesinato y no un homicidio al confluir el elemento de alevosía en el momento en que el acusado deja inconsciente a la víctima para perpetrar el crimen sin ninguna opción a la defensa o al cambio del curso de los acontecimientos.

El TS falla a favor del tribunal desestimando el recurso de casación y el de apelación.

En este caso en concreto se puede deducir que la alevosía puede nacer de una manera inesperada que ni siquiera el propio autor del delito haya planificado previamente pero se dan una serie de circunstancias que la propician. No obstante, el punto álgido de este caso concreto es que, el autor aprovecha el haber dejado a la víctima inconsciente y por

lo tanto, la situación de desvalimiento, para acabar de perpetrar el crimen y matarla eliminando cualquier tipo de riesgo hacia su persona.

5.- FUNCIÓN AGRAVATORIA DE LA ALEVOSÍA

Como bien se ha expresado en múltiples ocasiones a lo largo de este trabajo, una de las funciones de la alevosía en el Código Penal es la de agravar la pena. A continuación se detallará de modo genérico para más tarde desengranar los delitos dolosos y los leves.

5.1- La alevosía como agravante genérica

Como ya se ha explicado con anterioridad, la alevosía forma parte de las agravantes genéricas del CP y, por lo tanto, todo delito contra la integridad física podrá aumentarse en su grado superior de la pena cuando se de la alevosía. A continuación, se pondrán a coalición dos ejemplos para desarrollar el ataque alevoso como agravante genérica:

5.1.1.- En los delitos dolosos (art. 66.1. CP)

El dolo es definido según la R.A.E. como:

Voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud.

En los actos jurídicos, voluntad maliciosa de engañar a alguien, de causar un daño o de incumplir una obligación contraída.

Por lo tanto, cometer un delito doloso conlleva que el autor lo realiza a sabiendas de que va a hacer daño a la víctima y que además, está cometiendo una ilegalidad castigado en el CP.

Precisamente de cometer un acto doloso habla el artículo 66.1 que esclarece qué pasará cuando confluyan tanto agravantes como atenuantes. Centrándose en los primeros, el artículo sentencia que, en el caso de concurrir uno o más agravantes y ningún atenuante, los jueces o tribunales deberán aplicar la pena en su mitad superior establecida por la ley. Por otro lado, si además se pudiese aplicar alguna atenuante, se

tendrá que valorar y compensar la individualización de la pena pero si una de las dos tiene mayor peso, se aplicará la pena superior o inferior en grado.

Centrado únicamente en la alevosía, al cometer cualquier tipo de acto doloso y además alevoso, el autor se verá sometido a la pena superior que establezca el Código dependiendo de la infracción cometida.

5.1.2- En los delitos ahora llamados “delitos leves” (art. 66.2 CP)

La alevosía es imputable como agravante a la pena por las infracciones que tienen la calificación de delitos contra la persona, por ejemplo, la vida, la integridad física o la libertad eliminando así las que producen el agravio hacia otro bien jurídico pero, ¿Se puede aplicar por igual a los delitos leves ahora que las faltas han desaparecido?

Con la reforma del CP en 2015 se aclaró esta pregunta en el artículo 66.2 donde se explica que serán los jueces y tribunales los que decidan aplicar una pena u otra sin tener que recurrir a los atenuantes y agravantes si no lo consideran necesario. Por tanto, la alevosía en los delitos leves e imprudentes queda sujeta al libre arbitrio del que juzgue el caso en concreto. En el caso de que el lector tenga una breve noción sobre el tema tratado, habrá advertido de que lo anterior le resulta familiar. Esto es debido a que el tratamiento que se le atribuye actualmente a los delitos leves es heredado de las faltas. Este legado tiene sentido ya que para la eliminación de las faltas como tal, muchas quedaron despenalizadas pero otras, que se quisieron mantener, se elevaron a delitos leves.

No obstante, parece fácil imputar en la teoría el hecho que se califica como alevoso pero en la práctica hay infinidad de casos donde habrá que determinar si concurrió esta agravante o no. Algunas de las pautas se pueden deducir por la forma que elige el agresor para llevar a cabo la conducta delictiva como por ejemplo la sorpresa, el sueño o la imposibilidad de la defensa por la velocidad en que se desenvuelven las circunstancias.

5.2- La alevosía como agravante específica en determinados delitos

La alevosía no sólo se utiliza como agravante genérica si no que aparece también como específica en cierto tipo de delitos por el papel fundamental que ocupa en ellos.

5.2.1- En el asesinato

ASESINATO según la reforma del Código Penal del año 2015, artículo 139:

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

- 1.ª Con alevosía.
- 2.ª Por precio, recompensa o promesa.
- 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

La alevosía, a parte de ser una agravante genérico del CP, es una de las circunstancias específicas que convierten un homicidio en asesinato. Por lo tanto, la alevosía, es un elemento tipo del asesinato. Es por ello, que cuando una persona sea condenada por un delito de asesinato, no se le podrá imputar mayor pena por la agravante de alevosía por el principio general del Derecho *Non bis in ídem* que aboga por la imposibilidad de castigar más de una vez, a través del Derecho, a una persona por el mismo delito. Por lo tanto, cuando un homicidio se convierta en asesinato por la concurrencia de la alevosía, ésta se considerará ya implícita sin agravar la pena en su mitad superior del delito de asesinato.

Por consiguiente, al estar estos dos términos estrechamente relacionados, la jurisprudencia ha dividido en tres las modalidades de asesinato cuando concurre alevosía haciéndolas coincidir con las también definidas para la misma. Es decir, asesinato proditorio, súbito/inopinado/sorpresivo y, de desvalimiento.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que para que el asesinato se considere alevoso deben confluír todas las circunstancias entorno al hecho incluyendo las que conciernen al autor. Es decir, se deberán de estudiar las circunstancias tanto

objetivas como las subjetivas que desvelarán si efectivamente realizó el acto de un determinado modo para asegurar la indefensión de la víctima y por consiguiente, la muerte.

Ejemplo de asesinato con alevosía: SAP 465/2014, 10 de noviembre de 2014

El acusado Sergio trabajó en el establecimiento de la víctima Eutimio una temporada. Aprovechando la confianza formada, hizo una copia de las llaves y fue robando periódicamente dinero de la caja sin percatarse de que estaba siendo grabado por una cámara. Cuando llega a sus oídos esta información, Sergio teme que Eutimio le denuncie. Sabedor de las horas donde la víctima se encuentra solo en su negocio, consigue un arma, se pone un pasamontañas y sin mediar palabra con la víctima le pega dos tiros. Ambos en lugares mortales.

A pesar de la petición de la defensa porque se le aplicase la pena en su mitad inferior, el jurado declaró culpable a Sergio por un delito de asesinato por la alevosía que supone entrar en un lugar propiedad de la víctima para que no espere el ataque y propinarle dos tiros sin que ni si quiera se pudiese dar cuenta de que había alguien más en su establecimiento. No obstante, su pena fue rebajada por la atenuante de colaborar con la policía pero también agravada por la tenencia ilícita de armas.

5.2.2- En las lesiones

El delito de lesiones está comprendido en el CP en el artículo 147 y atenta contra uno de los bienes jurídicos más importantes: la integridad física o psíquica. Es por ello que la pena debe de ser, según el acto, de privación de libertad. Tan es así, que no hace falta que confluja ningún tipo de agravante para que se pueda llegar a aplicar esa pena que irá desde los tres meses de cárcel hasta los tres años o una multa de seis a doce meses. Solo una circunstancia debe confluir para llegar a aplicar dicho castigo:

- I. Tratamiento médico o quirúrgico objetivo para sanar.

La vigilancia o seguimiento médico no será suficiente para considerar lo anteriormente dicho.

En el caso de que la lesión tenga otras características que las citadas anteriormente, la pena se reducirá a una multa. Por último, para que algo de lo narrado llegue a ocurrir, deberá ser la víctima o su representante legal el que denuncie los hechos.

Por lo tanto, el artículo analizado habla de un tipo de lesión genérico donde ningún tipo de agravante ha tenido un papel en la actuación. Es por ello que el siguiente artículo, el 148 del CP, se encarga de esclarecer este asunto. En concreto, los delitos de lesiones donde la alevosía está presente, se plasma en el artículo 148.2. En él el legislador explica que en el caso concreto, la pena oscilará entre tres y cinco años de privación de libertad.

Por lo tanto, cuando una persona lesiona a otra con alevosía, el legislador le vuelve a castigar con el grado más elevado de la pena. Únicamente por no brindar la oportunidad a la víctima de defenderse, el autor del delito deberá lidiar con penas más serias. Esto podría deberse, como todo caso de alevosía, a que el bien jurídico protegido tiene un blindaje especial por la importancia que tiene y por lo tanto, es recíproco a su protección. Además puede disuadir a la persona de dañar a la otra de manera sorpresiva, lo cual supone una mayor protección para la sociedad.

6- FUNDAMENTACIÓN DE LA FUNCIÓN AGRAVATORIA DE LA ALEVOSÍA

Antes de intentar aportar el porqué de esta agravante y qué razón de ser le ha encontrado el legislador para que prevalezca hasta nuestros días, hay que especificar que es un asunto complicado y que no siempre se encontrarán las mismas opiniones al respecto. De toda formas hubiese sido difícil una pensamiento unificado puesto que se trata de un término definido hace más de un siglo y que en particular siempre ha causado diferentes controversias.

En primer lugar se definirán las dos teorías generales más reconocidas sobre la alevosía para poder establecer unas bases y así llegar al fondo del asunto:

6.1- Teoría objetiva

Los medios son el centro del análisis en este caso incidiendo en que basta con utilizarlos en el momento de cometer la acción aunque sea por un acto tan humano como el instinto. Los defensores de esta teoría opinan que no hace falta que haya una premeditación previa y el agresor se provisione de los medios necesarios si no que, es suficiente con que en el momento de la agresión se dé cuenta de la situación de ventaja en la que se encuentra y lo aproveche.

Esta teoría clasifica así los medios y no el sujeto. El elemento de la alevosía por lo tanto, se ve con un plus de antijuricidad entendiendo que el bien jurídico atacado (la vida o el cuerpo) corre un mayor peligro pues el sujeto afectado no puede hacer nada para salvaguardarlo.

6.2- Teoría subjetiva

Se centra básicamente en el porqué de las formas que utiliza el delincuente para asegurar la consumación del delito evitando su propio menoscabo físico. Excluye el análisis del resultado último y analiza a la persona junto al fin de su acción. El fundamento entonces de que exista la alevosía como agravante es la premeditación del acto que incluiría una culpabilidad extra por intentar asegurar tanto su cometido como su persona sin darle las mismas oportunidades a la víctima.

A modo de resumen de las dos teorías, en la primera el sujeto busca *crear* una situación empleando medios, formas o modos y en la segunda basta con *aprovechar* la situación que en muchos casos puede ser sobrevenida.

Hoy en día, la doctrina y la jurisprudencia han avanzado en su desarrollo de la alevosía añadiendo, además de las dos teorías, elementos tales como el desvalor del resultado y el de la acción que modifican el sentido subjetivo-objetivo planteando así si el fundamento está más enfocado a la culpabilidad o si por el contrario, el fin es la injusticia que supone.

Por último y como unificación de todo lo explicado, la teoría objetiva aboga por la antijuricidad y la subjetiva por la culpabilidad.

6.3- Naturaleza jurídica y fundamentación según la doctrina

Autores como Del Rosal (*Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo, 1961*) consideran que el legislador, cuando plasmó la alevosía en el CP, se centró tanto en matizar en qué circunstancias exactas surgía que se olvidó de justificarla.

A diferencia que en la jurisprudencia, el fundamento de los autores para que la alevosía tenga sentido ha sido de lo más variado y heterogéneo. Autores como Cuello Calón (*Derecho Penal. Parte Especial, 1957*) han expresado que la alevosía se debe considerar una agravante por la culpabilidad que implica. Esta es la postura más tradicional. Varios, consideran que la verdadera agravante de la alevosía es la perversidad que acarrea y por lo tanto, el desprecio a la ley que supone.

Otros autores, como por ejemplo Carbonell Mateu (*Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena, 2010*), aseguran que el actuar con alevosía conlleva una mayor incriminación al ser una forma cobarde y dar a entender que no se valora el bien jurídico como se debería puesto que en ese caso, se dejaría al propietario pelear por él.

Bacigalupo (*Derecho Penal. Parte General, 1999*), en cambio, aporta a la doctrina el punto de vista de que si la alevosía agrava es por la confianza que la víctima ha depositado en el autor. No obstante, esto pierde peso por la confluencia de otras agravantes como son el abuso o el quebrantamiento de confianza.

Por mucho que la doctrina se haya ido creando de diversas opiniones, a medida que pasa el tiempo y el Derecho avanza, muchos de los autores que se posicionaron firmemente por una idea, la rectifican para dar otro matiz. Es así como uno se puede dar cuenta que es un tema complicado y que no existen en él las verdades absolutas. Lo que sí parece claro es que la fundamentación material se debe a Antón Oneca (*Derecho Penal, 1983*) que defendió la idea de que la agravante se apoya en la alarma social que se crea al asegurar la perpetración del delito.

Como era de esperar, la doctrina liga estrechamente la naturaleza con el fundamento y es por ello que, como se ha explicado anteriormente, los criterios son realmente

amplios. No obstante, como nexo en común a casi todos los autores, se encuentra la idea de la antijuricidad y la culpabilidad que florecen al emplear la alevosía y que justifican el que sea una agravante.

No son pocos los autores como Díez Ripollés (*Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de 1992, 1993*) que abogan a la coincidencia entre el elemento subjetivo y objetivo defendiendo que existen las mismas posibilidades de que aparezcan juntas como que no.

Otros, como Puig Peña (*Derecho Penal, 1941*), señalan que es imposible que a la objetividad no le siga algo de subjetividad puesto que siempre confluye la culpabilidad al existir un modo elegido por el autor y que a sus ojos es el idóneo para que el crimen se perpetre bajo su voluntad.

Por último, los que defienden la subjetividad como elemento primordial tienden a tener un enfoque más tradicional y ligan esta agravante con figuras como la traición o la cobardía.

6.4- Naturaleza jurídica y fundamentación según la jurisprudencia

Son muchos los años que transcurrieron hasta que la jurisprudencia cambió su parecer sobre la alevosía oscilando del criterio subjetivo al objetivo. Esto abrió la puerta a poder calificar como alevosos los actos con sorpresa o hacia niños, durmientes o ebrios puesto que no se necesita la premeditación. Es por ello que se puede comprobar que al igual que el fundamento, la naturaleza en la jurisprudencia ha ido mudando a lo largo de los años y las corrientes hasta llegar al actual: el carácter mixto con predominio del objetivo debido a su plus de antijuricidad sin poder olvidar el grado de culpabilidad al hacer uso de un modo o forma que asegure el acto.

A lo largo del tiempo la jurisprudencia ha tenido distintos argumentos para intentar fundamentar la alevosía y así darle una justificación al simple hecho de que exista. Por ejemplo, centrándose en el modo objetivo se ha expresado que es más cruel al utilizar conscientemente unos medios determinados y, desde el punto de vista subjetivo, el propósito perverso de la aseguración del crimen.

Además, el TS ha asegurado en varias sentencias que la alevosía tiene un carácter mixto (plus de antijuricidad y de culpabilidad) y que es precisamente eso lo que hace que cobre sentido y que tenga fundamento, sin olvidar que el carácter objetivo es el dominante:

"la alevosía ofrece dos aspectos complementarios que patentizan su carácter mixto, pues su vertiente objetiva consiste en un modus operandi que comporta el aseguramiento del resultado elimina la posible defensa de la víctima, y en consecuencia evita riesgos al agente, mientras que en la faceta subjetiva concurre un requisito intencional o teleológico, implícito en la forma verbal tiendan de la definición legal, que se proyecta o inciden sobre los elementos objetivos, a través de factores instrumentales o modales de variada morfología."

6.5- Crítica a la función agravatoria: Peligro directo y especial. La agravación como castigo "al listo"

El artículo 22.1 del CP deja claro que la alevosía se produce cuando se asegura el delito especial o directamente. Cuando una persona realiza una infracción punible por la ley penal se sobreentiende que precisamente está tipificada por hacer peligrar un bien jurídico. Siguiendo estas dos premisas se puede llegar a la conclusión que entonces, lo que se considera agravante realmente es la peligrosidad de que el autor llegue efectivamente a perpetrar su crimen por medio de formas que eliminen la defensa y además salir ileso. Tras una breve reflexión, se podrían sacar dos posturas ante este asunto.

La primera estaría encaminada a que la alevosía debe ser una agravante puesto que el crimen ha sido perfeccionado sin significar ningún riesgo para el autor y por lo tanto, él y la víctima no se han encontrado en igualdad de condiciones. Sin olvidar la cobardía del acto por no brindar una oportunidad a la otra persona. No obstante, esto último no se puede castigar pero sí, como ya se ha visto con anterioridad, la culpabilidad y antijuricidad.

La segunda, que ha eclosionado causando una gran polémica, aclama que lo que realmente se castiga, implementando la alevosía como agravante, es que el criminal realice el acto con inteligencia y asegurándose de perpetrar sus intenciones. El *castigo al listo* que, queriendo cometer un acto determinado, consigue el fin perseguido con las formas más efectivas y adecuadas. La verdadera controversia entonces surge en la discusión de si se debería castigar o no el asegurar las intenciones puesto que lo que es realmente punible es el daño al bien jurídico y no la forma con la que se lleva a cabo. Partiendo de la base de que obviamente, si realmente la intención es dañar dicho bien jurídico, la ley no puede obligar a elegir una vía que no asegure el agravio poniendo además la integridad física en peligro.

No obstante, a continuación se analizará el peligro directo y especial del que la ley habla para arrojar algo de luz sobre el asunto.

6.5.1- Peligro directo

El término es controvertido pues lo primero en lo que hay que ponerse de acuerdo es si el legislador utilizó la palabra *directo* para referirse a lo mismo que cuando se la atribuye al dolo, es decir, el fin perseguido es perjudicar el bien jurídico y no surge eventualmente como daño colateral al realizar otra acción. En este sentido como el dolo es directo, por la ley de *acción-reacción*, el peligro también tiene que serlo: si el fin perseguido es dañar el bien, el peligro es directo inequívocamente.

No obstante, esta explicación carece de sentido absoluto puesto que entonces, la alevosía no tendría cabida en lo modalidades del asesinato, por ejemplo, con dolo eventual.

Como explica Claus Roxin (*Zur Normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord*, 1997):

«En general tendrá que decirse que un homicidio intencionado de manera típica –como también otros delitos– llegará a ser planeado de tal manera, que normalmente tiene que salir bien (porque éste es precisamente el objetivo del hecho y porque además sólo esto puede proporcionar al autor la esperanza de escapar a un pena muy grave sin ser

descubierto). Pero lo que es típico para un homicidio intencionado, no debería *eo ipso* fundamentar el caso más grave de comportamiento delictivo [asesinato (alevoso)]».

Por desgracia, con este desengranaje del peligro directo sólo puede quedar claro como máximo por qué cuando se actúa con dolo directo es más grave que de otra forma pero no está claro por qué actuar con alevosía tiene una pena mayor. Habrá que acudir en consecuencia al peligro especial por si pudiese arrojar más claridad al asunto tratado.

6.5.2- Peligro especial

En principio, el peligro especial no parece aportar mucha más peligrosidad a la acción que el directo puesto que cuando la intención del autor es dañar el bien jurídico, parece lógico pensar que utilizará los medios especiales y apropiados para ello evitando los que le puedan alejar de su motivación. Siguiendo este hilo conductivo no parece haber una razón de peso para agravar el delito.

Como expresa Günther Jakobs («*Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984*):

«Todo proyecto de homicidio, que se completa, es suficientemente peligroso (cada plus de peligro sería superfluo)».

Por lo tanto, parece una redundancia añadir una doble temeridad al peligro en sí puesto que, salvo casos excepcionales, el hecho sigue siendo dañino para la víctima sin tener que entrar a analizar ese plus de peligrosidad.

Es por ello que ese peligro especial sólo podría subsistir si no consistiese en lo explicado previamente en vez de en la cualidad del riesgo cuando intercede la comisión alevosa. No obstante, para dar por buena esta corriente habría que investigar los diferentes tipos de amenaza y por qué el de la alevosía en concreto presenta más que otros.

Habiendo estructurado los dos peligros que parecen ser los desencadenantes de castigar tan duramente la alevosía se puede decir que ,aun entendiendo la buena intención del legislador al comprender que la víctima no se ha podido defender, para el criminal parece conllevar un doble castigo. El primero sería agredir gravemente el bien jurídico no habiendo discusión en el por qué de la ilegalidad y punibilidad del acto. El segundo, cometerlo con la destreza suficiente para efectivamente perpetrarlo siendo

éste el punto de discordia puesto que no parece razonable que se castigue el ser astuto para llevar a cabo la intención deseada y con la que se ha planeado el acto.

Por otro lado, también se podría alegar que el verdadero castigo reside en el *juego sucio* que se emplea por no rebajarse al nivel del agredido y dejar claras las intenciones permitiendo así que víctima y delincuente intercambiasen los papeles. No obstante, el *juego sucio* referido ya se encuentra tipificado en el homicidio intencionado no teniendo cabida por lo tanto como agravante.

En resumen, parece lógico pensar que si realmente se quiere hacer daño físico a una persona, se haga de tal forma que se aplique un modo o se aproveche una situación que se presenta como sobrevenida para llevar a cabo el deseo sin que la víctima pueda resistirse. También es normal intentar que no se revierta la situación puesto que a nadie le gusta experimentar dolor aunque se le quiera causar a otro y, es humano intentar llegar a un fin por el camino más fácil.

Por otro lado, si efectivamente se castiga la audacia del autor por cometer el crimen se podría estar dañando el principio de *Non bis in ídem* puesto que al autor se le está castigando dos veces por aparentemente lo mismo: una vez por su astucia a la hora de emplear los métodos más adecuados para cometer el crimen y una segunda vez por efectivamente lograr su fin.

Además, el criminal también puede llegar a pensar que en el peor de los casos donde no consigue perpetrar su crimen, si el intento es de forma alevosa, por ejemplo por la espalda, puede que la víctima no consiga identificarle y salir impune.

Por lo tanto, si el legislador se ciñese a estas explicaciones, no parece lógico castigar en modo de agravante el acto punible indiscutiblemente que se realiza con astucia. Castigar al *listo de la clase* por hallar el método de llegar al objetivo de la forma más rápida y fácil posible saliendo ileso en el intento.

7- SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

Cierto tipo de supuestos suscitan una mayor complejidad a la hora de determinar si efectivamente es aplicable la alevosía. A continuación se detallan unos pocos.

7.1- Frontera difusa entre alevosía y abuso de superioridad

ABUSO DE SUPERIORIDAD según la reforma del Código Penal del año 2015, artículo 22, apartado I:

Son circunstancias agravantes:

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.

Son cuatro los elementos que permiten la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad:

1. Fuerzas significativamente desiguales entre el agresor y el agredido. Éste desequilibrio puede ser medial, referido a los medios utilizados, o personal cuando los atacantes constituyen un mayor número en comparación con los agredidos, por ejemplo.
2. La superioridad tiene que disminuir las posibilidades del agredido de defenderse pero sin eliminarlas por completo.
3. El atacante debe ser conocedor de dicho abuso de superioridad y hacer uso de la ventaja.
4. La superioridad tiene que ser inherente al delito bien por ser un elemento típico, bien porque para llevar a cabo ese delito era necesaria.

De esta breve introducción al abuso de superioridad, lo que más concierne para este caso en concreto, es el punto dos puesto que desvela la gran diferencia con la alevosía. En un primer momento se puede deducir que los dos términos son similares. La clave reside en la defensa del agredido: cuando es nula se hablará de alevosía y cuando es mínima o reducida de abuso de superioridad.

No obstante, aunque en la teoría se pueda explicar en un breve párrafo y parezca que no hay cabida para la confusión, en la práctica se han planteado casos donde las discusiones sobre qué agravante había que aplicar y por qué son latentes.

7.1.1- Caso de los menores e incapaces

Este supuesto en concreto presenta muchas discrepancias puesto que no hay unanimidad entre jurisprudencia y doctrina. Para la primera, matar a un niño/discapacitado es alevoso conllevando, por tanto, el delito de asesinato implícito por ser uno de sus elementos.

Por el contrario, la segunda defiende que cuando se daña a un niño/discapacitado la superioridad del atacante, en el caso de ser adulto, es inherente a éste y que por lo tanto, no se busca ni se propicia esa ventaja. En este último caso se produciría una agravante pero el acto podría seguir calificándose de homicidio.

Otros están de acuerdo con este razonamiento pero abogan diferentes motivos. Como bien es sabido, la alevosía confluye cuando el actor utiliza unos modos específicos para eliminar un posible ataque por parte de la víctima. Por lo tanto, según su razonamiento, las fuerzas de las dos personas tienen que ser similares para poder pensar que el ataque puede volverse en contra del mismo autor. Es por ello que no puede haber alevosía en los casos en que se agreda a un niño puesto que nunca serán medibles sus fuerzas con las de un adulto. Este desarrollo tiene sentido para menores pero no para personas con discapacidad puesto que, en muchos casos, sus fuerzas pueden ser iguales o incluso superiores. Es decir, no tiene por qué ser proporcional el grado de discapacidad a la fuerza física. No obstante, también entienden que el legislador más que por estos motivos, considera alevoso la muerte de un niño o discapacitado por ser los casos que más alarma social infunden.

A modo resumen, en la alevosía el autor busca propiciar una situación concreta a diferencia del abuso de superioridad que es inherente al sujeto. Por lo tanto, desde la lógica, parece más coherente darle la razón a la doctrina pues es cierto que el adulto no utilizará medios o formas para anular la defensa del menor o discapacitado si no que, por las propias condiciones físicas o psíquicas, se propiciará que la defensa de la víctima sea limitada.

Como reafirmación de la incongruencia, el artículo 140 apartado 1 del Código Penal:

1. *El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

1ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

Este artículo expresa que quien asesine a un menor de dieciséis años o incapaz, sufrirá la pena de prisión permanente revisable. Por lo tanto, de ello se puede deducir que también existen los homicidios de menores o discapacitados. Si es así, la alevosía no podrá ser un elemento fundamental en los casos donde la víctima sea menor o incapaz pues entonces pasaría directamente a ser asesinato y en el artículo 140 no tendría cabida el especificar la modalidad de asesinato para diferenciarla del homicidio.

7.2- Compatibilidad de la alevosía con otras circunstancias agravantes y atenuantes

Como primera observación a tratar en este tema, las STS de 17 de febrero de 1996 y 19 de abril de 1997 aclaran que la alevosía es compatible con cualquier circunstancia atenuante referida a trastornos mentales que pueden oscilar desde la enajenación mental hasta un trastorno mental transitorio. Esta afirmación se fundamenta en que la persona que se encuentra en tal estado tiene la capacidad, aunque ésta esté alterada, para conocer la gravedad de la acción que va a efectuar y por lo tanto, también la tiene para eliminar voluntariamente la defensa del ofendido. Es por ello que si se entiende que el actor tenía la lucidez para comprender el alcance de su ofensa y el modo de llevarlo a cabo, dichas circunstancias serán compatibles con la alevosía. Por otro lado, en el caso de que la invalidez mental no sea transitoria y esto le pueda servir de eximente, si el juez considera oportuno internarlo en un centro adaptado para tales casos, la permanencia será igual que la de pena de asesinato puesto que la alevosía seguirá latente y no podrá tratarse de un homicidio.

Siguiendo esta misma línea, la alevosía es compatible con la atenuante de grave adicción puesto que nada tiene que ver encontrarse en una situación parecida a la de enajenación mental transitoria con no poder ejecutar la acción utilizando medios o formas para anular la defensa de la víctima y asegurar no salir perjudicado.

Por lo tanto, también será compatible con la atenuante de acciones realizadas por estímulos tan fuertes como pueden ser los estados pasionales o de arrebató. La explicación de este último caso sigue la estructura de lo anteriormente contado siempre

y cuando la persona sea consciente de lo que ha supuesto utilizar ciertas formas o medios para llevar a cabo la acción deseada.

La jurisprudencia en todos estos casos se pronuncia favorablemente en cuanto a su compatibilidad fundamentándolo en que la persona tiene el raciocinio mermado pero no anulado por completo y esto hace que puedan concurrir a la vez una agravante y una atenuante que variarán la pena según el peso que tengan cada una.

En cuanto a la alevosía y la compatibilidad con la legítima defensa incompleta, la opinión de la doctrina y la jurisprudencia es prácticamente idéntica: los propios conceptos son imposibles de casar.

Por el contrario, la alevosía sí que es perfectamente compatible con la atenuante de que el culpable confiese antes de saber que el procedimiento judicial va a ir contra él. La razón fundamental es que la agravante es en el momento de cometer el crimen y la atenuante se produce, como medida de reparación del daño, después de la actuación. Por lo tanto, al pertenecer a momentos tan dispares en el tiempo, podrán confluír en una misma sentencia.

Tampoco será compatible la alevosía con las agravantes de disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de las circunstancias como lo pueden ser el tiempo, el auxilio o el lugar. Ello se debe a que todo lo anteriormente nombrado son agravantes similares y, por lo tanto, aumentan la pena por circunstancias muy parecidas como lo son la disminución de la defensa del ofendido. Si unas la disminuyen y la alevosía la anula por completo, difícilmente se producirán todas en un mismo acto.

No obstante, si el disfraz o el aprovechamiento de circunstancias no se utilizan como medio para debilitar la defensa de la víctima o para favorecer la impunidad del agresor, sí serán compatibles con la alevosía como excepción siempre y cuando sea demostrable.

Por supuesto, la alevosía será compatible con agravantes tales como el precio o la recompensa o, el ensañamiento puesto que nada tienen que ver y son perfectamente acumulables a una misma acción sin inmiscuir las unas en las otras. Además, el artículo 139 del CP las corona como agravantes para que el homicidio sea calificado de asesinato

y por lo tanto, no tendría sentido que no pudiesen relacionarse entre sí aunque no tengan que darse todas para castigar al reo por un delito de asesinato.

Por último, el abuso de confianza comprendido como compatible con la alevosía tiene una doble lectura. Por un lado, en algunas ocasiones, la primera agravante nombrada se produce cuando efectivamente se utiliza como medio la confianza para perpetrar el crimen. Por lo tanto, al propiciarse dicha confianza una indefensión de la víctima, el TS en múltiples sentencias la ha entendido comprendida en el más amplio sentido de la alevosía descartando su compatibilidad como consecuencia. No obstante, se puede dar algún caso donde víctima y verdugo se conozcan, la confianza sea una forma de facilitar la comisión del delito pero que al mismo tiempo, la acción sea alevosa de por sí. En este caso, las dos agravantes podrían entenderse como compatibles en una misma acción.

7.3- Especial consideración de la alevosía sobrevenida. Los concursos de delitos

Hasta ahora, la alevosía estudiada ha sido la inicial, es decir, la que aparece desde el primer momento de la acción delictiva. No obstante, existe otro tipo denominado alevosía sobrevenida que suele estar presente en series delictivas que se pueden considerar inmediatas en el tiempo. Más concretamente, al terminar una acción castigada por el CP que no presenta inicialmente signos de alevosía podría sobrevenirle otra alevosa inmediatamente después pero con el tiempo suficiente para ser tratadas como diferentes. Estas dos acciones diferentes pero seguidas la una de la otra en el tiempo, tienen el nexo de la víctima que será la misma en ambos casos. Es importante destacar que, aunque conexas, la segunda acción debe ser distinta para no poder calificarla como parte de la primera puesto que en ese caso, la alevosía no tendría cabida al no estar la víctima desprevenida de cara al ataque.

Es por ello que la clave de la alevosía sobrevenida es determinar si han concurrido dos acciones delictivas inmediatas en el tiempo o si, por el contrario, sólo una. Si efectivamente el ataque se puede dividir en distintos estadios, la alevosía sobrevenida podría introducirse como factor para determinar la pena. Por el contrario, si la acción se identifica como única, no se podrá hacer uso de esta agravante puesto que la víctima ya

estaría en sobre aviso que ese ataque mortal o fatídico se podría producir al estar ya siendo agredido por el autor del crimen.

A modo de ejemplo:

*STS 892/2007, 29 de octubre de 2007

Valladolid

Carlos José y Silvia, embarazada, deciden separarse después de años de matrimonio. Ambos pertenecen a dos familias gitanas que desde ese momento se enemistan. Al ser imposible la comunicación entre los dos para establecer las bases del divorcio, deciden contratar a mediadores que destensen dicha situación. No obstante, éstos no llegan a desarrollar la tarea puesto que unas horas antes de la reunión se produce una reyerta mortal. Estando Carlos José en el barrio donde reside la familia de su exmujer, se encuentra con unos cuantos de los integrantes. Inmediatamente se produce una disputa que llega a las manos pero los transeúntes, que son testigos del hecho, rápidamente consiguen separarlos. No obstante, cuando parece que todo ha finalizado y que Carlos José va a volver a montarse en su coche, éste saca una pistola súbitamente alcanzando a varios de los integrantes del clan de Silvia y matando a uno de ellos.

El TS reitera el fallo de primera instancia a favor de la familia de Silvia y considera que confluje la agravante de alevosía sobrevenida. Esto es debido a que, como se ha explicado brevemente, el ataque desde el principio de la disputa hasta el fatídico final se puede dividir en dos estadios. El primero sería la pelea más verbal que física donde las víctimas podrían haber estado en sobre alerta de un posible ataque. El segundo es cuando se producen los disparos. Es en esta fase donde nace la alevosía sobrevenida: los integrantes de la familia de Silvia, las víctimas, no podían esperar ese ataque por considerarse una respuesta desmedida a los antecedentes y por haber dado la discusión por finalizada. Es por ello que no pudieron ofrecer ningún tipo de resistencia como quizás habrían hecho si el ataque se hubiese producido en el primer estadio de la acción.

*STS 4 de marzo de 2002

Un matrimonio tiene una fuerte discusión en el interior de su casa y la mujer decide frenarla abandonando el domicilio. Cuando todavía se encuentra en el marco de la puerta, el hombre la obliga a volver a entrar al interior del domicilio. Acto seguido, la estrangula causándole la muerte.

La defensa del caso propuso como agravante la alevosía sobrevenida dividiendo el ataque en dos estadios: la discusión primera y el estrangulamiento después de conseguir que volviese a entrar. No obstante, el TS postuló que en este caso no podía admitirlo por considerar que la acción delictiva sólo tuvo una primera fase siendo indivisible en dos y que por lo tanto, sería más apropiado la agravante de abuso de superioridad. Es decir, sólo se había producido una acción puesto que la disputa continúa hasta la puerta de la casa y el obligarla a entrar es una continuación que finalmente desemboca en el fatídico final. La víctima no pudo bajar la guardia en ningún momento ya que no hubo un cese de la discusión ni algún indicio que le indicase que ya estaba a salvo al no haber salido ni del lugar de la disputa.

Cuando se produce la alevosía sobrevenida, como en el primer ejemplo, se puede hablar de concurso de delitos. Poniendo una situación sencilla para explicarlo:

Una persona intenta matar a otra pero no lo consigue. No obstante, momentos después cuando la víctima considera no correr peligro, el atacante consuma su crimen.

El concurso de delitos surge de los dos estadios producidos en la acción: el primero es tentativa de homicidio y el segundo sería asesinato con la agravante de alevosía.

Podría ocurrir también el caso contrario en que una situación que en un principio fuese alevosa más tarde se consumase sin la agravante: el agresor intenta matar a la víctima mientras duerme (acto alevoso) pero ésta se despierta y consigue defenderse no sin poder zafarse del destino fatal (acto no alevoso).

El concurso de delitos puede ser de tres tipos y vienen reflejado en los artículos 73, 74, 75, 76 y 77 del CP:

- 1- *Ideal* → se producen varios tipos de delitos en una misma acción: mediante varios disparos se imputa delitos de homicidio y destrozos de los coches de al rededor.
- 2- *Real* → se producen varios tipos de delitos de varias acciones consecutivas: se fuerza una cerradura, se roban varias cosas de una casa y a la salida se agrede al propietario.
- 3- *Medial* → se producen varios tipos de delitos como consecuencia de querer realizar uno en concreto: la víctima muere a consecuencia de las lesiones producidas. Al autor del delito se le castigará por la muerte y no por las lesiones puesto que comete tal delito como medio para matar a la persona.

Añadir que cuando se produce un concurso de delitos habiendo alevosía sobrevenida, suele ser real por separar el delito en varias acciones consecutivas.

7.4- La compatibilidad de la alevosía con elementos subjetivos distintos al dolo directo

En el dolo directo, el autor del delito utiliza los medios y formas acordes al daño que quiere producir. A modo de ejemplo, la intención del asesino es efectivamente matar a su víctima y la muerte no es consecuencia de un acto que no iba encaminada a ese desenlace. No obstante, la alevosía no es exclusiva de este tipo de dolo si no que se puede dar a consecuencia de otras circunstancias. A continuación se analizarán las dos más estudiadas: el dolo eventual y la imprudencia.

7.4.1- Compatibilidad de la alevosía y el dolo eventual

El dolo eventual se puede definir como la acción que se realiza aun sabiendo que llevándola a cabo podría causar un daño a otra persona. Es decir, la intención del asesino no es matar a la víctima pero aun así lleva a cabo un determinado acto que tiene una alta probabilidad de desencadenar el fatídico resultado.

Una sentencia reciente de 30 de noviembre de 2017 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo pone fin a la duda que surge al intentar compatibilizar el dolo eventual y la alevosía. Ésta afirma rotundamente que no hay ningún tipo de obstáculo para relacionar

los dos términos en una misma acción debido a que el agente puede tratar de asegurar el efecto, que en un primer momento buscaba, evitando la defensa de la víctima y que al mismo tiempo, el acto desemboque en la muerte aunque no fuese la intención primaria.

Poniendo un claro ejemplo de la compatibilidad entre alevosía y el dolo eventual:

Caso Marta del Castillo.

Miguel Carcaño, en medio de una discusión verbal con Marta del Castillo, le propina un golpe mortal en la cabeza con un cenicero. El ataque es rápido e inesperado y a la víctima no le da tiempo a reaccionar y mucho menos a defenderse. El dolo de Carcaño es claramente eventual puesto que no pretendía matar a la víctima pero claramente se podía deducir de la acción que efectivamente ése podría ser el desenlace. Analizando las circunstancias, el tribunal decide condenarle por asesinato por concurrir alevosía en el acto y, por lo tanto, haciendo concurrir los dos elementos analizados.

No obstante, pese a la aclaración del TS y las muchas sentencias existentes, son muchas las dudas y opiniones que han generado los dos términos relacionados a lo largo de los años.

Muchos de los detractores de juntar alevosía y dolo eventual, basan sus creencias en que si el actor no tenía la intención de matar a la víctima, probablemente tampoco deseaba anular su defensa y asegurar su propia integridad. Aun así, parece lógico afirmar que la alevosía puede ser sobrevenida y que, aunque la intención final no fuese la muerte de la víctima, el autor quería menoscabar su integridad física de manera intencionada anulando la capacidad de reacción como método para lograr su fin último.

7.4.2- Compatibilidad de la alevosía y la imprudencia

En cuanto a la doctrina, la opinión más generalizada es la de excluir la imprudencia del asesinato, lo que varía son las diferentes razones que dan los autores.

Autores instan a que no es congruente relacionar la imprudencia con un asesinato alevoso puesto que éste, por lógica, siempre será doloso ya que requiere la intención de asegurar el doble fin de causar la muerte y salir ileso.

No obstante, sí que imaginan un asesinato alevoso donde la imprudencia está presente. Éstos explican que puede darse el caso donde se propician los elementos para que se dé un asesinato doloso sin que hayan sido previamente maquinados por el autor o que ni siquiera se dé cuenta de que así se han producido.

Por otro lado, para la jurisprudencia no cabe ningún tipo de matiz ni caso excepcional, afirma que la imprudencia y la alevosía son elementos incasables:

la incompatibilidad de la alevosía en los delitos culposos, es consecuente con la falta de dolo en la comisión del delito. La alevosía es una circunstancia mixta, que requiere de un elemento objetivo, consistente en el empleo de medios, modos y formas de ejecución del delito, y de un elemento subjetivo, que se concreta en la intencionalidad de no correr riesgo alguno por parte del agresor y que provenga de una posible reacción defensiva de la víctima. La imprudencia, supone por el contrario una falta de previsión en las posibles consecuencias o prevenibles de un determinado evento. La calificación dada por el tribunal al homicidio cometido, impide la posibilidad de que se aplique la agravante citada (STS 17 de Marzo de 1989, RA nº 2693).

8- CONCLUSIONES

- 1- La alevosía se encuentra definida en el artículo 22.1 CP como una de las agravantes genéricas. La alevosía se da cuando se comete el delito a través de medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar el resultado eliminando el riesgo de que el agresor sufra algún tipo de daño y que la víctima pueda defenderse. Además de como agravante genérica, la alevosía opera en algunos delitos como agravante específica. Ello es así cuando el legislador quiere otorgar a la alevosía en un caso concreto un valor agravatorio mayor, por ejemplo, en el asesinato. Se puede decir que tras la reforma de 2015 el ámbito de aplicación de la alevosía se ha visto aumentado, puesto que muchas faltas han pasado a ser delitos leves, de manera que, de acuerdo con el art. 66.2 CP, los jueces o tribunales pueden apreciar a su parecer la alevosía en este tipo de delitos.

- 2- A pesar de que el legislador en el art. 22 CP equipara todas las agravantes sin otorgar automáticamente más valor a unas que a otras, un sector doctrinal aboga por la existencia de una jerarquía axiológica entre ellas. Así, la alevosía sería, junto al ensañamiento, y al precio, recompensa o promesa, una circunstancia superagravante. Esto se fundamenta en que el legislador les otorgue en determinados tipos penales un valor agravatorio especial. El abuso de superioridad sería, de acuerdo con esta opinión parecido a una “alevosía de segundo grado”.
- 3- La alevosía surge en el Derecho Penal germánico primitivo como un equivalente a traición sufriendo múltiples cambios y no es hasta 1850, con la reforma del CP, cuando se le atribuye cierta independencia introduciendo una variante a la traición, el obrar sobre seguro.
- 4- La alevosía, tal y como la entendemos en nuestro Derecho, no es fácil de encontrar en el Derecho comparado pues, aun habiendo términos similares en distintos países, el concepto de la misma es dispar. Curiosamente, a pesar de la distancia, Brasil es el país que reúne en su jurisdicción el término más similar al del Estado Español.
- 5- El TS en su jurisprudencia ha designado como cuatro los elementos de la alevosía: normativo, objetivo, subjetivo y teleológico, pero lo cierto es que la jurisprudencia pone el acento en el elemento objetivo: la indefensión. La doctrina, por el contrario, realiza una interpretación objetivo-subjetiva, identificando la alevosía con la anulación de la defensa. En mi opinión, el criterio doctrinal es más acertado y acorde con la exigencia del legislador de la utilización de medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar el resultado (art. 22.1 CP).
- 6- De acuerdo con la jurisprudencia, existen tres tipos de alevosía. El primero se conoce como proditoria: el agresor se encuentra oculto para sorprender a la

víctima. En el segundo, la súbita, las intenciones del autor permanecen ocultas hasta el ataque. Por último, la alevosía de prevalimiento se describe como la de mayor culpabilidad puesto que la víctima tiene una especial vulnerabilidad al poderse tratar, por ejemplo, de niños, ancianos o discapacitados. Esta última es la que más polémica suscita puesto que algunos autores reivindican que la víctima debe encontrarse en una situación de desvalimiento mayor a la que normalmente presenta pues si no se podría hablar de abuso de superioridad en vez de alevosía. Considero acertada esta opinión: la alevosía ha de ser buscada por el autor. De este modo, habrá alevosía en los casos en los que la indefensión haya sido provocada por el autor -alevosía proditoria y sorpresiva- y en los casos en los que el desvalimiento haya sido expresamente buscado.

- 7- Entre el abuso de superioridad y la alevosía hay una frontera difusa. Uno de los criterios para distinguirlas reside en la defensa del agredido. En la primera es mínima o reducida y, en la segunda, es nula. No obstante, en la práctica supone un gran dilema a la hora de aplicar una u otra. Existe otro criterio más correcto a mi juicio: el origen de esa indefensión. En la alevosía la superioridad se busca, mientras que en el abuso de superioridad es inherente al sujeto activo. Así, la jurisprudencia pone el acento en el elemento objetivo: la indefensión, mientras que la doctrina identifica la alevosía con la anulación de la defensa. En mi opinión, el criterio doctrinal es más acertado y acorde con la exigencia del legislador de la “utilización de medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo” -el resultado- (art. 22.1 CP).
- 8- La alevosía en los delitos donde la víctima es menor o incapaz presenta aun más discordancia puesto que una parte de la doctrina aboga por el abuso de superioridad y la otra por la alevosía. Los que están a favor de que sea abuso de superioridad razonan que el niño o discapacitado no se encuentra en una situación de vulnerabilidad superior a la del resto de su tiempo. y, que por lo tanto, la superioridad del adulto que comete el crimen es inherente a su persona.

Parece congruente posicionarse en el lado de la doctrina que aboga por el abuso de superioridad en el caso de menores o discapacitados puesto que la ventaja de la persona que agrede o mata a un menor o discapacitado no es instada por la misma, viene implícita en su condición y sobretodo en la de la víctima. Por lo tanto, no utiliza ningún medio para propiciarla.

9- La alevosía sobrevenida es más difícil de demostrar y por ello como clave se encuentra el determinar si han concurrido dos acciones delictivas inmediatas en el tiempo o una. En el caso de que la respuesta se una, la acción no se podrá calificar como alevosa puesto que la víctima ya estaba prevenida de que los movimientos del agresor podrían desembocar en una situación fatídica. Por el contrario, si las acciones se pueden separar en dos inmediatas en el tiempo propiciando un concurso de delitos real (normalmente), sí se podrá hablar de alevosía puesto que la víctima podría no esperarse el ataque.

10- La alevosía también es compatible con el dolo eventual y ejemplo de ello es el caso de Marta del Castillo. A Miguel Carcaño se le representaba como probable la producción del resultado de muerte cuando golpeó a Marta del Castillo en la cabeza y por la espalda con un objeto contundente. Por tanto, se puede apreciar la alevosía, aunque no hubiera dolo directo sino dolo eventual respecto de la muerte.

11- La alevosía y la imprudencia son dos términos que difícilmente casan en una misma escena. Muchos autores instan a la incongruencia de que un asesinato alevoso sea imprudente puesto que siempre existe el dolo.

12- Existen múltiples críticas al peligro especial y directo que se refiere el Código cuando habla de alevosía. Si con directo se equipara al dolo, se puede entender por qué es más grave actuar con la intención de realizar el acto pero no por qué hay que agravar la alevosía. Respecto al peligro especial, toda intención de matar es suficientemente peligrosa para que lo demás sea superfluo.

El término de alevosía es muy polémico en sí al no entender qué se está castigando realmente y por qué. Al cometer una infracción punible por la ley se entiende que está tipificada precisamente por la peligrosidad que tiene dañar un bien jurídico. Si esto es cierto, castigando la alevosía se estaría aleccionando la astucia del autor por efectivamente llevar a cabo su cometido. Esto da que pensar si entonces lo que agrava la pena es cometer un acto de la forma más fácil posible y menos perjudicial. Por lo tanto, si la afirmación anterior es cierta, se estaría imponiendo al reo un doble castigo: uno por dañar el bien jurídico y otro por saber llevarlo a cabo de la manera más eficaz.

Por último, si el castigo a cometer un delito alevoso no tiene fundamento en lo anterior y es debido a la deshonestidad del acto, al no dar opción de defensa a la víctima, desde un punto de vista penal sería inadmisibile puesto que la moral no tiene cabida a la hora de juzgar al reo.

9- BIBLIOGRAFÍA

Artículos y obras

Antón Oneca, José (1965) *Historia del Código Penal de 1822*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 18, Páginas 263-278.

Arias Eibe, Manuel José (2005) «La circunstancia agravante de la alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial». Revista electrónica de Ciencia Penal Y Criminológica, núm. 07-03, pág. 03:1- 03:36. Disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf>

Barranco Gámez, José Manuel (2017) *El concepto de alevosía penal y su evolución histórica*. Pórtico legal. Disponible en: http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=537

Del Rosal, Juan (1968) «De la alevosía» Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 21, Fasc/Mes 2, págs. 311-318.

Del Rosal Blasco, Bernardo (1999) «La alevosía en el Código Penal de 1995». Manuales de formación continuada, páginas 271-298.

Figuroa Navarro, Carmen y Cámara Arroyo, Sergio (2013) <<Jurisprudencia del Tribunal Supremo>>. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Sección de Jurisprudencia. Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2013-10051500554 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Jurisprudencia d el Tribunal Supremo

García González, Juan (1962) *Traición y alevosía en la Alta Edad Media*. Anuario de historia del Derecho Penal, nº 32, páginas 323-346. Disponible en:

https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=traicion+y+alevosia+en+la+alta+edad+media

Genovés García, Aurora (2016) <<Estudio sobre los casos de muerte por causa de violencia de género en Andalucía (2005-2015)>>. Junta de Andalucía. Disponible en:

<https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Estudio-casos-violencia-genero-2005-2015.pdf>

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990) «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (Dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ob. cit., págs. 438 y s.

Jiménez Asenjo, Enrique (1954) *El elemento psicológico en la alevosía*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 7, páginas 451-468. Disponible en:

https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=el+elemento+psicologico+en+la+alevosia

Luzón Cuesta, José María (2008) *Compendio del Derecho Penal*. Editorial Dykinson.

Masip de la Rosa, Iván (2016) *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*. Tesis doctoral. Disponible en:

<http://eprints.ucm.es/40865/1/T38281.pdf>

Mesa Valiente, Alfonso (2000) *El delito de asesinato cualificado por la alevosía*. Tesis doctoral. Disponible en:

<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3734>

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (1996) *El Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch.

Real Academia Española (2018) *Diccionario de la Lengua Española*. Definición de alevosía.

Roma Valdés, Antonio (2015) *Código Penal comentado*. Página 261, editorial Tirant lo Blanch.

San Vicente Samá, Alejandro (1950) «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía». *Revista general de Derecho* nº65, páginas 76-80.

Sánchez Mora, Francisco Javier (2010) «Fundamentos y naturaleza de la alevosía: conversión del homicidio en asesinato». *Anuario de la facultad de Derecho* nº28, páginas 281-299. Disponible en:

https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querry=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=fundamento+y+naturaleza+de+la+alevosia

Silva Sánchez, Jesús María (2011) *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Atelier.

Universidad de Navarra (2018) «Abuso de superioridad». El sistema español: los delitos.

Disponible en:

<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/abusosuperioridad.html>

Vacchelli, Ezequiel (2016) *Acciones defensivas entre cónyuges en contextos no confrontacionales: un principio de análisis*. Facultad de Derecho, investigación del doctorado. Disponible en:

http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/6235/vaccheliponmesa11.pdf

Whitman abogados (2017) «¿Es compatible la alevosía con el dolo eventual?»

Disponible en

<https://www.whitmanabogados.com/compatible-la-alevosia-dolo-eventual/>

Legislación

España. Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal, Boletín Oficial del Estado de 22 de junio de 1989 (148) I. Disposiciones generales, Jefatura del Estado. BOE-A-1989-14247.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995 (281) I. Disposiciones generales, Jefatura del Estado. BOE-A-1995-25444.

Jurisprudencia

España. SAP de Sevilla 1/2012, 13 de enero de 2012. Ponente: Juan Romeo Laguna. Número de resolución: 1/2012. Fecha de resolución: 13 de enero de 2012. Emisor: Audiencia Provincial de Sevilla, sección séptima.

España. SAP 465/2014, 10 de Noviembre de 2014. Ponente: Javier Domínguez Begega. Número de Recuerdo: 4/2011. Procedimiento: Tribunal del jurado. Número de resolución 465/2014. Fecha de Resolución: 10 de Noviembre de 2014. Emisor: Audiencia Provincial-Asturias.

España. STS del 24 de abril de 2000. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cueva. Número de Recurso:995/1995. Procedimiento: Penal. Número de Resolución: 415/2000. Fecha de Resolución:24 de Abril de 2000. Emisor: Tribunal Supremo- Sala Primera, de lo Civil.

España. STS 357/2002, 4 de Marzo de 2002. Ponente: Eduardo Moner Muñoz. Número de Recurso: 403/2001. Procedimiento: Penal. Número de resolución: 357/2002. Fecha de Resolución: 4 de Marzo de 2002. Emisor: Tribunal Supremo- Sala Segunda, de lo Penal.

España. STS 850/2007, 18 de Octubre de 2007 sala 1ª. Ponente: Manuel Marchena Gómez. Número de Recurso: 10469/2007. Procedimiento: Penal. Fecha de Resolución:18 de Octubre de 2007. Emisor: Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal.

España. STS 892/2007, 29 de Octubre de 2007. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. Número de Recurso: 10123/2007. Procedimiento: Penal. Número de Resolución: 892/2007. Fecha de Resolución: 29 de Octubre de 2007. Emisor: Tribunal Supremo- Sala Segunda, de lo Penal.

España. STS 632/2011, 28 de Junio de 2011. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Número de Recurso: 10093/2011. Procedimiento: Penal-Jurado. Número de Resolución: 632/2011. Fecha de Resolución: 28 de Junio de 2011. Emisor: Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal.

España. STS 838/2014, 12 de Diciembre de 2014. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Número de Recurso: 10517/2014. Procedimiento: Penal-Jurado. Número de Resolución: 838/2014. Fecha de Resolución: 12 de Diciembre de 2014. Emisor: Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal.

