

M.^a Guadalupe Domínguez Dueñas

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia de la FICP.

~La alevosía. Breve estudio jurisprudencial~

La circunstancia agravante de alevosía de la que trata este trabajo, consiste en el empleo de un medio, modo o forma que tiende a asegurar el éxito en la ejecución del delito sin riesgo para el agresor, así, el especial desvalor de la conducta podemos fijarla en el hecho de que el sujeto activo maquina un plan que le sitúa en una posición de clara preeminencia frente a su víctima, de forma que dejando al sujeto pasivo en una situación de indefensión se garantiza el éxito en la ejecución del delito sin riesgo para su persona. Ello es precisamente lo que le hace merecedor de un reproche añadido.

I. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA AGRAVANTE

Conforme señala la Real Academia de la Lengua Española, el término *alevoso* significa en su primera acepción *cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente. Es circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. En su segunda acepción: traición, perfidia.*

La idea de traición está absorbida en la circunstancia agravante de alevosía desde los Fueros Municipales, donde el significado de alevosía implicaba el obrar sobre seguro y utilizaba conjuntamente los términos de traidor y alevoso; pasando por las Siete Partidas donde a la alevosía se le da el significado de deslealtad o traición, hasta nuestros días.¹

Por su parte, el actual Código Penal define la alevosía en su art. 22.1, dentro del Capítulo IV donde se contemplan las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, señalando 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 del ofendido.*

Vemos como en el referido precepto lo relevante es la forma en que actúa el autor, cómo realiza la acción antijurídica; no pretende el legislador agravar la pena en función

¹ QUINTO-OLLOQUEGUI, A. La Alevosía. Aspectos jurídicos, dogmáticos y jurisprudenciales de la agravante del artículo 22.1 del CP español. Comparación con el Derecho italiano. Revue électronique de l'AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP (ISSN - 1993-2995), 2014, A-01:1, p.2

de qué hace el autor, porque cada delito contra las personas (en los que la agravante puede aplicarse) ya está regulado de forma concreta con su pena correspondiente, sino que pretende agravar dicha pena en función de cómo se lleva a cabo la acción delictiva.²

Es una agravante genérica aplicable únicamente a los delitos contra las personas, excluyéndose para otras figuras delictivas

Respecto a los elementos de la alevosía cabe analizar los mismos de la mano de la STS de 15 de febrero de 2005 cuando señala que se exigen cuatro elementos necesarios:

- *un elemento normativo* consistente en que debe tratarse de un delito contra las personas.

-*un elemento objetivo* que consiste en que el autor utilice en la ejecución medios o formas objetivamente adecuados para asegurar la ejecución, eliminando las posibilidades de defensa de la víctima y sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

-*un elemento subjetivo*, donde el dolo del autor se proyecta sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados y también sobre su tendencia al aseguramiento de la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminándose de forma consciente cualquier riesgo que para su persona pudiera suponer una eventual reacción defensiva de aquél.

- por último, un *elemento teleológico*, que requiere la apreciación de una mayor antijuridicidad en la conducta derivada del modus operandi que produjo una situación de total indefensión, orientada conscientemente a tales finalidades (STS. 1866/2002 de 7 de noviembre).

Por tanto, la esencia de la alevosía radica en la existencia de una conducta agresora tendente a eliminar la defensa del ofendido, o bien como señala la STS de 13 de febrero de 2001 al *aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes*.³

² MASIP DE LA ROSA, L.I. La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. 2017, pp. 165-166.

³ STS 854/2005 de 15 de febrero de 2005, Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gómez de la Torre. Enlace CENDOJ:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&referen ce=1484268&links=alevos%20C3%ADa%20%22.%20155%2F2005%20%22&optimize=20050414&public interface=true>

La STS de 07 de abril de 2016 cuyo Ponente es el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gómez de la Torre, señala como la Sala Segunda viene distinguiendo entre las siguientes modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa:

1. Alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

En esta modalidad de alevosía la indefensión no viene deparada por una circunstancia de hecho o por una especial característica del sujeto pasivo, sino que es provocada, organizada, preparada por el sujeto activo que pretende asegurarse la ejecución eliminando el riesgo defensivo, aprovechando la ausencia de sospecha de la víctima. En estos supuestos la actuación alevosa ha sido buscada por el agresor.⁴

En esta modalidad de alevosía el elemento esencial es el abuso de confianza del agresor frente al ofendido, que se encuentra desprevenido, sin temer agresión alguna. El Tribunal Supremo ha señalado en su Sentencia 210/96, de 11 de marzo, que la alevosía requiere *más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor*. Del mismo modo refiere en la STS 343/2000, de 7 de marzo, que *la modalidad de alevosía proditoria requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor*. Estamos ante esta modalidad en el supuesto donde el sujeto activo se oculta y espera a que se acerque su víctima para cometer el delito, aprovechándose de la indefensión de ésta, que no puede prever el ataque.⁵

2. Alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina.

Es el carácter sorpresivo de la agresión lo que elimina la posible defensa, ya que quien no espera un ataque, difícilmente podrá prepararse contra el mismo y reaccionar adecuadamente a la agresión.

Esta modalidad se caracteriza también por la existencia de indefensión del sujeto pasivo, no obstante la sola indefensión no es suficiente pues se requiere que el autor

⁴ MARTÍN GONZÁLEZ, F., La alevosía en el Derecho español, Editorial Comares, 1988, p. 140.

⁵ GERÓNIMO QUINTANO, S. El nuevo delito de asesinato tras la reforma del Código Penal de 2015. TFG. Universidad Autónoma de Barcelona. 2016, p. 11.

provoque dicha la situación empleando medios o formas de ejecución. En esta modalidad, a diferencia de la proditoria, el autor no hace uso de emboscada, trampa o asechanza, sino que el medio empleado es el ataque inesperado, súbito e imprevisto sobre la víctima.

No obstante y pese a denominarse sorpresiva, para su concurrencia no basta el mero hecho sorpresivo en el ataque, sino que requiere que ese ataque sorpresivo cause indefensión en la víctima, pues de no producirse tal indefensión deberá excluirse la alevosía sorpresiva.

Resulta de interés para el estudio de esta modalidad de alevosía la STS 5298/2010 de 11 de octubre de 2010⁶, la cual señala: *lo sorpresivo, repentino o inesperado de un ataque sólo determina su condición alevosa en la medida en que por esas mismas características se elimine el margen de una posible reacción defensiva de la víctima o de un tercero. Lo sorpresivo, inesperado, o repentino adquieren así significación sólo en cuanto formas comisivas causantes de una indefensión buscada o aprovechada, y por ello han de valorarse con relación a la forma ejecutiva del ataque en su dinámica de realización concreta y no con relación a la agresión considerada como suceso o acontecimiento sobrevenido.*

Así, no es sorpresivo simplemente lo que no se espera, sino que lo sorpresivo en la alevosía sólo puede determinarse a partir de la forma de ejecución la cual causa una indefensión en la víctima, por tanto para la determinación de la existencia de alevosía, la sorpresa no está en que el sujeto pasivo no espere el ataque, sino que la sorpresa está realmente en el hecho de que el ataque se ejecuta de tal forma que la víctima no puede defenderse, esto es, sorprender a la víctima es hacer imposible que se defienda, por ello debe entenderse por sorpresivo lo que “elimina la defensa de la víctima”.

Por tanto, el fundamento de la alevosía siempre consiste en una eliminación del derecho a la defensa, y en el caso de la sorpresiva, debe calificarse la sorpresa de alevosa cuando la misma elimina la posible capacidad de reacción de la víctima e impide de esta forma su defensa.

⁶ STS 5298/2001 de 11 de octubre, Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar . Enlace CENDOJ:
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=5763702&links=alevos%C3%ADa&optimize=20101104&publicinterface=true>

- 3. Alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, tal es el caso de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o aquellas personas que circunstancialmente esté privadas de aptitud para defenderse por estar drogadas, dormidas, ebrias en fase letárgica o comatosa.**

Esta modalidad alevosa también se caracteriza por una situación de indefensión de la víctima, que a diferencia de las anteriores, en lugar de ser causada por el sujeto activo es preexistente a la actuación de aquel, y ello por ser la víctima persona desvalida. La jurisprudencia reconoce que el desvalimiento puede ser constitutivo en supuestos en que por su propia condición la víctima está indefensa, debido a su edad temprana o avanzada, a una discapacidad, a una enfermedad grave o terminal; o es accidental cuando la indefensión es una situación transitoria, tal es el caso de personas dormidas, inconscientes, drogadas o bajo los efectos del alcohol.⁷

Como vemos ésta modalidad en realidad incumple la definición contenida en el art. 22.1 del C. Penal, que exige que el autor emplee medios, modos o formas para eliminar la defensa, ya que ello no se produce en los casos de desvalimiento, pues esa situación de indefensión, como hemos visto proviene de un estado constitutivo o accidental preexistente en la víctima. Esta reflexión ha generado opiniones doctrinales contradictorias respecto a la consideración de tal modalidad alevosa por la jurisprudencia.

- 4. Finalmente la alevosía convivencial o doméstica se deriva de la relajación de la víctima y de sus recursos defensivos al entender como imprevisible sufrir un ataque proveniente de la persona con la que convive cada día. SSTs 16/2012, 20 de enero ; 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril.**

Es una modalidad especial que en los últimos tiempos se está consolidando en la jurisprudencia del T. Supremo, posiblemente con el objeto de proteger a las víctimas de la violencia de género, ya que muchos de los asesinatos alevosos se producen en dicho ámbito, no obstante se excluirían los casos donde no exista convivencia, quedando fuera de esta agravación el resto de casos de violencia de género, que no han iniciado convivencia o bien que ya la han cesado.

⁷ MASIP DE LA ROSA, L.I. La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena 2017, pp. 391-412.

El Tribunal Supremo viene exigiendo para apreciar este tipo de alevosía la convivencia, ya que esta genera la confianza en no ser atacado, en los supuestos de violencia de género, la aplicación de este criterio conduciría a negar la circunstancia, pues precisamente la convivencia generó desconfianza y por tanto una posible certeza de ser atacado en algún momento, y esto precisamente representa el objetivo contrario al perseguido con el criterio jurisprudencial en orden a proteger a la víctima de la violencia de género.⁸ Así la STS 409/2012 de 20 de enero Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, analiza un caso donde no aprecia la alevosía convivencial precisamente porque la víctima sí podría esperar un ataque, desapareciendo en el referido supuesto esa confianza en que se funda la agravante, ya que la víctima había sido previamente amenazada por el agresor y conocía la existencia de una orden de alejamiento y de protección.⁹

II. FUNDAMENTO DE LA AGRAVACIÓN. NATURALEJA JURÍDICA

La agravante de alevosía viene justificada por la existencia de una mayor antijuridicidad y una mayor culpabilidad y peligrosidad del sujeto activo, por una actuación que define un ánimo en el delincuente más ruin, perverso y cobarde; que además socialmente es considerado más grave y lesivo al eliminar el riesgo para el delincuente o disminuirse sensiblemente el mismo, por tanto existe un fundamento objetivo que va unido indisolublemente a un fundamento subjetivo.

Desde un punto de vista objetivo debe concurrir la situación de indefensión en la víctima de forma que le impida oponer una resistencia efectiva que pueda traducirse en un efectivo riesgo para el sujeto activo, y ello porque la jurisprudencia no considera

⁸ MASIP DE LA ROSA, L.I. La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena 2017, pp. 440-442.

⁹ STS 409/2012 de 20 de enero Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez. Enlace CENDOJ <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=6266510&links=alevos%C3%ADa&optimize=20120213&publicinterface=true>

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 ... 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.

indispensable una total ausencia de resistencia por parte de la víctima, siendo compatible la alevosía con una resistencia que suponga un mínimo riesgo para el agresor.

Junto a este requisito objetivo es necesario el subjetivo, donde el autor debe querer obrar sobre seguro, sin riesgos y aprovechando expresamente esa indefensión de la víctima¹⁰

La STS de 16 de octubre de 1996 en su Fundamento de Derecho Primero respecto del Recurso formulado por la Acusación Particular, y tras recordar las tres formas de alevosía, esto es, la *"proditoria", equivalente a trampa, emboscada o traición ("a leve", decían los clásicos); la que podíamos denominar "cobardía común", que consiste en aprovecharse el agente comisario de una situación de desvalecimiento de la víctima; y la "súbita o inopinada" en que la acción agresora surge de repente, por sorpresa,* señalaba que todas ellas tienen como elemento común el asegurar la ejecución del hecho sin riesgo para el autor, ya que procura el debilitamiento o anulación de la defensa por parte de la víctima. Afirma el TS que debe concurrir el elemento objetivo, que en el caso enjuiciado venía referido a la idea de lo sorpresivo o súbito, pero que igualmente debe concurrir el elemento subjetivo para poder apreciar la agravante de alevosía. El referido elemento subjetivo es la intencionalidad o dolo específico del agresor de buscar el aseguramiento de su propia integridad, evitando la defensa de su oponente. Por tanto debe concurrir el binomio antijuridicidad-culpabilidad, o lo que es lo mismo los elementos objetivos-subjetivos para poder apreciar la existencia de alevosía, incluso señala la referida sentencia que *las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal necesitan, para ser apreciadas, de una prueba tan sólida al menos como la que requieren los hechos principales objeto de enjuiciamiento.*¹¹

Por su parte, la STS de 7 de abril de 2016¹², que mencionaba a la anterior, ha venido a señalar que la alevosía es una circunstancia agravante de la responsabilidad

¹⁰ Centro de Información Jurídica en línea. 2018, p.4-5. file:///D:/CURSOS%202018/-----PENDIENTES/1%C2%BA%20%20XXI%20%20SEMINARIO%20INTER%20D%C2%BA%20PENAL%20-%20ALCALA%202018/material/el_homicidio_calificado_por_alevosia,_ensanamiento_o_medio_insidiioso.pdf

¹¹ STS 5580/1996 de 16 de octubre de 1996, Ponente Excmo. Sr. D. GREGORIO GARCIA ANCOS,Ç. Enlace CENDOJ:
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referen ce=3126305&links=alevos%C3%ADa&optimize=20031003&publicinterface=true>

¹² STS 1443/2016, de 7 de abril de 2016, Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gómez de la Torre. Enlace CENDOJ:

criminal de un carácter esencialmente objetivo que incorpora un elemento subjetivo especial, dotando de esta forma a la acción de una mayor antijuridicidad junto a la que debe valorarse la culpabilidad del autor. En su Fundamento de Derecho DECIMO, y señalando las SSTs 838/2014 de 12.12 , 703/2013 de 8.10 , 599/2012 de 11.7 , y 632/2011 de 28.6, afirma que la agravante de alevosía viene aplicándose en los supuestos en los que por la forma de llevarse a cabo la agresión se evidencia la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo de una posible defensa de la víctima; así, lo que constituye la esencia de la alevosía como constitutiva del delito de asesinato del art. 139.1 del C. Penal, o bien como agravante ordinaria del resto de delitos contra las personas a que se refiere el art. 22.1 del C. Penal, es la inexistencia de probabilidades de defensa de la víctima.

Dicha Sentencia parece zanjar la discutida cuestión respecto al carácter objetivo o subjetivo de la agravante cuando señala que pese a que la Sala Segunda en ocasiones ha destacado el carácter subjetivo y en otras el objetivo, en los últimos tiempos y pese a admitir el carácter mixto, destaca la prevalencia del carácter objetivo de la agravante aunque exigiendo un plus de culpabilidad, al requerir una investigación previa meditada de los medios de que disponía, siendo necesario que el sujeto activo se haya representado que su modus operandi suprime cualquier riesgo y posibilidad de defensa por parte del ofendido, y desea obrar conforme a lo proyectado y representado. Concluye entendiendo la alevosía como una circunstancia mixta, al tener un carácter esencialmente objetivo que incorpora un elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad junto a la que debe valorarse la culpabilidad.

Ya se apuntó más arriba que la jurisprudencia no considera indispensable una total ausencia de resistencia por parte de la víctima para apreciar la agravante de alevosía, siendo compatible su apreciación con una resistencia que suponga un mínimo riesgo para el agresor, así la tan meritada STS de 7 de abril de 2016 se posiciona también sobre este particular y refiere transcribiendo lo señalado en la STS de 13 de marzo de 2000¹³ que: *"la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser*

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7642104&links=alevos%C3%ADa%20%22286%2F2016%22&optimize=20160415&publicinterface=true>

¹³ STS 1976/2000 de 13 de marzo, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz. Enlace CENDOJ:<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3185412&links=alevos%C3%ADa&optimize=20030823&publicinterface=true>

considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación"

En el mismo sentido la STS de 27 de abril de 2016, en la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez cuando en un caso de asesinato refiere en el Fundamento de Derecho Segundo que la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de asesinato, al apreciarse la alevosía no puede alterarse por *el hecho de que, en el momento del levantamiento del cadáver se constatará que la víctima había conseguido desasirse de la cuerda que unía sus manos. Tampoco por el dato de que en las uñas de Juana se encontraran restos biológicos que permitieron la identificación del ADN del acusado. El mayor desvalor de la acción alevosa se funda en la ventaja ejecutiva que proporciona al acusado el medio por él elegido para acabar con la vida de su oponente, que le permite eliminar todo riesgo para su persona mediante la neutralización de las posibilidades de defensa de la víctima.* De esta forma, entiende con claridad la Sentencia que no se requiere para apreciar la alevosía una total inmovilización de la víctima o ausencia total de la capacidad de movimiento físico por parte de quien *en una situación de notoria desigualdad, está siendo objeto de un ataque directamente encaminado a privarle de la vida.*¹⁴, y la admite en casos como el descrito, donde la víctima intentó defenderse de la agresión, pero la defensa no generaba riesgo para el agresor.

En suma, el T. Supremo ha admitido reiteradamente la compatibilidad de la alevosía con intentos defensivos generados por el propio instinto de conservación (STS núm. 576/2006, de 19 de mayo), y también en determinados supuestos donde incluso ha mediado un forcejeo entre víctima y agresor, cuando claramente existe una desproporción de fuerzas entre ambos.¹⁵

III. CONCLUSIONES

Pese a que autores como CARBONELL MATEU¹⁶ han cuestionado la necesidad de mantener la alevosía como agravante por entender que un sujeto que ha decidido

¹⁴ STS 1935/2016 de 27 de abril, Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez. Enlace CENDOJ <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7671023&links=alevos%C3%ADa%20%22363%2F2016%22%20%22MANUEL%20MARCHENA%20GOMEZ%22&optimize=20160516&publicinterface=true>

¹⁵ FIGUEROA NAVARRO/ CÁMARA ARROYO. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP, VOL. LXVI. 2013, p. 519.

¹⁶ MASIP DE LA ROSA, L.I. La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena 2017, p.28

realizar una conducta delictiva, es lógico que tome las medidas necesarias para asegurarse el resultado y evitar a la vez cualquier respuesta por parte de la víctima. En este sentido, lo anormal sería lo contrario, por lo que el planear la ejecución del delito con la intención de asegurarse el éxito no es considerado por esta corriente doctrinal como un mayor desvalor que merezca una mayor penalidad.

No obstante, en la misma línea que el legislador, que pese a las reformas operadas recientemente en el Código Penal ha optado por mantener la agravante genérica del art. 22.1 del C. Penal, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que he dado en este trabajo unas breves pinceladas, cabe entender que las conductas recogidas por la circunstancia agravante de alevosía suponen un ataque más grave a los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra las personas. Realmente eliminar las posibilidades de defensa de la víctima debe merecer una mayor penalidad y por tanto considero justificada la agravante.