

**XIX SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y DERECHO PENAL**

Universidad de León, 2 a 6 de julio

**DOGMÁTICA PENAL Y JURÍDICA SOBRE LA
ALEVOSÍA. DE LA ALEVOSÍA CONVIVENCIAL A LA PERSPECTIVA DE
GÉNERO**

Victoria Gallego Martínez

Juez sustituta adscrita al TSJ Cataluña

RESUMEN.- El objetivo de este trabajo es tratar sobre la descripción de la dogmática penal de la alevosía haciendo hincapié en su tratamiento jurisprudencial y en particular de la labor del Tribunal Supremo en el reconocimiento de una nueva modalidad surgida al albur de los delitos de violencia contra la mujer y violencia doméstica así como de la nueva visión que se hace de la alevosía desde la perspectiva de género.

Palabras clave. - Alevosía. -dogmática penal.- Jurisprudencia- Violencia sobre la mujer.

I.- INTRODUCCIÓN

Nadie pone en duda que el Derecho penal tradicional no ha otorgado una protección suficiente los intereses de la mujer y que uno de los problemas más importantes de la actualidad viene representado precisamente por la violencia de género. A ello ha contribuido la tradicional desigualdad de derechos de las mujeres respecto a los de los hombres.

Y precisamente deben buscarse soluciones para tratar de erradicar la violencia de género tanto desde un punto de vista legislativo, doctrinal como jurisprudencial, con una adaptación a la realidad social de nuestros tiempos, contemplando con mayor

especificidad este tipo de delitos y yendo más allá de la igualdad formal tratando de encontrar la igualdad efectiva para poner fin a cualquier discriminación por razón de sexo.

Una de las vías para alcanzar aquél fin es la aplicación de la llamada perspectiva de género en la interpretación de la norma por parte de los jueces y tribunales encargados del enjuiciamiento de este tipo de delitos integrando la dimensión de género en la actividad jurídica con la incorporación de elementos tendentes a la equiparación real de ambos sexos mediante el empoderamiento de las mujeres y evitando elementos donde se perpetúe la subordinación a los hombres.

Recientemente nuestro Tribunal Supremo aplica por vez primera según reconoce expresamente¹ la "perspectiva de género" en relación con la alevosía, condenando por intento de asesinato, en lugar de homicidio, a un hombre que asestó ocho puñaladas a su mujer, al entender que concurría alevosía en el agresor. Y más recientemente aplicando la misma perspectiva de género se pronuncia sobre el tratamiento de las víctimas de violencia machista en su calidad de testigos

En este trabajo se analizará la alevosía atendiendo a la dogmática penal pero especialmente a la dogmática jurídica, partiendo de la interpretación que el Tribunal Supremo realiza de conceptos jurídicos, centrándonos especialmente en los supuestos de violencia de género.

II.- ALEVOSÍA: CONCEPTO, REQUISITOS Y FUNDAMENTO

1.- Concepto

Según la Real Academia Española, la alevosía es la cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuentes, sinónimo de traición o perfidia.

¹ PUIG PEÑA, F, "Alevosía", en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II, pág. 559 "Tras la variable fisonomía que esta agravante ha tenido en el curso de su desarrollo histórico, se fijó, por fin, su concepto actual a partir del Código de 1870, que en esencia pasó los Ordenamientos posteriores". El art. 10.2 del CP de 1870 disponía "hay alevosía, cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido".

La alevosía aparece definida en Código Penal, entre las circunstancias agravantes genéricas², en el artículo 22.1^a en términos casi idénticos al contenido en el Código Penal de 1870 señalando que existe 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.

Pese a dicha definición la alevosía existen importantes dificultades en su interpretación siendo una de las circunstancias más problemáticas³.

En todo caso, el Tribunal Supremo⁴ viene aplicando la alevosía en todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, por lo que su esencia, radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada.

2.- Requisitos

Precisamente partiendo de la definición legal a la que se ha hecho referencia, el Tribunal Supremo⁵ exige, para su apreciación la concurrencia de los siguientes elementos:

a) un elemento normativo: la alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas. La doctrina mayoritaria⁶ considera que el ámbito de esta agravante viene

² Por contraposición a las especiales previstas en los tipos concretos de la parte especial y que cualifican una infracción concreta.

³ ANTON ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A, en Derecho Penal, Tomo I, Parte General, pág. 351 señalan que "es su interpretación de considerable dificultad, porque el Código, no objetante su voluntad de precisión, no ha logrado delimitar claramente sus contornos".

⁴ STS 703/2013, de 8 de octubre; STS 599/2012, de 11 de noviembre; STS 632/2011, de 28 de junio

⁵ SSTS 155/2005, de 15 de febrero y 375/2005, de 22 de marzo

⁶ PUENTE SEGURA, L., "Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal", Edit. Colex, Madrid, 1997 pág. 447 y ss: "Más trascendencia tiene, sin duda, la limitación del ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de la alevosía configurada por la propia redacción del artículo 22.1º -por otra parte tradicional en nuestra legislación punitiva-, al referirse a "cualquiera de los delitos contra las personas". Ello significa, naturalmente, que a diferencia de lo que sucede, en principio, con el resto de circunstancias agravantes genéricas, la alevosía no puede ser aplicada con referencia a la comisión de cualquier clase de delitos, sino que, únicamente podrá operar en el ámbito de los delitos contra las personas". MIR PUIG, S. "Derecho Penal. Parte General", Edit. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 635: "según la fórmula del art. 22.1º, la alevosía sólo es aplicable a los delitos contra las personas"; CERESO MIR, J.; "Derecho Penal. parte General II. Teoría Jurídica del delito", Edit. B

limitado a los delitos contra las personas; en el mismo sentido la jurisprudencia⁷. No obstante ello en la actualidad no existe - como con anterioridad⁸ - dentro del Libro II del Código Penal ningún título cuya rúbrica sea "delitos contra las personas", por lo que la debe restringirse la amplitud de aquél concepto, entendiendo aplicable a todos aquéllos delitos cuyo bien jurídico protegido sea personalísimo y cuya lesión requiera de un acometimiento físico, por lo que sería apreciable en los ataques contra la vida o la integridad corporal o la salud de las personas⁹.

b) un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", así se exige que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente con el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. La conducta del agente, al imposibilitar cualquier atisbo de defensa por parte de la víctima, asegura el resultado sin riesgo.

c) un elemento subjetivo; esto es, el ánimo del sujeto de conseguir el resultado sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa. Ello supone que el dolo del autor debe proyectarse no solo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción del resultado a través de los medios

de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, pág. 698; QUINTANO RIPOLLÉS, A.; "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, Infracciones contra la persona en su realidad física", 2ª Edición puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Edit.: Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, pág. 260.

⁷ Así, STS 2019/2010, de 22 abril; STS 2969/2010, de 2 de junio; STS 7333/2010, de 22 de diciembre; STS 391/2011, de 27 de enero; STS 2039/2011, de 14 de abril; STS 7689/2011, de 10 de noviembre; STS 9339/2011, de 30 de diciembre; STS 3899/2012 de 11 de mayo; STS 4940/2012, de 25 de junio; STS 4944/2012, de 10 de julio; STS 7331/2012, de 15 de noviembre; STS 8288/2012, de 5 de diciembre; STS 347/2013, de 25 de enero; STS 1900/2013, de 8 de abril; STS 2883/2013, de 17 de mayo; STS 4774/2013, de 2 de octubre; STS 5720/2013, de 18 de noviembre; STS 1114/2014, de 19 de marzo; STS 4699/2014, de 7 de noviembre; STS 5083/2014, de 12 de diciembre; STS 662/2015, de 12 de febrero; STS 824/2015, de 12 de marzo; STS 2446/2015, de 4 de mayo; STS 2946/2015, de 21 de mayo.

⁸ El Código Penal de 1973, incluía el Título VIII del Libro II con la rúbrica "delitos contra las personas" que comprendía los delitos contra la vida e integridad, incluyendo en concreto el homicidio, el infanticidio, aborto y las lesiones.

⁹ CERESO MIR, J.; "Derecho Penal. Parte General II. Teoría jurídica del delito", Edit.: B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, pág. 698; MIR PUIG, S.; "Derecho Penal. Parte General", Edit.: Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 635; QUINTERO OLIVARES, G. ; "Parte General del Derecho Penal", con la colaboración de F. MORALES PRATS, Edit.: Aranzadi, 4ª Edición revisada, ampliada y puesta al día, Navarra, 2010 pág. 793; DEL ROSAL BLASCO, B; "La alevosía en el Código Penal de 1995", en Delitos contra las Personas, Edit.: Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 286

indicados o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo, acogiendo el dolo del agente tanto la acción como la indefensión de la víctima. Así resulta de la locución empleada en el texto legal "tiendan directa y especialmente a asegurarla", lo que implica inexorablemente que debe querer el resultado de su acción - muerte, lesiones- y además debe querer causarlo a través de esa concreta situación de indefensión en la que se encuentra su víctima. No obstante ello, este elemento subjetivo existirá siempre que la acción se ejecute conscientemente, no exigiéndose un específico ánimo. Por ello la acción alevosa realizada conscientemente implicará ya el ánimo de conseguir el resultado sin riesgo para su autor (STS de 27 de abril de 2005). Por otro lado, no es necesario que el sujeto cree o busque de propósito la situación de indefensión de la víctima sino que basta su aprovechamiento en cualquier momento (STS de 23 de abril de 2003).

d) Un elemento teleológico que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades.

e) un elemento cronológico: la alevosía debe ser simultánea a la comisión del delito. En caso contrario, de ser posterior, estaríamos en presencia de abuso de superioridad.

A la vista de lo expuesto, resulta que la esencia de la alevosía se halla en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes.

3.- Fundamento y Naturaleza

En cuanto a su naturaleza se ha venido destacando por algún sector doctrinal¹⁰ su carácter subjetivo, lo que supondrían una mayor culpabilidad y peligrosidad del

¹⁰¹⁰ CUELLO CALÓN, E.; "Derecho Penal conforme al Código Penal, texto refundido de 1944", Tomo I (Parte General), Edit. Bosch, Barcelona, 1951, pág. 528; DEL ROSAL, J. ; "Sobre alevosía, atenuante de miedo insuperable y premeditación en el asesinato", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1948, pág. 535; BACIGALUPO ZAPATER, E.; "Teoría y Práctica del Derecho Penal, Tomo II" Edit. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, pág. 1004: "La gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es producto de la confianza que la víctima depositó en el autor. El que obra con alevosía no solamente aprovecha la indefensión de la víctima sino que además quebranta la confianza especial que la víctima le proporcionó poniéndose prácticamente en sus manos. De esta doble

delincuente que revela con su modo de proceder un ánimo particularmente perverso y cobarde, y una actitud especialmente reprochable por quebrantar y aprovecharse de la confianza de la víctima, si bien otro sector doctrinal mayoritario¹¹ en nuestro país, destaca su carácter objetivo lo que implica una mayor antijuridicidad por estimarse más graves y lesivos estos comportamientos caracterizados por la ausencia de riesgos para el delincuente. Finalmente, en los últimos tiempos, se destaca su carácter mixto con prevalencia de su aspecto predominantemente objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa búsqueda de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprimiendo todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado. Así conforme tiene manifestado el Tribunal Supremo¹² la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, denotando todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad lo que conduce a su consideración como mixta. Se propugna así la consideración de la alevosía considerando que en ella predominan los elementos objetivos que miran a los medios, modos o formas de ejecución, sin descartar la exigencia de elementos subjetivos que enfatizan el ánimo tendencial del sujeto cuya acción está dirigida por ese propósito más reprochable de obrar sobre seguro. Postura que no aparece novedosa sino reiterada en el tiempo, y así ya indicaba en Sentencia de 4 de julio de 2005 que esta agravante se

concurrancia de las agravantes del art. 10 núms. 8 y 9 CP (1973) surge, en primer lugar, la reprochabilidad que el legislador ha señalado para la alevosía"

¹¹ MIR PUIG, S. ; "Derecho Penal. Parte General", 6ª Edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2002, pág. 612, incluye la alevosía entre las circunstancias que "aumentan el injusto penal porque suponen (ex ante) un mayor peligro para el bien jurídico"; CEREZO MIR, J.,; "Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II. Teoría jurídica del delito", Edit. Tecnos, 6ª edición (Basada en el Código Penal de 1995), Madrid, 2004, pág. 377, señala que; "la alevosía supone una mayor gravedad del desvalor de la acción, por el empleo de medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurar o impedir los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima. Es preciso también, sin embargo, que el empleo de dichos medios, modos o formas de ejecución implique, en un juicio ex ante, en el momento del comienzo de la acción, una mayor probabilidad de la producción del resultado delictivo, es decir, un aumento de la peligrosidad de la misma"; MORALES PRATS, F.; "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", director QUINTERO OLIVARES, G., Edit. Aranzadi, 9ª edición, Pamplona, 2011, pág. 56, "...La alevosía ligada a la acción de dar muerte a una persona comporta un mayor desvalor de la acción, porque en el plano "ex ante" el empleo de determinados medios, formas o modos tendentes a asegurar la ejecución del delito y evitar la reacción defensiva de la víctima, comportan una mayor peligrosidad objetiva de la acción para el bien jurídico".

¹² STS de 16 de octubre de 1996 y 28 de diciembre de 2000.

justifica porque, en los ataques alevosos, existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuridicidad, por estimarse más grave y lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo).

III.- MODALIDADES DE ALEVOSÍA

Entre las distintas modalidades tradicionalmente se distingue tres tipos de alevosía: la proditoria, la sorpresiva y la de desvalimiento.

a) alevosía proditoria

Equivalente a la traición e incluye la asechanza, insidia, la trampa, emboscada o celada, situaciones en las que el sujeto agresor oculta a la víctima su intención de atacarla, engañándola acerca de su verdadero propósito mediante la simulación de una situación falsa o artificial y cae sobre la víctima en momento y en lugar que aquélla no espera. Acoge todas aquéllas situaciones en las que el agente actúa de modo que la víctima no puede percatarse de su presencia hasta el momento mismo del acto. Esta modalidad se caracteriza más por el aprovechamiento de la confianza de la víctima que es la que genera su indefensión, que por una superioridad física o material del autor (STS de 14 de marzo de 2002). Exige no solo una situación de indefensión de la víctima sino además, que dicha situación sea causada¹³.

Así la STS 4302/2011, de 17 de junio señala en relación a esta modalidad que "como trampa, emboscada o traición que sigilosamente busca, aguarda y acecha, es posiblemente la forma de actuación más comúnmente identificada con lo que la alevosía representa", y la STS 5144/2011, de 19 de julio, "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".

¹³ MARTÍN GONZÁLEZ, F.; "La alevosía en el Derecho Español", Edit.: Comares, Granada, 1998, pág. 14: "En ello radica la indefensión de la víctima, siempre el núcleo de la alevosía, pero aquí -en la alevosía proditoria o traicionera- no deparada por una simple circunstancia fáctica o por la especial condición o característica del sujeto pasivo, sino provocada, preparada, "organizada", porque quien pretende la seguridad en la ejecución y la eliminación del riesgo defensivo, que consigue sobre la base de la ausencia de sospecha en la víctima. Aquí hay búsqueda y no solo aprovechamiento.

Lo que hace a esta modalidad alevosa es el hecho de que la traición provoque la sorpresa y por tanto, la indefensión de la víctima por cuanto el art. 22.1 CP no castiga el carácter traidor del autor sino el que los actos del mismo provoquen la falta de defensa de la víctima por lo que si el sujeto se esconde esperando a la víctima pero con ello no ocasiona la indefensión de ésta, no estaríamos ante conducta alevosa¹⁴.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva"

Requiere como toda modalidad alevosa, la existencia de una situación de indefensión de la víctima y además que el autor provoque esa situación mediante el empleo de medios, modos o formas en la ejecución. El sujeto activo, aún 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. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible. La diferencia por tanto con la alevosía proditoria consiste en la diversa naturaleza de los medios empleados pues en la sorpresiva el autor no hace uso de la emboscada, la celada, la trampa o la asechanza, sino de un ataque súbito, inesperado, repentino o imprevisto sobre la víctima¹⁵ que cause en la víctima indefensión al eliminar el margen de una posible reacción defensiva ya de la propia víctima o de un tercero.

¹⁴ Así el TS en Sentencia 2230/2011, de 30 de marzo señala que "el Fiscal califica de proditoria la alevosía por el hecho de hallarse esperando tres horas fuera del portal a que saliera de su casa la víctima, lo que en modo alguno puede calificarse de emboscada o asechanza (es decir ese comportamiento no asegura la muerte y evita los riesgos), pues para ello sería necesario que se mantuviera oculto hasta el momento de la agresión en que la ofendida se viera sorprendida, acorralada y sin posibilidades de reacción. Pero en el caso de autos cuando salió de la vivienda la mujer, el acusado se manifestó y se vieron las caras, hasta que la ofendida salió corriendo en evitación de que el anuncio de la agresión del día precedente se materializara. En el Trayecto en que fue perseguida gritó a algún viandante que la iba a matar

¹⁵ STS 922/2010, de 22 de mayo refiere la actuación súbita o inopinada "como equivalente a la acción que es imprevista, fulgurante o repentina, actuación sorpresiva a través de un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto (no la idea previa de matar) y la ejecución". La STS 5913/2011, de 15 de julio por su parte señala que "la alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina, fulgurante, que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en los ataques rápidos y sin previo aviso (S1031/03, de 8 de septiembre; 1265/04, de 2 de noviembre)"; La STS 770/2012, de 24 de enero añade que "cuando se trata de la llamada alevosía sorpresiva, el elemento básico que la configura es el ataque repentino, fulgurante, súbito e imprevisto por la víctima que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera ni sospecha un ataque, difícilmente puede prepararse contra el mismo en la medida de lo posible. De manera que no cabe apreciar la alevosía cuando la víctima no esté totalmente desprevenida (STS 1 de febrero de 1995 y las que en ella se citan)."

c) alevosía de desvalimiento

Al igual que las dos modalidades anteriores se caracteriza por la situación de indefensión de la víctima pero se diferencia de ambas en que en este supuesto la indefensión no se causa por el autor sino que es preexistente a su actuación debido a la propia condición de la víctima. Por ello se afirma que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como sucede en el caso de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos grave o personas inválidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa). La jurisprudencia admite asimismo que esa situación de desvalimiento de la víctima sea constitutivo o accidental¹⁶, según se trate de personas que por su propia condición están indefensos ya sea por su edad por una discapacidad o enfermedad o de personas en las que aquélla situación es transitoria como el caso de personas inconscientes o bajo los efectos del alcohol o de las drogas.

IV.- NUEVAS PERSPECTIVAS EN TORNO A LA ALEVOSÍA

1.- La alevosía convivencial o doméstica

Tras una tendencia de nuestros tribunales¹⁷ a no apreciar la concurrencia de alevosía en supuestos de violencia de género en los que previamente existen malos tratos anteriores

¹⁶ Así la STS 2446/2015 de 4 de mayo (y en idénticos términos la STS 1286/2014, de 5 de marzo), señalan que "la alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa"

¹⁷ Así en STS de 25 de julio de 2000 en el supuesto en que el acusado ha tenido varias discusiones violentas con su esposa, maltratándola incluso en plena calle hasta que espera a que aquélla se quede sola en casa de sus padres iniciándose una previa y breve discusión la empuja por el pasillo continuando hasta el cuarto de bajo donde le asesta varias puñaladas, se condena como homicidio - no asesinato- con las agravantes de parentesco y abuso de superioridad, por entender que no nos encontramos ante una persona absolutamente desprevenida y que no pudiera percatarse o vislumbrar las intenciones agresivas del que hasta entonces era su esposo. Existían antecedentes fácticos que demuestran que el comportamiento violento era casi una constante en los últimos encuentros. Si nos atenemos a los esquemas clásicos que configuran la alevosía por la concurrencia de la traición, el aseguramiento o la cobardía, tenemos que llegar a la conclusión de que, en los supuestos fácticos que nos relata la sentencia recurrida no están nítidamente perfilados ninguno de estos elementos componentes. Y añade que tampoco es posible construir la agravante de alevosía, sobre la base de la existencia de una relación de confianza entre agresor y víctima de tal manera que ésta no hubiera podido intuir un comportamiento agresivo de su marido, ya que, como se ha dicho, concurren circunstancias suficientes para descartar esta posibilidad, al constar que últimamente el acusado observaba una actitud agresiva cada vez que se encontraba con su esposa. Tampoco la aprecia la STS 648/2014, de 14 de febrero a

o ante ataques en el propio domicilio por entender que la agredida quizás está indefensa pero no desprevenida recientemente una moderna corriente jurisprudencial¹⁸, quizás en un intento de luchar contra la violencia de género, viene a añadir aunque de forma tímida, una nueva modalidad de alevosía concurrente en los delitos que tienen lugar en el ámbito doméstico, en los que la víctima se encuentra desprevenida y el sujeto activo puede obrar con mayor seguridad.

A dicha modalidad se ha denominado "alevosía convivencial o doméstica" por estar basada en la relación de confianza derivada de la convivencia que provoca en la víctima una total despreocupación respecto de un eventual ataque procedente de su conviviente que lo hace más imprevisible y por consiguiente provoca una importante minoración de los recursos defensivos.

Se trataría de una alevosía derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día.

Según esta jurisprudencia la situación de convivencia entre agresor y víctima es por sí misma generadora de una total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado considerando que en tales supuestos el aseguramiento del resultado no requiere de otros medios que dobleguen la reacción defensiva de la víctima pues en tales situaciones su falta de prevención sobre la posibilidad de un ataque es absoluto.

Así la aprecia la STS 122/2015, de 2 de marzo, en el supuesto de pareja que ha mantenido una relación sentimental en la que el agresor tras intercambiar llamadas telefónicas y mensajes con la víctima para verse, acude a su domicilio y encontrándose ambos en la cocina, de forma súbita y sorpresiva, sin darle tiempo a reaccionar y sin ninguna posibilidad de defenderse le asesta múltiples puñaladas. Se afirma que la

pesar de señalar que "junto a ello apreciamos singulares factores de agravación; es un episodio de violencia contra la mujer, revela ese latente ánimo de dominación o posesivo que ha justificado la legislación especial; nos hallamos ante una situación cercana a la alevosía y concurren elementos que el legislador considera reveladores de mayor gravedad: se perpetran los hechos en la vivienda común- vid. arts. 153 y 173 CP- en el reducto de la vida familiar, en el espacio de privacidad en el que menos puede esperar alguien un ataque de ese tipo, lo que en ocasiones ha permitido hablar expresivamente, aunque sin afán de precisión dogmática, de "alevosía doméstica".

¹⁸ SSTs 122/2015, de 22 de marzo; STS 527/2012, de 20 de junio; STS 16/2012, de 20 de enero; STS 1284/2009, de 10 de diciembre; STS 86/1998, de 15 de abril

víctima se encontraba totalmente desprevenida, que los mensajes previos no hacían presagiar el desenlace estimándose la concurrencia de alevosía.

La STS 39/2017 de 31 de enero, aprecia asimismo su concurrencia en el caso de pareja que mantiene relación análoga a la conyugal en el que tras una discusión en el domicilio que ambos compartían el acusado va a la cocina, coge un cuchillo y se dirige al salón donde su compañera cenaba y le asesta diversas puñaladas; considera que en tal situación la víctima se encontraba totalmente desprevenida como es natural en tal situación pues la relación de confianza derivada de la convivencia genera a la víctima una total despreocupación respecto a un posible ataque por parte del acusado.

La STS 161/2017, de 14 de marzo, la contempla en el supuesto de víctima que encontrándose tumbada en la cama en la habitación que compartía con el acusado en el domicilio de un tercero, es acuchillada en repetidas ocasiones por su compañero sentimental. Se indica que el acusado aprovecha el momento en que su víctima, que es su propia mujer, con la que convive se encuentra tumbada en la cama, desprevenida y sin posibilidad de oponer una defensa eficaz lo que lleva a concluir en la concurrencia de un ataque sorpresivo y de alevosía doméstica.

La STS 765/2017, de 27 de noviembre se aprecia en la actuación del acusado que encontrándose en el salón de la vivienda familiar coge un cuchillo y asesta dos puñaladas en el cuello y una en el pecho a su esposa que estaba sentada en el sofá entendiéndose quebrantada la atmósfera de confianza que rige en el propio hogar, clima de confianza acentuado por la presencia de los tres hijos menores de edad, escenario de la alevosía doméstica o convivencial.

La misma línea sigue la Fiscalía y en las Conclusiones del VIII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer¹⁹, determina la aplicación de la alevosía pese a la existencia de una discusión previa considerando que la convivencia genera cierta sensación de confianza y seguridad que hace imprevisible a la víctima un ataque del agresor.

¹⁹ Conclusiones del VIII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la mujer celebrado en Madrid, en octubre de 2012; la número 7 reza; "En los delitos contra la vida entre los miembros de la pareja o parientes, una discusión previa entre agresor y agredido no impide la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía, pues precisamente, la convivencia, generadora de una cierta sensación de confianza y seguridad, hace que la víctima no espere ni imagine un ataque de tal gravedad y naturaleza, lo que implica que aquella no pueda poner en marcha ningún mecanismo de defensa, ni suponer ningún riesgo para su agresor."

2.- Alevosía desde la perspectiva de género. STS 24 de mayo de 2018.

Finalmente debe reseñarse que el propio Tribunal Supremo siguiendo el afán de erradicar esta lacra, en la reciente sentencia 247/2018, de 24 de mayo, siendo Ponente Magro Servet, adoptando por vez primera una perspectiva de género, casa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, de fecha 9 de junio de 2017 que condenó por delito de homicidio doloso en grado de tentativa acabada y en su lugar condena por delito de asesinato en grado de tentativa con la agravante de parentesco.

Parte del supuesto de hecho de pareja sentimental con convivencia, en situación de crisis con previos malos tratos y amenazas en el que, hallándose en el domicilio familiar el acusado la despierta y acto seguido se desplaza a la cocina, coge un cuchillo regresa al dormitorio, la golpea con los puños, la agarra y arrastra por el pasillo llevándola hasta la cocina, pese a la intervención de dos hijas menores de la víctima que acuden en su ayuda, donde le asesta ocho cuchilladas.

La Sala señala concurre alevosía por ausencia de la capacidad defensiva de la víctima por las siguientes razones:

- 1) la aceptación de la existencia de episodios previos de malos tratos no puede llevar consigo "ser esperable" por la víctima una reacción como la ocurrida, lo que incide en el carácter imprevisible de la acción del agente y su carácter alevoso por sorpresivo.
- 2) resulta importante el aspecto locativo donde suceden los hechos: en el hogar, escenario en donde el agresor tiende a asegurar el hecho arrastrando a la víctima hasta la cocina para allí asestarle las puñaladas.
- 3) la presencia de los menores ahonda más en el miedo que pudo sentir la víctima de que pudieran ser agredidas.

Concluye que debe admitirse la concurrencia de alevosía. *"Esta anulación de la defensa de la víctima hace aparecer esta circunstancia considerándola, en este caso concreto, con una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, siempre que del relato de hechos*

probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja".

Para apreciar la concurrencia de la alevosía parte de la necesidad de valorar dos aspectos:

1) el punto de vista objetivo en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la defensa

2) el punto de vista subjetivo, en cuanto el dolo del autor en su mecánica comisiva se proyecta no solo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva.

Y concluye que en este caso ninguna posibilidad existía de que la víctima pudiera realizar acto defensivo alguno pues el acusado entra en su habitación y la arrastra sin que aquélla pudiera hacer nada para evitarlo por la violencia empleada; la acción es sorpresiva pese al previo enfrentamiento previo que no fue de gravedad, en tanto que aquél entra en la habitación sin que ella pudiera imaginarse en ningún escenario la reacción que iba a tener el condenado comenzando a propinar golpes prevaleciendo de su superioridad física, con lo que no es que su defensa quedara disminuida sino anulada. La arrastra hasta la cocina donde está el cuchillo, con la clara intención de que la víctima no pudiera huir y asegurarse poder coger el cuchillo y asestarle las puñaladas con lo que *"las posibilidades de defensa son absolutamente nulas, ya que en estas condiciones de agresividad y con un cuchillo en la mano el agresor, asestándole nada menos que ocho puñaladas, cinco de ellas en la cabeza, no hay ser humano, salvo que sea superior físicamente al agresor, que pueda realizar acto defensivo en un episodio de la agresividad que desplegó el autor de estos hechos"*. Tiene por acreditado *"una acción que privó absolutamente de posibilidad alguna de defensa en la víctima, lo que convierte la conducta del condenado en alevosa, ya que la doctrina se refiere a la concurrencia de la misma cuando el autor del delito se aprovecha de su forma comisiva para asegurarse el resultado final... Difícilmente pueden justificarse, por ello,*

mecanismos de defensa en una mujer que es agredida por su pareja en claro aprovechamiento de su posición superior sobre su víctima".

Continúa señalando que *"el carácter sorpresivo o la negativa a admitir las posibilidades de defensa se aprecian en este caso, ya que concurre la obvia gravedad de la situación vivida que entiende este Tribunal, y que lleva a la sociedad a rechazar conductas como la de este caso ocurrida y a la mayor de las repulsas en los ataques a la mujer por el hecho de ser mujer, y que cualifica los ataques por motivos de género en el seno de la pareja.* Pero técnicamente hablando, la alevosía debe apreciarse en estos hechos concretos de anulación de las posibilidades de defensa por sorpresa o por la clara y evidente posición de imposibilidad de defensa de la víctima. Y es que el acusado "obraba sobre seguro" pues es indudable que actuó inclinando a su favor la correlación de fuerzas previa a la agresión. De eso era consciente y lo empleó en la ejecución del delito para asegurar el fin pretendido.

Y ubica los hechos en la alevosía súbita o inopinada o sorpresiva, modalidad en la que el sujeto activo, aún a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones o aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina, afirmando que en estos casos, es precisamente, el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa.

Por otra parte, descarta la concurrencia de abuso de superioridad porque el comportamiento, en el caso enjuiciado, es alevoso desde el principio, y se inicia cuando comienza a golpearle violentamente para reducir su defensa y al no poder defenderse la víctima el autor la arrastra y le asesta las puñaladas.

El mismo criterio se ha reiterado en la Sentencia de 13 de junio de 2018²⁰ en la que aprecia la concurrencia de alevosía, en la que insiste en que el aseguramiento de la ejecución tendiendo a la eliminación de la defensa debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados, pudiendo ser apreciados desde una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos en el ataque del hombre sobre la mujer que es su

²⁰ STS 2182/2018, de 13 de junio de 2018, Ponente, Vicente Magro Servet en supuesto en que el acusado que se veía afectado por una prohibición de aproximación y comunicación respecto de la que había sido su ex pareja sentimental viaja hasta casa de los padres donde esta se había refugiado, donde se esconde esperándola disparándole por la espalda.

pareja o ex pareja y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva por las circunstancias concurrentes que reducen la capacidad defensiva de la víctima.

V.- CONCLUSIONES

Ante la visión mantenida por la doctrina penal en torno a conceptos jurídicos tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico penal existe una tendencia actual de los órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar el derecho a la realidad social existente. Y reflejo de la misma es la interpretación de la norma penal por el TS a la hora de valorar la circunstancia agravante de alevosía introduciendo una nueva modalidad que denomina convivencial o doméstica para finalmente optar por contemplar dicha circunstancia desde la llamada "perspectiva de género" atendiendo a la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, apreciando su concurrencia siempre que se evidencie a imposibilidad de defensa de la mujer en la acción de su pareja.

Esta interpretación tiene como objetivo atribuir una protección reforzada a la mujer considerando que la violencia del hombre sobre aquélla es especialmente lesiva por cuanto no solo afecta a bienes personales de la mujer víctima sino que además, consolida un modelo social discriminatorio para la mujer, por lo que atribuye una significación jurídica a los hechos, mediante la valoración agravada de conductas violentas.