

Cristina Isabel López López

Investigadora Predoctoral programa “Severo Ochoa” (Principado de Asturias). Universidad de Oviedo. Socia de la FICP.

~ La especial vulnerabilidad de la víctima en el delito de asesinato. Análisis de la sentencia del TS 716/2008, de 16 de enero de 2019~

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2015 introdujo la más profunda reforma del Código Penal (CP) desde 1995. Entre otros aspectos de calado, se han visto afectadas las figuras del homicidio y del asesinato, en los que se han añadido nuevos tipos cualificados e incluso, en el caso del asesinato, se ha ampliado su definición. Así, junto a las tres circunstancias que califican el asesinato desde la entrada en vigor del CP de 1995 (alevosía, precio, promesa o recompensa y ensañamiento), se ha incorporado una cuarta: “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra” (art. 139.1. 4ª del CP). Y junto al tipo agravado existente (concurrir más de una de las circunstancias que califican el asesinato), se han incluido cuatro circunstancias que configuran lo que podríamos denominar *asesinato hipercualificado* y que se dará cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que la víctima sea menor de 16 años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1.1º CP); b) que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima (art. 140.1.2º CP); c) que se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal (art. 140.1.3º CP); y d) cuando el reo de asesinato hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas (art.140.2 CP). Dada la gravedad de este último escalón de agravación, al autor del hecho le será impuesta la pena de prisión permanente revisable (otra de las novedades de la reforma de 2015).

Respecto al homicidio, se introduce un segundo apartado en el art. 138 que recoge dos supuestos de cualificación: en primer lugar, cuando concurren alguna de las tres primeras circunstancias enumeradas en el art. 140 CP (apartado 1); y en segundo lugar, cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del art. 550 CP.

Esta ampliación de la definición de asesinato, así como los nuevos supuestos de agravación e hiperagravación han sido duramente criticados, no solo por la doctrina, sino también por el Consejo General del Poder Judicial. Y no es para menos, pues la nueva

redacción presenta déficits difíciles de superar. Así por ejemplo, el solapamiento entre las diversas circunstancias calificadoras y agravantes, la falta de claridad en la redacción y la ausencia (casi total) de justificación por parte del legislador, son solo algunos de los problemas que presenta. De entre todos ellos destaca, por su relevancia en la práctica judicial, el solapamiento existente entre la alevosía y la nueva circunstancia hipercualificante del apartado primero del artículo 140.1 CP (víctima menor de 16 años o especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad). Ello se debe a que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (TS) mantiene una definición amplia de alevosía en la que incluye, junto a las modalidades *proditoria* y *súbita o inopinada*, una tercera modalidad denominada de *desvalimiento*¹ que es aplicable a casos en los que el autor se aprovecha de la especial situación de desamparo de la víctima. Es precisamente esta última variante la que puede presentar problemas de *bis in idem* con la nueva hiperagravación, pues el alto Tribunal incluye entre los supuestos de *alevosía por desvalimiento* la muerte de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas.

Así, con la actual redacción, la muerte dolosa de un menor, de un anciano o de una persona enferma o inválida y especialmente vulnerable, podría calificarse de dos maneras diferentes. En primer lugar, como asesinato, ya que concurriría alevosía; y en segundo lugar, como *asesinato hipercualificado*, pues además se dan las circunstancias establecidas en el primer apartado del art. 140.1 CP². La solución a este solapamiento es harto difícil, pues es preciso determinar si esta superposición supone la efectiva concurrencia entre agravantes, o si en realidad nos encontramos ante un concurso de leyes. Para dar respuesta a este interrogante no solo es necesario delimitar el concreto objeto de la hiperagravación, sino también su fundamento, cuestión esta última muy discutida y que precisa de una reflexión pormenorizada al faltar una aclaración por parte del propio legislador.

No obstante, desde la entrada en vigor del precepto, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, casando en unos casos y confirmando en otros, las

¹ En los últimos años el alto Tribunal ha incluido una cuarta modalidad denominada *convivencial o doméstica* que se ha ido desarrollando y aplicando a casos en los que víctima y agresor convivían día a día bajo el mismo techo.

² Habría que añadir una tercera interpretación ya que las circunstancias recogidas en el art. 140.1 también agravan el delito de homicidio. Por tanto, la muerte de un menor de 16 años o de una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad, sin que concurra ninguna de las circunstancias calificadoras del asesinato, podría ser también calificada como homicidio agravado (art. 138.2 CP).

resoluciones de los tribunales menores³. De entre ellas, destaca la sentencia número 716/2018, de 16 de enero de 2019, en la que el Tribunal se ha detenido a explicar, al menos en parte, la solución a la controversia suscitada. Pasemos pues a su estudio.

II. ANTECEDENTES DEL CASO:

Según los antecedentes de hecho, el agresor acudió al domicilio de la víctima y, de forma sorpresiva e inesperada, se abalanzó sobre ella portando un cuchillo. El autor empujó a la víctima, que cayó boca arriba no pudiendo defenderse de las más de 30 puñaladas que el autor le asestó y que le produjo la muerte por la grave pérdida de sangre.

La víctima padecía una discapacidad como consecuencia de un ictus sufrido hace varios años, que le provocaron alteraciones en el lenguaje y marcha inestable, por lo que sus reacciones eran lentas y torpes. Esta situación, que era conocida y fue aprovechada por el agresor, impidió que la víctima reaccionara ante la inesperada agresión, se levantara del suelo tras el empujón, se defendiera de los golpes que recibió y pidiera ayuda.

Los hechos fueron calificados, tanto por el Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como por el Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria⁴, como asesinato hipercualificado por concurrir alevosía, ensañamiento (art. 139.1, 1º y 3º CP) y especial vulnerabilidad de la víctima en atención a su discapacidad (art. 140.1, 1º CP); imponiendo al autor la pena de prisión permanente revisable.

Frente a esta última resolución se presenta recurso de casación ante el TS por la representación del acusado. Si bien el Tribunal desestima el objeto principal del recurso (que pretende la apreciación de una eximente incompleta por anomalías o alteraciones psíquicas); si reconoce *error iuris* en la apreciación de los preceptos que dieron lugar a la aplicación de la prisión permanente revisable.

III. ANÁLISIS JURÍDICO:

El presente caso ilustra claramente las dificultades prácticas que plantean las nuevas figuras de homicidio y asesinato. Es más, el TS indica que este es un claro ejemplo de la falta de sistemática del legislador, tanto en la elección como en la formulación de

³ STS núm. 80/2017, de 10 de febrero de 2017; STS núm. 520/2018, de 31 de octubre de 2018; STS núm. 700/2018, de 9 de enero de 2019; y STS núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019.

⁴ STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 23/2018 de 7 junio de 2018.

las hipercualificaciones. Con la nueva regulación, la mera concurrencia de una especial vulnerabilidad en la víctima podría determinar la calificación del hecho de tres formas diferentes: como homicidio agravado, como asesinato o como asesinato hipercualificado. Cada una de ellas, parece fundamentarse en la existencia de esa especial vulnerabilidad de la víctima que sería aprovechada por el autor y que facilitaría la comisión del hecho.

Dejando a un lado la primera de las calificaciones (homicidio agravado)⁵, las dos últimas son producto del solapamiento entre las figuras, ya conocidas y consolidadas en la jurisprudencia del alto Tribunal, alevosía y abuso de superioridad, y la nueva circunstancia recogida en el art. 140.1, 1º del CP. Como bien indica el TS, las tres circunstancias son incompatibles entre sí, por lo que es imposible que se aprecien conjuntamente. No obstante, para llegar a esta conclusión, es necesario definir y explicar brevemente el fundamento de cada una de ellas.

1. Alevosía y abuso de superioridad.

El art. 22. 1º del CP define la alevosía como la utilización de medios, modos o formas que aseguren objetivamente la ejecución mediante la eliminación de las posibilidades de defensa de la víctima. Para su correcta aplicación, los tribunales han determinado que en todo caso debe concurrir en el autor un conocimiento, no solo de la mera utilización de esos medios, modos o formas, sino también del efecto asegurativo que esta le proporciona. Además, la jurisprudencia consolidada del TS, haciendo una interpretación amplia de la ley, distingue tres tipos de alevosía: *proditoria*, es decir, aquella equivalente a traición, acechanza por parte del autor; *súbita* o por sorpresa, en la que el ataque es repentino y fulgurante; y *de desvalimiento*. En esta última modalidad, el alto Tribunal ha incluido tanto la especial vulnerabilidad a causa de la edad (tanto de menores⁶, como de ancianos), la enfermedad o la discapacidad; así como las situaciones accidentales de indefensión temporal (personas dormidas, drogadas o ebrias). Esta ha sido la modalidad más criticada por la doctrina, pues no se ajusta a la literalidad de la definición legal, ya que en realidad no es un *medio, modo o forma* utilizado por el autor, sino que este simplemente se aprovecha de la circunstancia preexistente o incluso inherente a la víctima.

⁵ En el presente caso objeto de comentario no podría en ningún caso calificarse los hechos como homicidio agravado por concurrir ensañamiento en su ejecución.

⁶ El rango de edad varía, habiéndose calificado como asesinato por concurrir alevosía por desvalimiento la muerte de menores de hasta 9 años (STS 529/1994, de 8 marzo). Esto abre otro debate aún más profundo que se abordará más adelante.

Por su parte, en lo que al abuso de superioridad se refiere, la jurisprudencia la ha calificado de forma reiterada como una “alevosía menor” o de “segundo grado”. Si bien el fundamento también se encuentra en la reducción de la capacidad de defensa de la víctima, esta última no es total, pues únicamente se produce un desequilibrio de fuerzas, siendo esa indefensión meramente parcial.

Por tanto, y a modo de conclusión lógico de lo hasta ahora indicado, alevosía y abuso de superioridad son circunstancias homogéneas e incompatibles entre sí. De tal forma que la alevosía siempre absorberá al abuso de superioridad al ser la primer de mayor gravedad. Esto traducido al ámbito de los delitos contra la vida humana independiente y concretamente a las figuras de homicidio y asesinato, determina que, antes de la reforma del CP del año 2015, la completa anulación de la capacidad de defensa de la víctima era (y es) calificado como asesinato alevoso. Sin embargo, la simple disminución de las capacidades defensivas, degradaba dicha calificación a homicidio agravado por la concurrencia de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad. Tras la reforma de 2015, esta situación podría variar, pues en aquellos casos en los que la indefensión (solo parcial) provenga de la especial vulnerabilidad de la víctima, podría entrar en juego el nuevo tipo agravado de homicidio (art. 138.2 CP)

2. Especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1, 1º CP)

Para determinar si la circunstancia recogida en el art. 140.1, 1º es o no compatible con la alevosía o con el abuso de superioridad es esencial hallar el fundamento de la agravación. Como bien indica el TS en la sentencia 716/2008, el fundamento no parece ser el mayor desvalor de injusto por el aseguramiento de la ejecución del hecho sin riesgos para el autor. No obstante, el alto Tribunal tampoco deja claro cuál es ese fundamento y únicamente indica que la hipercualificación “aparenta atender principalmente a la especial protección de menores y las personas vulnerables”⁷. Es decir, la mera condición de la víctima como persona especialmente vulnerable agrava la calificación. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal se apoya en el hecho de que el legislador no incluye en la hipercualificación estados de vulnerabilidad accidentales y temporales, como los casos de personas dormidas, ebrias o drogadas. Y además, en la no exigencia de elemento subjetivo alguno, como el conocimiento de la vulnerabilidad y del aprovechamiento de esa situación. Sobre este último extremo, el TS deja constancia de la contradicción que

⁷ STS 716/2018, de 16 de enero de 2019; FJ. 6º.

esto supone en términos de proporcionalidad de la pena, pues dicho conocimiento es parte esencial tanto para apreciar alevosía como abuso de superioridad. Por todo ello, el alto Tribunal concluye que para poder aplicar la hipercualificación el autor al menos deberá conocer la especial vulnerabilidad de la víctima.

3. Compatibilidad entre las diversas circunstancias.

Explicado lo anterior, y sin dejar del todo claro el fundamento de la agravación del art. 140.1, 1º CP, el TS señala que las tres figuras son incompatibles entre sí, planteándose un concurso de normas que se resuelve de la siguiente manera. En primer lugar, y aceptando la interpretación jurisprudencial mantenida hasta la fecha, la alevosía absorbe el abuso de superioridad. En segundo lugar, dado que el aprovechamiento de la situación de indefensión producto de la especial vulnerabilidad “siempre abarcará y sobrepasará la mera situación literal de vulnerabilidad”⁸⁹, la alevosía de *desvalimiento* también absorbe la hipercualificación. Y en tercer lugar, dado que la hipercualificación es elemento del tipo, tanto en el homicidio como en el asesinato, este desplazará al abuso de superioridad.

Siguiendo este esquema, dar muerte a una víctima parcialmente indefensa por razón de su especial vulnerabilidad, conllevaría la calificación del hecho como homicidio agravado del art. 138.2 CP. Dar muerte a una persona totalmente indefensa por la causa indicada, daría lugar a la calificación tradicional de asesinato alevoso por *desvalimiento*. Y por último, si la muerte se produjera concurriendo cualquiera de las otras circunstancias que califican el hecho como asesinato (es decir, las enumeradas en el art. 139.1) exceptuando por supuesto la alevosía, el hecho sería calificado como asesinato hipercualificado.

Finalmente, al subsumir el caso concreto analizado en el esquema precedente, el TS concluye que no es posible aplicar la hipercualificación recogida en el art. 140.1, 1º CP. Y esto se debe a que la especial vulnerabilidad de la víctima ya ha sido tomada en cuenta para la apreciación de la alevosía, desplazando esta la hipercualificación. Como bien indica el Tribunal, el inicial empujón sorpresivo del agresor no habría anulado las posibilidades de defensa de la víctima si esta a su vez no sufriera de esa discapacidad (especial vulnerabilidad) que le impidió levantarse, defenderse o pedir ayuda.

Si bien la explicación precedente sería suficiente para zanjar el caso sometido a

casación, el Tribunal amplía la explicación aclarando que las diferentes formas de alevosía no son escindibles. Por lo que apreciada una de ellas, las otras no podrían ser utilizadas de forma separada para sustentar la hipercualificación. Y esto incluso aunque la alevosía de *desvalimiento* se considerara un abuso de superioridad, contestando así a parte de la doctrina que, tras años criticando la interpretación del desvalimiento como una forma de acción alevosa, considera que la nueva hipercualificación podría ser entendida como una reinterpretación de la ya tradicional definición jurisprudencial de alevosía.

IV. CONCLUSIÓN:

Desde nuestro punto de visto, la explicación del alto Tribunal es, cuando menos, confusa. En un primer momento, al intentar explicar el fundamento de la hipercualificación no deja claro a qué se refiere cuando indica que esta circunstancia *parece* atender a la especial protección de las personas vulnerables. Esta oscura afirmación podría llevar a las siguientes conclusiones. Por un lado, cabría pensar que el Tribunal está proponiendo una graduación del valor del bien jurídico protegido, es decir, que la vida tenga mayor o menor valor en función de la persona o sus características. Cuesta creer que el TS esté proponiendo este fundamento, pues resulta problemático, muy discutible y poco compatible con su forma habitual de razonar.

Por otro lado, parece que el fundamento se halle en la mayor facilidad de comisión del hecho. Esta interpretación llevaría en esencia al fundamento sobre el que se sustenta la alevosía y el abuso de superioridad, es decir, un mayor desvalor de acción al ser más fácil la comisión del hecho por la total o parcial indefensión de la víctima. Asumir esta última interpretación sería tanto como decir que la especial vulnerabilidad establecida en el art. 140.1, 1º CP recoge el mismo contenido de injusto que la alevosía o que el abuso de superioridad. Esta interpretación, a mi parecer, derivaría en un *bis in ídem*.

Sin embargo, el TS tampoco parece aceptar esta última opción y hace ver que, oculto tras la hipercualificación, hay un fundamento diferente por el que esta circunstancia se aplicaría por la mera existencia de esa característica. Esta explicación logra mayor verisimilitud cuando, junto a la sentencia analizada, se estudian las otras resoluciones que el Supremo ha dictado sobre el tema. Así por ejemplo, en la sentencia número 700/2018, de 9 de enero de 2019⁹, el TS aplica conjuntamente la alevosía y la

⁸ El texto entrecomillado se encuentra en el FJ. 6º de la sentencia analizada.

⁹ El caso versaba sobre un guardia civil que, de forma reiterada, accedía a una de las casas cuartel en la que vivía una pareja con su hijo de tres años para envenenar la comida con un plaguicida. El acusado

hipercualificación, pues la especial vulnerabilidad de la víctima (en este caso un menor de 3 años) no había sido tenido en cuenta para la calificación como conducta alevosa. Si bien el Tribunal explica de forma pormenorizada porque en este caso concurre alevosía, respecto a la aplicación de la hipercualificación se limita a indicar que la situación del sujeto encaja con una de las circunstancias recogidas en el precepto, no dando mayor explicación sobre su fundamento o interpretación.

Del somero análisis expuesto en esta breve comunicación podemos concluir que la reforma del delito de asesinato plantea serias preguntas. Las aquí expuestas, son sólo algunas de las múltiples dudas que acechan tras este particular y que esperamos encuentren una pronta resolución, ya sea a través de una interpretación clara, lógica y acorde a los principios que rigen el Derecho Penal, o a través de una modificación del texto de la ley.