**PROYECTO FIN DE GRADO DE DERECHO**

**ASESINATO - ALEVOSÍA**

**Constanza Company Rebagliati**

**· Codificación Penal Española**

**· Relación homicidio – asesinato**

**· Asesinato y sus circunstancias**

* **Concepto**

**· Alevosía**

**-Concepto**

**-Clases**

**-Compatibilidad con otras circunstancias agravantes-atenuantes**

**-Fundamento y naturaleza jurídica**

**-Elementos: objetivo – subjetivo**

**-Alevosía en situaciones objetivas: impedidos – niños**

**· Asesinato con alevosía sobrevenida**

**CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA**

Desde el primer Código Penal Español de 1822 ya podemos apreciar que el asesinato no parte del concepto de homicidio simple del artículo 618, sino del homicidio agravado realizado con premeditación del artículo 605 debiendo concurrir además, alguna circunstancia tasada: alevosía, ensañamiento, veneno, precio, etc. El asesinato se trata como un homicidio voluntario premeditado y con intención, concurriendo además, alguna de dichas circunstancias. No se trata el problema de si debe plantearse el asesinato como una figura independiente o si se trata simplemente de un homicidio cualificado.

Los Códigos de 1848 y 1850, consideran el asesinato como un homicidio cualificado, acompañado de determinadas circunstancias, pero no es considerado como una figura independiente. Por ello, simplifican e incluyen las dos figuras –homicidio-asesinato- en un único artículo.

Años después, el Código de 1870 vuelve a los inicios del Código de 1822, independizando asesinato y homicidio. Éstos aparecen en dos capítulos separados, segundo y tercero respectivamente. No se ve el asesinato como homicidio cualificado, sino que se considera una figura distinta. Sin embargo, el Tribunal Supremo y los autores aceptan la nomenclatura del Código pero el asesinato para ellos sigue siendo una figura dependiente del homicidio. Así lo vemos en la sentencia 29 Octubre 1879 Tribunal Supremo, donde se considera el asesinato como homicidio cualificado, y es que teniendo lugar solo una de las circunstancias tasadas junto con el homicidio, es suficiente para que se transforme en asesinato. Dichas circunstancias no serían agravantes del homicidio, sino cualificativas del asesinato, por todo ello, el asesinato pierde la independencia que le otorga el texto legal.

Más adelante, el Código de 1928 ve el asesinato como homicidio cualificado, aumentando simplemente el número de circunstancias que hacen que el homicidio se convierta en asesinato.

En el año1932, se derogó el Código Penal de 1928 entrando en vigor con algunas modificaciones el Código de 1870. El Código de 1932, distingue entre homicidio simple (artículo 413) y homicidio cualificado o asesinato (artículo 412), con ello se entiende que se considera al asesinato como homicidio cualificado. La Jurisprudencia no es clara, ya que en principio vuelven al sistema de 1850, pero de manera posterior sostienen que se trata, el asesinato, de un delito específico totalmente independiente al homicidio.

En conclusión, vemos como la regulación de ambas figuras en nuestra legislación toma dos direcciones: por un lado, parte de la tipificación simple del homicidio con una serie de agravantes y por otro, parte del asesinato como figura independiente. Pero en realidad, el asesinato es un delito distinto, independiente y autónomo del homicidio, además, se le da una pena distinta y más grave que la del homicidio. Sociológicamente e incluso desde el punto de vista lingüístico, el asesinato tiene un significado autónomo distinto del homicidio.

**LA RELACIÓN HOMICIDIO-ASESINATO**

Tanto el **homicidio** como el **asesinato** presentan **múltiples similitudes**. En primer lugar, coinciden en el bien jurídico objeto de protección la vida de las personas, coinciden el objeto material y el sujeto pasivo/activo (puede tratarse de cualquier persona con las limitaciones presentes en la ley), se encuentran dentro del mismo grupo.

La conducta llevada a cabo por el autor del delito es la misma en ambos, consiste en “matar”, y como el lógico la consecuencia es “causar la muerte”, entre la acción de matar y el resultado muerte debe mediar una relación de causalidad.

El **tipo básico**, por tanto, es la muerte de un ser humano nacido. Esta muerte ha de ser llevada a cabo por otro hombre y de manera voluntaria, debemos tener en cuenta que nos referimos al homicidio doloso y no culposo, que a diferencia del asesinato, éste nunca es culposo. Se exige dolo, es decir, el conocimiento y la voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, saber que se mata a otra persona y querer hacerlo. Es irrelevante el error en la persona, se castigará igualmente.

En comparación con el homicidio, el asesinato es un ataque más grave al bien jurídico de la vida humana por razones objetivas: en primer lugar, por una mayor peligrosidad al facilitarse la realización del delito (alevosía y precio); y en segundo lugar, por ocasionarse daños adicionales especialmente desvalorados (ensañamiento). Más adelante observaremos como en la jurisprudencia y en parte de la doctrina, coexisten justificaciones de naturaleza mixta, objetiva y subjetiva de manera confusa. Afirmando que la mayor gravedad del asesinato no sólo radica en un mayor contenido de injusto objetivo, sino que el autor material del asesinato presenta una actitud interna especialmente reprochable: ya sea en el caso de ensañamiento, por mostrar un especial desprecio hacia la vida y la dignidad humana; en la alevosía, por reflejar una actitud de cobardía o deslealtad; y en el precio, por ser especialmente reprobable que tal móvil impulse un homicidio.

Veremos en adelante, cómo muchas veces, determinadas cualidades del sujeto pasivo pueden hacer que el homicidio sea asesinato (muerte de impedidos y niños), tal y como ha indicado el Tribunal Supremo.

El estudio del delincuente en sí adquiere una gran importancia e interés motivado por los estudios de Lombroso, Ferri, Gemelli, Sauer, Von Hentig o Eyrich. La personalidad del delincuente cobra fuerza en el estudio de estos delitos.

Desde el punto de vista del autor, podemos encontrar múltiples **elementos diferenciadores**:

El **asesino,** a diferencia del homicida, se caracteriza por una elevada peligrosidad y perversidad, es muestra de un instinto criminal mayor.

Además, a la hora de cometer el hecho, el asesino presenta indiferencia, no siente repulsión al causar la muerte de un semejante. Normalmente el delito es fruto de un estado anormal, congénito o adquirido, permanente o transitorio de la actividad psíquica individual (Ferri).

Se presenta como un ser anormal, con falta de humanidad o “ceguera moral”, que espera normalmente, la oportunidad en que su víctima esté desprotegida o desprevenida, cuando el homicida se enfrenta abiertamente con su víctima en la mayoría de los casos. El asesino presenta una mente compleja, anormal, morbosa y de facetas múltiples, incapaz de contener sus impulsos más primitivos, salvajes e inconcientes que tienen su origen en conflictos consigo mismo y con los demás. Es por ello que con frecuencia, ni los mismos autores del asesinato son capaces de explicar lo sucedido ni cómo ni cuándo surgió la idea de cometer el delito (Gemelli).

El delito, cada vez más, es considerado encarnación de la personalidad del delincuente. Es por ello, que se requiere un sistema legislativo que afronte este tipo de delitos teniendo en cuenta el autor de los mismos.

Von Hentig considera que *“todo asesinato es un intento de hallar el modo más primitivo, es decir, por la destrucción física, salida y salvación para un dilema”.* El delincuente ha de ser estudiado en relación con el hecho cometido, y es que motivos diversos provocan la comisión del tipo penal: asesinato cometido por lucro, por conflicto y asesinatos sexuales (disputas matrimoniales, adulterio), para ocultar un hecho punible (estafas, violación)… que hacen que el autor vea la solución en la comisión del asesinato. Surgen así de esta manera, diversos tipos de asesinos como por ejemplo, aquellos que llevan a cabo asesinatos premeditados, o asesinatos fruto de una reacción motora o psicopática, el llamado “asesino nato” (Lombroso).

Sin embargo, no nos podemos dejar llevar simplemente por la personalidad del autor, sino que se requiere de un sistema equilibrado que abarque tanto los actos como al autor. Y es que sino, los intérpretes de la ley caerían en una “nebulosidad inconcluyente” (Bettiol). Los elementos característicos de la acción deben tener preponderancia a la hora de castigar el delito. Se admite por lo tanto, poner en relieve la personalidad del autor, pero sólo como instrumento útil para contemplar e interpretar el tipo de hecho, delimitando autor y actuación es decir, desde un punto de vista formal, delito o conducta peligrosa por un lado, y pena o medida por otro; pero desde un punto de vista material, no se puede prescindir de la figura del autor.

Nuestro ordenamiento jurídico nos impone tener presente al delincuente sin desligarlo de la situación de hecho. Del Rosal sostiene que la personalidad del autor, en los delitos de homicidio y asesinato es tenida en cuenta, ya que el Código Penal, al hablar de “homicida” no se refiere a la figura de un delincuente, en cambio, al hablar de “asesino” sí. Éste actúa de una manera y con unos medios que ponen de manifiesto su peligrosidad, se dan en él características muy distintas a las del homicida, aunque ambos atenten contra el mismo bien jurídico: la vida humana. Es por ello que se cree que, al requerir el asesinato de ciertas cualidades en el sujeto activo no presentes en el homicidio, debe tenerse en cuenta la personalidad del autor. Y es que no concurren siempre en la persona que mata cualidades suficientes que la conviertan en “homicida”, sin embargo, en el asesinato sí, ya que las circunstancias le convierten en lo que es.

Por todo ello, es bueno que no sólo se tenga en cuenta el lado objetivo que representa el daño causado, sino que hacer referencia al autor y a su aspecto subjetivo es de suma importancia. Supone un gran avance en nuestra legislación española, nos ayuda a lograr la distinción entre la figura del “homicida” y el “asesino”, ya que una acción que a primera vista parece un homicidio puede ser un asesinato.

Finalmente, podemos observar que en nuestra Jurisprudencia (Sentencia 23 de Noviembre 1934) se apuesta por la sustantividad del delito de asesinato. Y es que circunstancias agravantes no pueden apreciarse en el homicidio simple, pues cuando en él concurren, se produce la transformación del mismo en otro delito distinto y más grave: asesinato. Razón por la cual, no puede afirmarse que el delito de asesinato sea un delito de homicidio simple agravado por una circunstancia genérica, sino un delito específico y de mayor gravedad en el modo, *“al estar caracterizado por circunstancias especialmente calificativas que definen el tipo legal y que precisamente por ello no pueden apreciarse como circunstancias agravantes del homicidio, ya que son elementos constitutivos de un tipo de delito diferente de mayor gravedad ante la ley”.*

**ASESINATO Y SUS CIRCUNSTANCIAS**

Es curiosa la evolución del asesinato a lo largo de la historia, en las Partidas, el homicidio era realizado por precio, y poco a poco se van incorporando la alevosía, la premeditación, inundación, veneno. Variando hasta que el Código de 1928 donde aumentan el número de circunstancias, incluyéndose una sin precedentes en nuestra legislación: “*por impulso de perversidad brutal”*.

Debemos buscar el motivo que ha llevado al sujeto a cometer el asesinato, pues el sujeto es más temible cuando los motivos que le han llevado a ello están en desacuerdo con los motivos sociales y de la mayoría de los hombres. La legislación tiene en cuenta los puntos para la determinación de la responsabilidad: *“el motivo es el antecedente psíquico de la acción, la fuerza que pone en movimiento el querer y que lo transforma en acto*” (Maggiore). Es por ello que debemos distinguir “dolo” de “motivo”, y es que cuando se da muerte de manera dolosa a una persona, el dolo permanece inmutable sea el que sea el motivo que le ha llevado a cometer el crimen al sujeto. Sin embargo, hay dos tipos: abyectos (repulsión profunda en toda persona de moralidad media, son de mayor desprecio) o fútiles (responden a u estímulo leve y desproporcionado que ponen de manifiesto la insensibilidad moral del agente). Conocer los motivos es muy importante, ya que éstos puestos en relación con el resultado son clave a la hora de imponer la pena del delito, ya que la base de toda penalidad es castigar y corregir a los delincuentes según la mayor perversidad y gravedad de sus actos.

**CONCEPTO**

El asesinato, es la muerte de una persona a consecuencia de la acción realizada por otra, haciendo uso de medios especialmente peligrosos o con especial maldad o peligrosidad.

Figura presente en el artículo 139 del Código Penal vigente: *“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. 2ª Por precio, recompensa, o promesa. 3ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.”*

Según este precepto, se castigará con una pena de quince a veinte años la muerte dolosa de otra persona si existe alevosía, ensañamiento o si se comete el hecho por precio, recompensa o promesa. Basta la concurrencia de una de las circunstancias para que la muerte sea elevada a la categoría de asesinato.

Estaríamos hablando de un asesinato agravado de concurrir dichas circunstancias de manera simultánea, tal y como expresa el artículo 140 CP, siendo la pena de entre veinte a veinticinco años. Además, en el delito de asesinato, los actos preparatorios del mismo, son declarados especialmente punibles tanto para el homicidio como para el asesinato en el artículo 141 CP. La provocación o proposición se dan sobre todo en el asesinato realizado por “precio, recompensa o promesa”, éstas dejan de ser aplicables cuando se pase a los actos ejecutivos y con ellos a la tentativa.

La delimitación entre acto preparatorio impune y tentativa punible se tiende a ampliar, por razones político-criminales, el ámbito de punibilidad de la tentativa a unos casos que no son propiamente ejecutivos, y no constituyen tentativa punible. Sin embargo, para la delimitación de ambos, habría que recurrir a la descripción de la acción en el tipo legal y no tanto al plan del autor, en base al imperativo del principio de legalidad. Y es que por ejemplo, no hay acto ejecutivo alguno de matar en el hecho de comprar un arma para matar a la victima (podría considerarse tenencia ilícita de armas).

Como hemos dicho, basta que se dé una de las circunstancias del artículo 139 CP para calificar los hechos de asesinato. Sin embargo, puede que en la muerte de una persona concurran varias de las circunstancias de dicho artículo, y en ese caso, cualquiera puede usarse para calificar esa muerte de asesinato, pero las demás circunstancias, son determinantes de la aplicación del tipo cualificado del artículo 140 del CP. Por ello, si concurre sólo una de las circunstancias del artículo 139 del CP, la pena quedará determinada de 15 a 20 años y dentro de ese marco, se aplican las atenuantes y agravantes genéricas conforme al régimen general del articulo 66 CP. De no ser así, si concurren dos circunstancias del artículo 139 CP (alevosía y precio, por ejemplo), una de ellas se toma para calificar el hecho como asesinato y la otra, funciona como agravante específica que obliga a penar el delito con una pena de 20 a 25 años, correspondiente al artículo 140 del CP, y dentro de ese marco, siguiendo el articulo 66 CP se aplicarán las circunstancias agravantes o atenuantes que concurran.

Finalmente, dichas circunstancias cualificadotas deben concurrir en la persona del autor en sentido estricto de este delito, es decir, en la persona que mata. Los partícipes (cómplices, inductores o cooperadores necesarios) deben conocer los elementos del tipo realizados por el autor: quienes participan en el asesinato deben saber que el sujeto al que ayudan o inducen mata, ya que sino concurriría en ellos un error esencial que excluiría de dolo el asesinato, siendo responsable de homicidio doloso simple. Por tanto, sólo les serán aplicables a los partícipes si saben que concurren en el autor del hecho las mismas.

**LA ALEVOSIA**

**CONCEPTO**

En nuestro derecho histórico la alevosía equivalía a “traición” y “sobre seguro”, términos que conducían a dudas interpretativas. Querían darle un contenido propio, por eso dichos términos fueron sustituidos por “medios”, “modos o formas en su ejecución” con la “tendencia” de asegurar ésta, concluyendo con una referencia a la posible indefensión de la víctima.

En nuestro derecho vigente, la alevosía viene definida en el artículo 22.1 del Código Penal: *“Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.”*

Lo decisivo en la alevosía es asegurar la ejecución del hecho, sin sufrir ningún tipo de riesgo por parte del autor ante la defensa que pudiera hacer el agredido. Es por ello que siempre se estima alevosa la muerte a traición o por sorpresa. Así como en el caso de “durmientes”, sobretodo cuando la situación de sueño ha sido provocada por el sujeto activo a causa del suministro de narcóticos o al esperar que la víctima se durmiera, porque se busca y se crea el aseguramiento de que la ejecución será posible y se evita toda defensa posible ante el ataque.

La definición del artículo 22.1ª CP, no requiere ninguna motivación especial, basta con que el sujeto busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla.

¿Cuándo tiene lugar la alevosía? - La alevosía puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del delito, aunque cabe la posibilidad que la ejecución del hecho se inicie de manera alevosa y que termine como un homicidio, por ejemplo, al disparar el agresor contra la víctima a traición, fallar en el tiro y cuando la víctima es consciente del ataque, volver a disparar.

La alevosía no exige premeditación o preparación, pudiendo surgir en el mismo momento en que se ejecuta el hecho. Basta con el aprovechamiento, no es preciso que se haya premeditado, la premeditación por tanto, no es un elemento inherente a la alevosía, ya que coexisten de manera independiente la una de la otra. La premeditación es una circunstancia que antecede al hecho delictivo, la alevosía concurre en la ejecución y sólo en delitos contra las personas.

En ocasiones, el medio utilizado para causar la muerte, ya de por sí, puede considerarse alevosía (veneno por ejemplo). Cuando se pueda apreciar alevosía, no se apreciarán agravantes que sean similares, veremos más adelante como la alevosía absorbe las agravantes de abuso de confianza y superioridad y disfraz.

Podemos afirmar que se aprecia alevosía en agresiones a traición o no percibidas por la víctima, en los ataques que son llevados de manera imprevista o repentina o en la creación o aprovechamiento de situaciones de indefensión.

Por ejemplo, administrar arsénico a la víctima en el café durante varios meses con la intención de matarla (SAP de Baleares 20 septiembre 2000), suministrar a la víctima un somnífero y cuando a penas puede mantenerse en pie, atacarla con un cuchillo (STS 4 Noviembre 2003), disparar con un arma de fuego a pocos metros, con lo que se garantizaba casi seguro la muerte de la víctima (STS 27 de Octubre 2003) o dar u golpe a la víctima aturdiéndola y maniatándola por la espalda, y luego así matarla por estrangulamiento (STS 26 Septiembre 2003). Sin embargo, no se aprecia alevosía cuando se pretende excluir la intervención de un tercero no se aprecia alevosía (para impedir que la víctima pidiese socorro).

**CLASES**

Conceptualmente es posible diferenciar tres clases de alevosía en función de sus peculiaridades:

En primer lugar, la alevosía **proditoria o traicionera,** tiene lugar en los supuestos en los que el ataque se produce sobre el sujeto pasivo pero que va precedido de una trampa o emboscada, lazo, acecho, insidia, apostamiento o asechanza. El autor del delito, en este caso, actúa “a traición sobre seguro” (Código Penal 1822). Concurre en este caso una cierta premeditación para la consecución del objetivo lesivo. Se caracteriza en ocasiones por un ataque por la espalda o cuando el agresor se esconde a la vista de la víctima.

En segundo lugar, la **alevosía sorpresiva, súbita o inopinada**, se caracteriza porque tiene lugar un ataque “ex improvissu”, se desencadena un ataque de forma sorpresiva, repentina e inesperada por el sujeto pasivo que no permite que la víctima reaccione ni pueda eludir el golpe, estando la víctima de espaldas o de frente. Se caracteriza con frecuencia por cuanto el agresor aun no se oculta de manera física, sin embargo no deja traslucir sus intenciones hasta el momento en que agrede, concurre generalmente un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto y la ejecución. El ofendido se encuentra totalmente desprevenido que no esperaba agresión a su integridad corporal, ve impedido su intento defensivo más elemental.

Finalmente, la **alevosía de prevalimiento o indefensión**, viene caracterizada por el aprovechamiento de una especial situación accidental de indefensión o desamparo de la víctima en la que no hay lugar a una posible defensa. Está reservada para cuando el ataque tiene lugar de manera especialmente ruin, cuando la víctima está tendida en el suelo, de rodillas, embriagada o en otra situación que no ha sido provocada por la acción del sujeto.

**COMPATIBILIDAD CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES**

No existe de entrada, ninguna objeción a la compatibilidad de la alevosía con las diversas circunstancias atenuantes fundadas en la existencia de una imputabilidad disminuida o perturbación anímica: embriaguez, drogadicción, móvil pasional, trastorno mental, etc. ya que los sujetos son capaces de conocer y querer la realización del hecho aunque su capacidad esté alterada, y de generalmente también tendrán capacidad para conocer y querer y por tanto, actuar eliminado o queriendo eliminar las posibilidades de defensa del ofendido.

La circunstancia agravante de alevosía es compatible con la circunstancia eximente incompleta del artículo 21.1ª, en relación con el artículo 20.1ª del Código penal, de enajenación mental y trastorno mental transitorio y con la atenuante analógica a la eximente incompleta. Ya que la alevosía supone un plus de antijuricidad y tiene que ver con la realización del hecho y no con su apreciación, y dichas circunstancias atenuantes representan un “minus” de culpabilidad, la compatibilidad no puede ser negada. Las sentencias del Tribunal Supremo, 3 de junio 2002 y 10 de febrero 2003, afirman en la misma línea la compatibilidad de la alevosía con la enajenación mental incompleta, exige sin embargo, que el actor esté con un grado suficiente de consciencia y lucidez para captar el alcance del medio o instrumento empleado y la forma en que tiene lugar la agresión.

La circunstancia agravante de alevosía es compatible con la circunstancia atenuante de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante del artículo 21.3ª del Código penal. La primera como sabemos, supone una mayor gravedad de lo injusto, la atenuante supone una menor culpabilidad lo que no supone problema de compatibilidad entre ambas. Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen admitiendo la compatibilidad con la atenuante de estado pasional y con cualesquiera otras que afecten a la imputabilidad, siempre que el agente conserve la lucidez suficiente para captar el alcance del modo de agresión utilizado y la ventaja que para su propósito supone la indefensión del sujeto pasivo. La alevosía no supone frialdad de ánimo para la elección de los medios adecuados, sino simplemente maldad en la intención.

Por otra parte, la circunstancia agravante de alevosía es compatible con la circunstancia atenuante de grave adicción del artículo 21.2ª del Código penal, ya que la primera supone una mayor gravedad de lo injusto y la segunda, implica una imputabilidad disminuida, de lo que se deduce su clara compatibilidad.

Son compatibles también las agravantes de precio, recompensa o promesa, o el producir el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, sexo u orientación sexual o enfermedad o minusvalía que padezca, aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito y reincidencia, son circunstancias que implican un aumento de la reprochabilidad al sujeto, lo que en absoluto resulta incompatible con la alevosía que tan sólo se refiere a una mayor gravedad de lo injusto y además, se considera que el ensañamiento y la alevosía responden a momentos distintos en el inter criminis.

Resultan lógicamente incompatibles conceptualmente la alevosía junto con la eximente incompleta de legítima defensa. Jurisprudencia y doctrina consideran que no cabe simultanear conciliadamente sus respectivos elementos subjetivos.

Así como resulta también incompatible, de ordinario, con la circunstancia agravante de disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de las circunstancias del lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente del artículo 22.2ª del Código penal. Son circunstancias que suponen una mayor gravedad del injusto y que no resultan compatibles por sus características similares. Si el disfraz se utiliza como medio de aseguramiento de la ejecución del delito sin riesgo para el agresor de la defensa de la víctima, el disfraz estará subsumido en la alevosía, no será posible su apreciación simultánea, pero si el disfraz se utiliza con la única finalidad de no ser descubierto facilitando su impunidad, entonces cabrá su compatibilidad y consiguiente apreciación simultánea, habida cuenta de su diferente fundamento y contenido. En el abuso de superioridad, concurre una situación de desproporción entre atacante o atacantes y víctima, mientras que en los supuestos de alevosía ésta se encuentra en una verdadera situación de indefensión. En los casos en los que el lugar, tiempo o auxilio de otras personas son buscados a propósito o aprovechados con el fin de facilitar la impunidad del delincuente, son compatibles. Sin embargo, si las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de terceros son buscados o aprovechados exclusivamente para debilitar la defensa del ofendido, resulta difícil encontrar su compatibilidad.

Finalmente, según los casos, la circunstancia agravante de alevosía puede ser compatible o incompatible, con la circunstancia agravante de abuso de confianza del artículo 22.6ª. El abuso de confianza supone que ésta debe ser aprovechada para una mayor simplicidad a la hora de cometer el delito, el abuso de confianza puede estimarse comprendido en casos determinados, en el más amplio concepto de la alevosía, lo que determinará en algunos casos la incompatibilidad de la aplicación conjunta de una y otra agravante, como el Tribunal Supremo reconoce de manera reiterada.

La alevosía pretende asegurar el delito y el abuso de confianza pretende facilitar la comisión del mismo, como vemos existe una íntima conexión entre ambas. Si el actor actúa alevosamente al amparo de la confianza que la víctima depositó en el mismo, el abuso de confianza podría verse subsumido en la alevosía al no poder tener lugar la doble agravación por el mismo sustrato fáctico. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el actor haga uso de la confianza depositada por la víctima en él para la más fácil comisión del delito y en el mismo actúe de manera alevosa (empleando medios, modos o formas de ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurar el delito sin peligro de defensa por parte de la víctima), es por ello que no se puede descartar que ambas circunstancias agravantes sean compatibles. El Tribunal Supremo, en la STS de 31 de marzo de 1990 se inclinó por la incompatibilidad entre la alevosía y el abuso de confianza, sin embargo, haciendo algunas precisiones sobre el concepto de alevosía antes de afirmar su compatibilidad, es el caso de la STS del 11 de marzo de 1996 que declara que “*la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor”.* O la STS 20 de septiembre del 2000, donde afirma que la alevosía a traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza con el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada.

**FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA ALEVOSIA**

No existe una postura unánime frente a la naturaleza jurídica de la alevosía, tanto las posiciones doctrinales como jurisprudenciales van en todos los sentidos, tanto subjetivas como objetivas y mixtas. El Tribunal Supremo, según lo justifiquen razones de justicia material se decanta por una postura o por otra. Ello como es lógico, conlleva a la confusión e incluso podríamos decir, a la inseguridad.

Por tanto, como hemos dicho, podemos encontrar tres posturas en las que dividir a los autores: subjetiva, objetiva y mixta.

Los autores **subjetivistas**, fundamentan la alevosía en la “maldad” o “perversidad” de delincuente. Pacheco la considera como “*uno de los peligros que alarman más a la sociedad. El alevoso es semejante al reptil, que llega callado, arrastrándose sin anunciar su ira, sin dar lugar para la defensa…es una circunstancia agravante que inspira el instinto y que la reflexión aprueba y consagra”*.

El hecho de que la alevosía se manifieste en la vida real de manera objetiva, no afecta al fundamento objetivo, ya que si ésta no ha sido buscada o aprovechada a sabiendas no puede producir efectos agravatorios el autor desconocía la situación de indefensión de la víctima y el alcance de los medios empleados no puede apreciarse tal circunstancia.

Cuello Calón, la considera de carácter personal y subjetivo, que muestra una mayor perversidad del delincuente, y afirma que “*la alevosía no puede tener más que un fundamento subjetivo*”. Destacan partidarios de la naturaleza subjetiva de la alevosía, Jiménez Asenjo y Del Rosal, junto con Cobo y Rodríguez Mourullo, éstos últimos afirman que dicha circunstancia es un elemento del tipo que se refiere al aspecto objetivo de la conducta típica. Por tanto, la alevosía no es representativa de una forma externa de comisión del hecho, sino que representa un elemento subjetivo típico sin el cual no podría existir. Creen que las circunstancias agravantes revelan un mayor índice de culpabilidad, e incluso las que aparentan tener un carácter objetivo, sólo cobran sentido en conexión con la psique del sujeto.

Los autores **objetivistas**, son contrarios a la existencia de un fundamento subjetivo ya que éste radica en su mayor antijuricidad y para ellos la naturaleza de la alevosía es objetiva.

Autores como Silvela es partidario de que para apreciar la circunstancia no hay que tener en consideración el estado psíquico del agresor en el momento de la comisión de los hechos, porque “*el criminal no la lleva consigo”* sino que habrá que encontrarla en “*la materia misma del hecho criminoso*”. Eso sí, exige para su apreciación que sea buscada o aprovechada por el sujeto activo, entra en este caso el principio de culpabilidad.

Antón Oneca, coloca a la alevosía como de naturaleza objetiva por los medios , modos o formas en la ejecución, considera que éstos *“se refieren a la acción, de ahí el carácter predominantemente objetivo de la agravante”*.

En un extremo se encuentra la postura de Quintano Ripollés, extremos que no son compartidos por el resto de defensores de la naturaleza objetiva. Y es que afirma que la alevosía no es más que una situación de indefensión de la víctima, y así todas aquellas personas: niños, inválidos, dormidos, etc. sólo hacen que la agravante de alevosía recaiga sobre el agresor. Postura discutida.

Finalmente, otros autores son partidarios de que la alevosía goza de una naturaleza **mixta**, porque dicha alevosía radica en la modalidad de la ejecución unida a una mayor intensidad de la voluntad criminal. Idea compartida por Manuel Luzón, que aplaude la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que como veremos, mantiene la naturaleza tanto subjetiva como objetiva, aunque como hayamos dicho provoque confusionismo al moverse entre las tres posturas, totalmente válidas las tres y basadas en argumentos absolutamente defendibles. Para el autor Córdoba Roda, la agravante de alevosía no es ni exclusivamente subjetiva, ni objetiva, sino que se trata de un comportamiento externo regido por la voluntad o finalidad del actor ya que no existe base alguna en el texto legal para exigir un ánimo determinado. Él abandona el conflicto de la naturaleza jurídica, y llega a la conclusión de que la alevosía carece de un fundamento suficiente.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se objetivizó, separándose del concepto legal de alevosía, prescindiendo de todo elemento subjetivo a pesar de que estuviera comprendido en la propia definición del Código Penal. Se habla de concepción objetiva de la alevosía en los casos de indefensión de la víctima por su condición psíquica y física. Es curioso, porque como hemos visto, ningún autor llega a negar el elemento subjetivo de la alevosía, sin embargo cuando se trata de menores o incapaces, por mera justicia material y demanda social, se desconoce dicho elemento, apreciándose la circunstancia de manera objetiva.

El Tribunal apoya las tres posturas vistas con sentencias que se confunden en el tiempo, no siguiendo un orden concreto. Siempre nos sorprende, ya que en sentencias acepta la postura subjetiva (porque en el análisis de los hechos se pone de manifiesto la carencia de esa intencionalidad por parte del culpable sin la cuál la alevosía es inapreciable, por ejemplo) o bien considerando la inexistencia de alevosía a pesar de que la víctima dormía cuando fue atacada, yendo contra su criterio de apreciarla siempre en estos supuestos (STS 15 junio 1950). También pretende evitar el uso extremo de la teoría subjetiva, imponiendo el elemento objetivo que recorte ese uso, rechazando la llamada “alevosía putativa”. Defendiendo la postura objetiva, la encontramos en una sentencia de 1959 donde “*la alevosía como circunstancia predominantemente objetiva, debe de apreciarse en todos los delitos contra las personas cuando esta no se encuentre en condiciones de defenderse”.* Aunque por mucho que se quiera objetivizar el concepto de alevosía, siempre pesará su tradición histórica, por ello “cobardía”, “traición”, “perversión”…aparecen constantemente ayudando a justificar el castigo de los hechos, que de otra manera no podría prosperar por faltar el elemento intencional. Es por ello, que en ocasiones, la jurisprudencia acude a la posición intermedia, de considera la alevosía con naturaleza mixta. Sin embargo, la jurisprudencia no es partidaria de tratar de averiguar cuál es en realidad la naturaleza jurídica de la alevosía, sino que se centra en el estudio de su concepto y de los elementos (objetivo-subjetivo) de la misma. Lo que le preocupa es el no poder apreciar la alevosía en hechos que merezcan un plus de pena, al no admitirse el elemento subjetivo por ejemplo, quedando los hechos sin ese mayor castigo.

En conclusión, vemos como a la jurisprudencia no le interesa resolver el problema de la naturaleza, ya que tanto autores como el mismo Tribunal Supremo admiten la necesidad de los dos elementos, cada uno de su naturaleza, para que la circunstancia pueda apreciarse. Al no optar por ninguna de las tres posturas, hace ver que el fundamento de la alevosía radica en razones de política criminal, sin el cual, hechos totalmente reprochables como la muerte de niños, disminuidos, ancianos, etc. quedarían con penas injustas desde el punto de vista de la “justicia material”. Por todo ello, consideramos que si se tipificase junto con la alevosía como un delito más grave que el homicidio, la muerte de ancianos, inválidos o niños, los problemas que presenta el elemento intencional de la alevosía terminarían. Y se conseguiría con mayor claridad la diferenciación de concepto, fundamento y naturaleza jurídica, pudiéndose estudiar de un modo más individualizado y no tan ligado.

En este último supuesto de niños, ancianos o inválidos, se exige siempre que el elemento subjetivo y la admisión del “aprovechamiento” por parte del agresor sea consciente y quede totalmente demostrado y probado, ya que de ser “presunto” iría contra los principios fundamentales que rigen nuestro Derecho Penal.

Por todo ello, el fundamento de la alevosía, dejando a un lado las tesis explicadas, podríamos decir que se encuentra en la mayor gravedad del hecho por la ejecución engañosa y clandestina del mismo, en el asegurar el fin y en la mayor facilidad de ejecución del delito, así como en la utilizaron de determinados procedimientos que hacen más sencilla dicha ejecución evitando riesgos de defensa de la víctima sin necesidad de la concurrencia de traición o cobardía.

La alevosía representa una mayor gravedad de lo injusto por añadir al desvalor de resultado propio del delito un especial e intenso desvalor de la acción, pues el sujeto en su acción emplea medios, modos o formas de ejecución clandestinos o insidiosos lo que supone una mayor sangre fría en la preparación o comisión del delito, un aumento de la peligrosidad de la acción. Y añadiendo además, una mayor probabilidad en la producción del resultado delictivo.

**ELEMENTOS: OBJETIVO Y SUBJETIVO**

De la alevosía se deducen una serie de elementos de tipo objetivo, que se refieren a cómo esta agravante se presenta en la vida real, y a partir de los cuales, se infiere en ese otro elemento subjetivo, imprescindibles ambos para que la alevosía sea apreciada por los Tribunales.

El “aspecto objetivo” de la alevosía, podemos dividirlo en tres partes: 1) *el empleo de medios, modos o formas en la ejecución* 2) *que éstos tiendan a la doble finalidad de asegurar la ejecución y la indefensión de la víctima,* y por último, 3) *que la posible defensa que pueda oponerse frente al agresor provenga de la víctima o del ofendido.*

1. *El empleo de medios, modos o formas en la ejecución*

Lo que se trata es la acción en sí, cómo se lleva a cabo la circunstancia de la alevosía y se establece una limitación, y es que los medios, modos o formas deben darse en la “ejecución” y no en otro momento.

Y nos preguntamos, ¿cabe una actuación alevosa por medios omisivos? Autores como Del Rosal o R.Mourullo, consideran que la alevosía sólo debe ser apreciada en actuaciones positivas de hacer y además por medios materiales, rechazando todo tipo de comisión por modalidades omisivas, así como por medios morales. Y es que la alevosía entraña un ataque o agresión en sentido físico, y basándonos en la Jurisprudencia y por vía de deducción, llegamos a la conclusión de que éste no admite la posibilidad tampoco, de apreciar alevosía en las comisiones omisivas. Además, basta tener en cuenta el precepto legal, donde se apuesta por una acción dinámica del sujeto activo.

La acción en cuanto a la ejecución del delito, según Antón Oneca, se centra en la ventaja del agresor frente a la víctima en base a los medios empleados y no en la condición del sujeto pasivo, argumento válido que serviría para impugnar la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde se aprecia alevosía cuando la ventaja radica en el estado de indefensión de la víctima y no en los medios utilizados por el autor (niños e impedidos), que veremos más adelante.

Destacar que la alevosía pertenece a la fase ejecutiva y no puede darse en los momentos anteriores o posteriores del “inter criminis”. Según Camargo y Puig Peña, los elementos no deben haberse utilizado para preparar el hecho ni para buscar impunidad, y es que la alevosía se concreta en la manera en que es cometido y ejecutado el delito.

Como ya habíamos apuntado anteriormente, en relación a los medios, la premeditación o elección de los mismos con anterioridad no es sinónimo de alevosía. Ambas, alevosía y premeditación son compatibles, pero no forman una misma figura a diferencia de lo que se creía en el derecho histórico. Una de las razones es la posibilidad de que la alevosía surja de manera súbita en el ánimo criminal, bastando que el sujeto aproveche los medios o modos que tenga a su alcance, no siendo necesaria una previa elección. Así, según Groizard afirma que la premeditación *“presupone siempre una lenta elaboración de la resolución de delinquir, una gran calma, frialdad y sobre todo, intervalo y espacio suficiente entre la decisión y la ejecución”* y por otra parte, la alevosía *“depende sólo de la forma en que el delito se realiza; del modo con que el drama tiene lugar”.*

En relación con lo anterior, nos planteamos si la acción alevosa debe comprender o no la totalidad de la agresión que integra el delito. En efecto, es necesario que la alevosía abarque la totalidad de la agresión, y no puede apreciarse alevosía cuando desde el principio de la acción criminal no ha existido la misma, aunque se haya consumado el delito. Por ello, se aprecia en el momento en que se pone en acción y no en momentos posteriores a la primitiva agresión.

Conectando este primer elemento objetivo con el subjetivo, y manteniendo la unidad de los elementos, la alevosía, no supone sólo el ánimo de cometer la agresión sino que además, se requiere que sea alevosa, en el sentido de que el autor o agresor sepa y comprenda que los medios empleados en la ejecución son adecuados para asegurar la muerte y evitar la defensa de la víctima.

1. *Que éstos “tiendan” a la doble finalidad de asegurar la ejecución y la indefensión de la víctima*

La primera duda que se plantea de la lectura de este elemento, es si “tiendan” hace referencia a la intención del sujeto o si por el contrario, se refiere a la capacidad de los medios que se utilizan para la realización del hecho. Dependiendo de la postura que se adopte quedará determinada la orientación subjetiva u objetiva en orden al fundamento y naturaleza jurídica de la agravante. Y es que algunos autores consideran que en el “tiendan” está presente el elemento subjetivo de la alevosía, y otros que se trata de un elemento objetivo más. Es complicado posicionarse de un lado u otro, ya que como veíamos con el anterior elemento, se concebía la alevosía como una “acción” , como la interposición de medios, modos o formas destinadas a un fin, pero la realización de esta conducta debe responder a la consciente voluntad del sujeto. Por ello, para que pueda apreciarse la alevosía es necesario que concurran tanto los elementos objetivos como subjetivos.

Ferrer Sama, Puig y Peña, Camargo, Cuello Calón y Jiménez Asenio, son partidarios del carácter subjetivo de la alevosía en el término “tiendan”, y es que consideran que se conecta de manera directa con la intención del agente, de manera que, si el sujeto activo del hecho “tiende” con dichos medios, modos o formas a asegurar el delito y eliminar la posible defensa del ofendido, bastará con esa intención para apreciar la alevosía, aunque luego la realidad resulte distinta y el medio resulte ineficaz. Y al contrario, no concurrirá alevosía cuando se produzca una situación de indefensión para la víctima que no haya sido provocada por el autor.

Frente a la anterior postura, se presentan Quintano Ripollés y Córdoba Roda, partidarios del carácter objetivo de la alevosía, defendiendo que “tiendan” supone una tendencia finalista a la acción misma y no implica una tendencia personal. Para ellos, son los medios que han de tender y no la voluntad del agente, se exige un requisito de idoneidad de dichos medios para que alcancen el resultado.

La Jurisprudencia en este aspecto no es del todo clara, y es que no sigue un criterio unánime, sino que decide según las circunstancias en las que tenga lugar los supuestos de la vida real. Se afirma la presencia del elemento subjetivo en la alevosía, sin negar su existencia aún en el supuesto de interpretar “tiendan” como determinante de un elemento objetivo de la alevosía. Por tanto, aunque el “tiendan” suponga una finalidad, ésta debe ser buscada de manera consciente por el sujeto activo.

Vemos como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo parece mantener el criterio de que la alevosía es de naturaleza subjetiva-objetiva, y es que huye de tener que inclinarse hacia una de las dos posturas, ya que de no ser así, en muchas ocasiones se vería obligada a cambiar de criterio ante un supuesto en la vida real que impidiese apreciar alevosía por haberse decantado por una de las dos corrientes explicadas. Se admiten por tanto dos elementos en el concepto de alevosía, con predominio del objetivo sobre el subjetivo.

La voz “tiendan” no puede ser interpretada conforme a una u otra de las posiciones extremas objetivista o subjetivista, y es que viniendo referida a los modos empleados en su realización, a la vez es necesario que el sujeto los dirija de forma directa y especialmente, tal y como exige el precepto legal.

Finalmente, descubrimos el objetivo de la alevosía, el artículo 10 en su número primero, exige que los medios, modos o formas usados en la ejecución, tiendan *“a asegurar sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”.* El aseguramiento y el precaverse de la defensa del ofendido, constituyen la finalidad u objetivo de este elemento.

Cabe una triple interpretación a la hora de determinar el objetivo, la primera de ellas, habla de que para que exista alevosía de exige de manera automática un doble objetivo: que se asegure la ejecución o que se elimine la defensa del ofendido. La segunda, tiene también el mismo doble objetivo que la anterior, pero éste no se exige de manera alternativa, sino conjunta, se requiere el cumplimiento de la doble finalidad para apreciar alevosía. Y la tercera y última, considera que la finalidad es única y apuesta sólo por apreciar alevosía desde el momento de la eliminación de la defensa que pudiese realizar el ofendido como medio para asegurar la ejecución. Consideramos que la tercera interpretación es la más acertada y la que además sigue la doctrina y Jurisprudencia a la hora de resolver un caso, ya que la única forma de asegurar la ejecución es la indefensión de la víctima. La defensa de la víctima puede tener lugar antes o después, lo que no se quiere es que la víctima reaccione en el momento de la ejecución para asegurar la misma. Por tanto, habiendo tenido lugar la acción, no se puede admitir que una defensa posterior de la víctima elimine la alevosía ya que de lo contrario, se iría contra la propia definición legal.

Siguiendo esta postura, Córdoba Roda afirma que *“el aseguramiento de la ejecución a que se refiere el número 1 del artículo 10 no equivale a la acción y efecto de garantizar la realización de lo propuesto, sino a la exención de riesgos procedentes de la defensa de la víctima, con independencia de lo que los mismos sean anteriores o inmediatamente posteriores a la agresión”.*

En conclusión, el fin consiste en eliminar el riesgo posible procedente de la defensa que pudiera llevar a cabo el ofendido, para así el agresor, asegurarse la ejecución.

1. *El riesgo que se pretende eliminar tiene que proceder exclusivamente de la defensa que pueda ejercer el ofendido*

El Código Penal alude al “ofendido”, es por ello que no afecta para la apreciación de la alevosía, el hecho de que el agresor no haya eliminado la defensa de terceros sujetos, y sí la de la víctima, aún cuando aquéllos hubieran podido evitar la ejecución.

En línea con lo anterior, Camargo, Puig y Peña y Quintano seguían la posición de Groizard que consideraba que: *“la alevosía se determina por la falta de lealtad del culpable para con la víctima. Baste que ésta esté indefensa o que parezca estarlo cuando se le acomete, para que la agresión tome las repugnantes formas de la alevosía”.*

En definitiva, la única defensa que hay que eliminar es la de la víctima, y no será obstáculo para apreciar alevosía cualquier peligro o amenaza que proceda de una persona distinta a la víctima contra el agresor.

Por otra parte, el “aspecto subjetivo”, es unánime la opinión de que para la apreciación de la alevosía, es necesario la existencia de una voluntad dirigida a la realización del hecho en la forma típica alevosa, viniendo determinada por sus elementos objetivos.

Es decir, si la alevosía consiste en el empleo de medios que tiendan a asegurar la ejecución, sin riesgo para el agresor ante una posible defensa de la víctima, esa conducta debe ser llevada a cabo con una plena voluntad consciente. Tanto para César Camargo como para Puig y Peña, el elemento subjetivo surge como una consecuencia lógica de la naturaleza jurídica de la agravante, y es que la indefensión de la victima y el aseguramiento del hecho deben ser buscados o aprovechados por el culpable y además, no es necesario que los medios aseguren, sino que basta que éstos tiendan a asegurar la ejecución. Vemos como aquí se une la naturaleza jurídica subjetiva con el elemento subjetivo de la alevosía, y éste existe como consecuencia de aquella, de ahí que para ellos, “tiendan” tenga una única interpretación: subjetiva. Sin embargo, vemos como el elemento subjetivo también es exigido por aquellos autores que son partidarios de una naturaleza “objetiva” de la misma. El máximo defensor de este criterio objetivista es Quintano Ripollés y afirma que *“siempre será preciso el elemento personal inherente a todo acto incriminable: el de que el medio, sea adquirido o aprovechado conscientemente por el agente”.* La Jurisprudencia tampoco niega de la existencia del elemento subjetivo, aunque es necesario ver las consecuencias de su existencia.

En primer lugar, se plantea si la alevosía requiere de un “animo especial” o “animus”, eso no es así, expresiones de la alevosía como “traición” o “cobardía”, son utilizadas para justificar la necesidad de intencionalidad en esta circunstancia por medio de un fundamento subjetivo en el actor.

Vemos como el elemento subjetivo es imprescindible para que la alevosía sea apreciada y que concurra en el hecho delictivo, ya que la pena no puede sólo depender de circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Cabe estudiar si el elemento subjetivo requiere de los dos elementos fundamentales del “dolo”: el elemento intelectual (simple representación) y el volitivo (querer y ser consciente). Tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten dos formas de manifestación del elemento subjetivo en la alevosía, o bien por medio de la búsqueda intencionada y consiente de medios que tiendan al fin o bien, por el aprovechamiento de la situación favorable para la mejor comisión del hecho.

Se entiende que deben concurrir tanto el elemento intelectual como el volitivo, y es que en la alevosía, la “representación” de la ventaja del agresor, va siempre unida a la voluntad de aprovecharse de las mismas. Así lo afirma el Tribunal Supremo cuando afirma *“no ser suficiente la mera realidad objetiva de la víctima indefensa para apreciar la agravación, al tener que unir a ella el ánimo del delincuente de beneficiarse de la indefensión ex profeso, pues de otra manera se obró sin tomarla en cuenta.”*

Como vemos, el elemento subjetivo, en sus dos maneras de manifestarse, supone siempre la representación por el sujeto activo de los medios o circunstancias que concurren, junto con su voluntad de hacer uso de ellos para el fin propuesto. Y en este sentido, tal elemento supone por un lado el conocimiento de que ciertas formas de comisión del hecho, tienden de manera directa a producir la indefensión de la víctima y por otro lado, la intención de utilizarlos con el fin, ya que en definitiva todo acto de voluntad presupone el previo conocimiento.

La necesidad de conocer por parte del autor, nos plantea qué sucede cuando concurre error en la persona y en el golpe, así como en los copartícipes, ¿afecta a la apreciación de la alevosía?.

El error en la persona y en el golpe son errores meramente accidentales, no tienen eficacia alguna en la apreciación de alevosía, ya que lo relevante no es que el agresor se haya equivocado de persona o que agreda a una persona distinta por la mala ejecución del hecho, sino que el culpable ha seleccionado los medios idóneos o que se haya aprovechado de manera consciente de la situación. Es por ello, que no se puede negar la existencia de la agravante.

Con respecto a la coparticipación, se discute si sólo responde de la alevosía aquel que la utiliza o por el contrario responden todos los copartícipes.

César Camargo, deduce del elemento intelectivo del requisito subjetivo de la alevosía, que sólo será aplicable a los partícipes, en cuanto los mismos tengan conocimiento de su existencia. Se apoyaba en el antiguo artículo 60 del Código Penal actúa, pero la aplicación de este artículo no es suficiente, ya que la alevosía requiere elemento “intelectivo” junto con el “volitivo”. Por ello, para dar solución a este planteamiento, se debe partir de la consideración de que si no existe delito sin la existencia de dos coeficientes, el material y el psicológico, también en la participación, que es igual una actividad delictiva, se deberán dar esos dos elementos. El partícipe debe responder por lo que realiza objetivamente y en la medida en que lo realiza de manera culpable. Por ello, para la apreciación de la alevosía, no es suficiente el mero conocimiento o la realización de los actos materiales por el partícipe, sino que requiere que sea asumido por el mismo. Junto al conocimiento exigido por el antiguo articulo 60 (actual 65), se requiere el empleo consciente de los medios.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo algunas excepciones, es partidaria de exigir algo más a parte del conocimiento, se trata de la necesidad de que se haya producido un acuerdo previo. Por ejemplo, en el caso de un homicidio con robo, en el que se admitió la necesidad de ese previo acuerdo al que nos hemos referido, diciendo así: *“que el caso de que si bien hubo concierto previo para el robo del que resultó homicidio no parece que lo hubiera en el modo y forma de la alevosía, por lo que no se puede imputar a éste”.*

Vemos como la jurisprudencia admite la existencia de este elemento subjetivo, que es necesario para los partícipes, no sólo que se de el conocimiento de los medios, modos o formas utilizados, sino que éstos sean asumidos de manera voluntaria y consciente, debiendo esto ser demostrado.

Finalmente, hablábamos para la apreciación de la alevosía la necesidad de la existencia de un elemento intelectivo y el volitivo o intencional, la necesidad de éste último hace que en determinados casos, la alevosía, no pueda ser apreciada. Son los supuestos en que junto con esa circunstancia concurran estados pasionales o circunstancias que hagan que la voluntad se excluya. Y por ello, tampoco podrá apreciarse en aquellos casos en los que el agresor no tuviera intención alguna de aprovecharse de los medios, modos o formas de dar la muerte, sino lo único que pretende es el fin o muerte en sí mismo.

**ALEVOSIA Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN EN EL ASESINATO**

En relación al asesinato, es una circunstancia cualificativa del mismo. Cuando en él concurra sólo esta agravante, no se podrá apreciar como genérica ya que es la que viene a cualificar al asesinato. Por ello, cuando sean dos o más las circunstancias calificativas (Artículo 140 CP), si tomamos para cualificarlo una que no sea la alevosía, ésta podrá apreciarse como genérica, pero sólo en el caso que concurriendo con otra u otras circunstancias éstas cualifiquen al asesinato. Como sabemos, no cabe un homicidio en el que concurra esta agravante de alevosía, pues de manera automática deja de serlo para convertirse en la figura agravada.

**ALEVOSIA EN SITUACIONES OBJETIVAS: IMPEDIDOS Y NIÑOS**

Según la reiterada jurisprudencia, la muerte de indefensos o desvalidos (niños, ancianos, enfermos, discapacitados graves e impedidos), debe estimarse siempre como alevosa, es decir, como asesinato y no como homicidio. Y es que aunque no se cumpla en sentido literal la definición legal, el sujeto activo se encuentra en una situación no buscada por él. Pero no cabe por parte del sujeto pasivo, reacción defensiva alguna, faltando con ello el segundo requisito objetivo de la alevosía.

Es un caso discutible, ya que siguiendo esta interpretación, los casos del anterior Código Penal del artículo 410 CP, se calificaban de infanticidio. Pero ahora pueden no ser calificados como asesinato y dejarlo en simple homicidio con la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad , y al no considerarse la concurrencia de alevosía no podría calificarse de asesinato.

Resulta especialmente problemática la calificación de la muerte de seres indefensos o desvalidos, ya que generalmente el Tribunal Supremo entiende que en tales supuestos concurre alevosía, y por tanto, asesinato.

Por ejemplo, hacer inhalar a dos hijas de dos y tres años monóxido de carbono en el interior del vehículo (SAP de Pontevedra 7 de abril 2003).

Bien es cierto que provocar la muerte de dichas personas es una de las formas más graves y despreciables de homicidio, que merecen tener una pena equivalente a la del asesinato. “Lege ferenda” sería deseable su inclusión entre las modalidades típicas de este delito. Sin embargo, la definición legal vigente, como sabemos, comporta la “adopción de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directamente a asegurarla” sin riesgo de una posible defensa por parte de la víctima. Y esto parece no ocurrir en los casos que estamos tratando, ya que no parece producirse una organización de la ejecución del hecho tendente a la indefensión, sino que la indefensión es inherente a la naturaleza o estado de la víctima en sí.

Vemos como materialmente se encuentra justificada la apreciación de la alevosía, sin embargo, podríamos interpretar, que la postura jurisprudencial que castiga como asesinato dichos supuestos, vulnera el principio de legalidad y es que salvo que en la ejecución del hecho se presenten los elementos característicos del asesinato, sólo podríamos apreciar los hechos como homicidio y agravarlo por “abuso de superioridad” por medio del articulo 22.2ª CP.

La postura del Tribunal Supremo, desde hace muchos años parece clara, sentencia del 25 de Noviembre de 1952 Tribunal Supremo: *“La muerte de un niño es siempre alevosa, pues sitúa al infante en condiciones de debilidad fisiológica que favorecen la acción agresora.”*

**ASESINATO CON ALEVOSIA SOBREVENIDA**

La alevosía sobrevenida, es aquella que tiene lugar en un posterior momento de la actuación agresiva, aprovechada por el sujeto activo, la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para producir una nueva y diferente agresión, diversa a la antes realizada a través de una acción diferente. La circunstancia no se presenta al inicio del ataque homicida, sino que la indefensión aparece durante la progresión de dicho ataque.

El Tribunal Supremo, entiende que para calificar la agresión de asesinato, debe tener lugar una interrupción en la dinámica comitiva, de manera que este segundo estadio constituya una agresión diferente en la que, desde un principio, esté presente el aseguramiento del éxito y la exclusión de defensa.

Por ejemplo, constituye asesinato la muerte ocasionada con arma blanca, cuando en un principio la víctima había sido reducida con un bastón (STS 20 de septiembre 1999), pero sin embargo, no puede calificarse de asesinato un supuesto en que la víctima clava un cuchillo por la espalda a la víctima cuando ésta cae durante una persecución (STS 9 de septiembre 2002).

Vemos como la Audiencia Provincial de Sevilla, (Sentencia del 30 de Mayo de 2001) aprecia “alevosía sobrevenida” afirmando que “*en los supuestos de indefensión sobrevenida, que se produce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente esta agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanuda aprovechando éste la indefensión”.*

**BIBLIOGRAFIA**

· Homicidio y Asesinato – Agustín Fernández Albor

· Alevosía ( estudio de determinados aspectos de la agravante) – Miguel Ángel Altés

· Manual de Derecho Penal Especial – Muñoz Conde

· Manual Derecho Penal Especial Volumen I – Javier Boix Reig de Iustel

· Código Comentado “Comentarios al Código Penal” – Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig.