

El asesinato de personas constitucionalmente indefensas: una propuesta para una interpretación razonable del asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del Código Penal español *

Ana M. Garrocho Salcedo

Universidad Carlos III de Madrid

GARROCHO SALCEDO, Ana M. El asesinato de personas constitucionalmente indefensas: una propuesta para una interpretación razonable del asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del Código Penal español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2024, núm. 26-06, pp. 1-28.
<http://criminet.ugr.es/recpc/26/recpc26-06.pdf>

RESUMEN: La muerte dolosa de personas constitucionalmente indefensas –como niños de corta edad, personas ancianas debilitadas o personas aquejadas de una enfermedad o discapacidad– es calificada por la jurisprudencia constante como asesinato alevoso. No obstante, dicha calificación plantea importantes problemas de legalidad, atendiendo a la concreta regulación de la alevosía presente en el art. 22 de nuestro Código penal. Adicionalmente a esos problemas de legalidad, la reforma penal de 2015 ha introducido una redacción en el delito de asesinato y homicidio agravado –referida a víctimas menores de 16 años, o cuando se trate de personas especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o discapacidad– que, salvo una interpretación restrictiva, aboca a sanciones duplicativas prohibidas en virtud del principio *non bis in idem*. El trabajo que aquí se presenta pretende ofrecer a los operadores jurídicos una interpretación restrictiva de los delitos dolosos contra la vida, huyendo de posibles dobles valoraciones prohibidas, e intenta evitar los excesos punitivos cuando se trata de calificar la muerte intencional de personas vulnerables.

PALABRAS CLAVE: Asesinato, alevosía por desvalimiento, homicidio agravado, menores de dieciséis años, personas vulnerables en razón de su edad, enfermedad o discapacidad, prisión permanente revisable, principio *non bis in idem*.

TITLE: **The murder of minors under 16 years old, vulnerable persons due to age, illness or disability: a proposal for a reasonable interpretation of the hyper aggravated murder of article 140.1.1^a of the Spanish Penal Code**

ABSTRACT: The malicious death of constitutionally defenseless persons—such as infants or frail older adults, or those affected by an illness or disability—has been consistently classified by jurisprudence as aggravated murder. However, said qualification poses significant legality issues, broadly speaking, considering the specific regulation of malice in Article 22 of Spanish Penal Code. Additionally, the penal reform of 2015 introduced statutory language singling out victims under 16 years old or especially vulnerable individuals because of their age, illness or disability, which, unless interpreted restrictively, leads to prohibited duplicative sanctions under the *non bis in idem* principle. This paper offers legal practitioners with a restrictive interpretation of intentional crimes against life, avoiding duplicative sanctions, and aiming to prevent excessive punishments when qualifying the intentional killing of vulnerable individuals.

KEYWORDS: Murder, aggravated homicide, minors under 16 years old, vulnerable persons due to age, illness or disability, revisable life imprisonment, *non bis in idem* principle.

Fecha de recepción: 15 enero 2024

Fecha de publicación en RECPC: 20 marzo 2024

Contacto: ana.garrocho@uc3m.es

SUMARIO: I. Introducción al problema. II. La alevosía: fundamento y clases. III. La alevosía por desvalimiento y su compatibilidad con la circunstancia primera del artículo 140 del Código Penal. 1. La posición compatibilista entre alevosía por desvalimiento e hipercualificación del art. 140.1.1ª CP y su crítica. 2. La opción intermedia del Tribunal Supremo: la alevosía por desvalimiento es incompatible con la apreciación del art 140.1. 1ª CP, pero sí es compatible si concurre otra clase de alevosía. Refutación. 3. La posición minoritaria: la imposibilidad de apreciar alevosía por desvalimiento y la hipercualificación del art. 140.1º CP. IV. Conclusiones. Bibliografía.

* A los profesores Mario Sánchez Dafaue y Antonio E. Embid Tello, *in memoriam*.

Esta publicación se enmarca en el Proyecto “Muerte y delito: Estudio integral e interdisciplinar de los asesinatos y homicidios cometidos y enjuiciados en España” (PID2020-113262GB-I00) del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+I (IP: Esther Hava), y en el Proyecto “Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación sistemática de las respuestas frente al delito (REPENSANCIONES)” (ref. SI3/PJI/2021-00222), financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación de la Comunidad de Madrid (V-PRICIT) y la Universidad Autónoma de Madrid (IPS: Gonzalo J. Basso y Daniel Rodríguez Horcajo).

I. Introducción al problema

El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que introdujo la prisión permanente revisable en España, y modificó los delitos de homicidio y asesinato, consignó una explicación muy superficial sobre la reforma que se introducía. Con respecto a la gravedad de los delitos que ameritaban la imposición de la prisión perpetua revisable, el legislador hizo alusión a “asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad”. Posteriormente el preámbulo señaló que los asesinatos especialmente graves se definían en el art. 140 CP, y consistían en el “asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables, asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual, asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal, y asesinatos reiterados o cometidos en serie”. Sin embargo, el legislador no se molestó en explicar por qué esas mismas circunstancias previstas en el art. 140 CP (menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables, etc.) también agravaban el delito de homicidio doloso del art. 138.2 CP, limitándose a expresar que, “por coherencia”, también debían agravar el delito de homicidio¹.

Esta parquedad en el preámbulo es una muestra más de la falta de reflexión con la que la reforma penal de 2015 se llevó a cabo. La exposición de motivos debe resumir el contenido de la nueva norma que se presenta y explicar las razones que justifican la reforma ante las Cámaras. Aunque no tiene valor normativo, sí puede orientar la

¹ Esta idea parece inspirarse en las afirmaciones vertidas en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal, de 8 de enero de 2013, pp. 127-128. En contra de esta extensión de las circunstancias del art. 140.1 CP al ámbito del homicidio, por ejemplo, CARBONELL MATEU, 2023, pp. 62, 86.

interpretación de la norma y ayudar a la judicatura y a los demás operadores jurídicos a dotar de contenido a la misma. Sin embargo, el preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, ni explica ni justifica el contenido de una norma de tan importante alcance sobre los delitos contra la vida², que incorpora además la prisión perpetua para algunos supuestos de asesinatos muy graves.

De hecho, la reforma penal de 2015 desató uno de los problemas interpretativos más notables de las últimas reformas legislativas, comprometiendo el principio *non bis in idem*³, y al que dedico el objeto de esta contribución. En concreto el problema se plantea del modo siguiente. Como es sabido, la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que concurre alevosía por desvalimiento cuando el ataque se cierne sobre “personas indefensas o en nítida situación de inferioridad y ésta es aprovechada por el autor al ejecutar su acción”. De hecho, esta clase de alevosía por desvalimiento ha sido apreciada en supuestos de muerte de niños de corta edad, o de ancianos con alguna limitación física importante, o en casos de muerte de adultos con capacidades de autodefensa notablemente limitadas.

Sin embargo, esta interpretación jurisprudencial –que posibilita conceptualizar una alevosía por desvalimiento existencial⁴– casa mal con el tenor literal del art. 22. 1ª CP, como ha destacado la doctrina en innumerables ocasiones⁵. En los supuestos

² En sentido parecido también las profesoras ALONSO ÁLAMO, 2015, p. 16, *passim*; SIERRA LÓPEZ, 2014, apartado 5.2; CUENCA RODRÍGUEZ, 2016, pp.117, 120, con abundantes referencias a este respecto.

³ Llama la atención sobre esta problemática *in extenso* el voto particular formulado por los magistrados Martínez Arrieta, Puente Segura y Del Moral García a la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351). A este respecto destaca la posición de la STS 520/2018, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3687) (ponente del Moral García) que señala que: “En los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1ª CP). No cabrá apreciar además el asesinato agravado del art. 140.1.1ª pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del *bis in idem*”. Asimismo, lo destaca también STS 716/2018, de 16 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:82) (ponente Palomo del Arco).

⁴ Entre muchas otras, por ejemplo, SSTS 227/2014, de 19 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1114) (ponente Conde-Pumpido Tourón; caso de los recién nacidos); 459/2013, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2922) (ponente Granados Pérez; caso bebé de dos meses); 657/2008, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5939) (ponente Marchena Gómez; caso niño de 3 meses); ó 978/2007, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7809) (ponente García Pérez; caso niño de 14 meses). Solo en sentido contrario STS 1738/1989, de 9 de marzo (ponente Barbero Santos; caso parricidio en Sevilla de recién nacida). En este caso, se dirimía la muerte de una recién nacida a manos de la madre y la abuela, discutiéndose si se trataba de un infanticidio o de un parricidio con alevosía. En relación con la alevosía, la sentencia estima que: “Los culpables no se aprovechan de la situación de desvalimiento en la que el neonato se encuentra (...). El niño nunca podrá defenderse, ni colocar al autor en una situación arriesgada. Para que esto ocurra habría que esperar a que crezca. Pero los autores desean matarlo ahora. No emplean ningún medio, modo o forma que tiendan a asegurar su muerte. Su única pretensión es matarlo. El elemento tendencial de la alevosía no concurre. No existe, por tanto, alevosía”. El fallo confirma la condena por parricidio (art. 405 CP de 1973), al no poder probarse el ánimo específico del infanticidio, concurriendo una atenuante muy cualificada de arrebató, imponiéndose 8 años de prisión.

⁵ *Vid.* por todos, ALONSO ÁLAMO, 2023, p. 5, expresando claramente que “[I]a afirmación de que la muerte de un niño es siempre alevosa no por repetida y reiterada en el tiempo deja de poder ser considerada como el resultado de una interpretación que va más allá de la ley, incluso de lo que pudiera ser razonable en el marco de una interpretación extensiva. Es entendible, incluso loable, que se quiera imponer a quien mata a un niño la más dura pena con que cuente el sistema penal. Pero ello no puede hacerse atribuyéndose el intérprete una tarea reservada al legislador”. Asimismo, entre otros, CUENCA RODRÍGUEZ, 2016, p.126; MASIP

de desvalimiento existencial (bebés, niños, ancianos, etc.) el autor no emplea “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”, puesto que las personas constitucionalmente indefensas no suelen ser capaces de desplegar ninguna posible defensa de su parte en la mayoría de los supuestos. Por ello, la doctrina argumenta con razón que la definición legal de alevosía del art. 22. 1ª CP –coincidente con su regulación histórica⁶ desde 1870 (art. 10.2 CP⁷), y a excepción de la definición de alevosía establecida en el CP de 1928 (art. 66. 1ª CP⁸)– plantea unos contornos muy concretos, donde el núcleo definitorio de la circunstancia transcurre en la utilización de medios o de formas de ataque en las que se asegura la agresión contra la vida, sin riesgo para el autor que pueda provenir de la defensa “por parte del ofendido”. Esta última expresión dificulta, de *lege lata*, la aplicación de la alevosía ante desvalidos existenciales, puesto que éstos no son capaces de oponer ninguna posible defensa de su parte en la mayoría de los supuestos. Ante personas constitucionalmente indefensas, la redacción legal actual impediría la apreciación de la alevosía, en la medida en que éstas no pueden desplegar ninguna defensa ante el ataque del ejecutor.

Sin embargo, de *lege ferenda* y atendiendo a una perspectiva valorativa, es cierto que parece poco adecuado que la alevosía por desvalimiento existencial no tenga cabida en la definición legal de alevosía, o que no se recoja en nuestra legislación punitiva como agravante, dado que los indefensos existenciales no pueden desplegar ningún acto de defensa eficaz. A mi juicio, la ley penal española debe ser corregida con urgencia por el legislador, pues no se entiende por qué el ataque por la espalda a un adulto es alevoso, y no lo es, *lex lata*, el ataque frontal a un bebé de 2 meses de edad, o a un anciano desvalido sin posible defensa alguna.

La necesidad de corrección de esta aporía valorativa de nuestra legislación explica posiblemente la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando admite la alevosía por desvalimiento de niños de corta edad y ancianos⁹. Con todo, como es

DE LA ROSA, 2016, en línea: <https://eprints.ucm.es/40865/1/T38281.pdf>, pp. 413 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2023, nm. 7069; MUÑOZ CONDE, 2023, p. 49; FELIPI SABORIT, 2023, p. 42.

⁶ Sobre el concepto de alevosía en nuestro Derecho histórico anterior a la Codificación y posterior a la misma, cfr. ALTÉS MARTÍ, 1982, pp. 8-46. Recientemente, MATEOS BUSTAMANTE, 2021, pp. 19-55.

⁷ Art. 10.2 CP 1870: “Son circunstancias agravantes (...) Efectuar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarlas, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”. Disponible en línea Gaceta de Madrid, de 31 de agosto de 1870, suplemento 243: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>

⁸ Art. 66. 1ª Código penal de 1928: “Agravan la responsabilidad las circunstancias siguientes: (1.a) “Ejecutar el hecho con alevosía; entendiéndose que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro, o cuando dadas las condiciones personales del agresor o agredido, o las circunstancias del hecho, o los medios de ejecución empleados, se dificulta o debilita notablemente la defensa”.

⁹ FONTOVA BENET, 2021, estima que “[s]e puede observar como el TS, con el objetivo de dar cobertura jurídica a los casos de desvalimiento bajo la circunstancia de la alevosía, se vio en la necesidad de elaborar un concepto propio de dicha agravante, al margen de la definición legal”.

sabido, los errores del legislador no deben ser corregidos por el poder judicial forzando el tenor literal de los preceptos¹⁰, efectuando interpretaciones analógicas *contra reo*, sino acudiendo al Gobierno –como prevé el art. 4.2 del CP– para que éste impulse la reforma penal pertinente y solviente la laguna de punibilidad que la ley vigente plantee al aplicador del Derecho.

De lege lata, y como advierte la doctrina, la introducción del nuevo art. 138.2 a) CP tras la reforma penal de 2015 aboca técnicamente a calificar la muerte de los desvalidos existenciales como supuestos agravados de homicidio; lo anterior, a mi juicio, resulta insatisfactorio y genera nuevas contradicciones valorativas –sobre todo atendiendo a la redacción del art. 140.1.1ª CP¹¹– pero la regulación vigente no está bien planteada y solo puede ser modificada con urgencia para otorgar proporcionalidad y razonabilidad a la regulación de los delitos contra la vida.

En definitiva, considero que la doctrina tiene razón cuando señala que el desvalimiento existencial de bebés, ancianos y enfermos casa mal con la definición legal de alevosía presente en el art. 22. 1ª CP. Sin embargo, y salvo alguna excepción¹², la doctrina no repara en la situación de infra-punición a la que aboca la configuración actual de la alevosía. Por esta razón, a mi juicio, *de lege ferenda*, el legislador español o bien amplía el concepto de alevosía en el art. 22. 1ª CP, o bien introduce una nueva circunstancia que contemple el mayor desvalor del ataque contra la vida o la integridad física a una persona constitucionalmente indefensa. Una propuesta de redacción que estimo correcta es la que se consignaba en el Anteproyecto de Código Penal, de 23 de septiembre de 1992, cuyo art. 22. 1ª consagraba que: “Hay alevosía cuando el sujeto 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, o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa”¹³. Lamentablemente la definición actual de alevosía del art. 22. 1ª CP omitió la coletilla final generando los problemas mencionados¹⁴.

Además, debe recordarse que hasta 1995 la legislación punitiva española contaba con el delito de parricidio (art. 405 del CP 1973), sancionado con reclusión mayor o muerte, que era la misma pena que la del delito de asesinato. El parricidio consistía

¹⁰ En sentido parecido, ALONSO ÁLAMO, 2023, p. 5; FELIP I SABORIT, 2023, p. 42.

¹¹ Sobre ello me remito a la explicación facilitada *infra*, en el apartado III.

¹² Subraya el dislate valorativo, por ejemplo, ALONSO ÁLAMO, 2023, pp. 8, 12.

¹³ MATEOS BUSTAMANTE, 2021, pp. 178-180, *passim* 329-331. Sin embargo, contrario a ella, explícitamente, CEREZO MIR, 2005, p. 373, nota 6. Recientemente, se ha mostrado partidaria de valorar la eventual inclusión de la “vulnerabilidad” en el catálogo de agravantes genéricas del art. 22 CP, MOYA GUILLEM, 2020, pp. 50-51.

¹⁴ En aquel momento, autores como MORALES PRATS, 1995, pp. 275-276, o DEL ROSAL BLASCO, 1999, p. 273, abogaron por su inclusión. En contra, sin embargo, se manifestó DIEZ RIPOLLÉS, 1993, p. 902.

en la muerte del “padre, madre o hijo, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge”, y cualificaba muchos de los ataques contra la vida producidos en el entorno familiar, que –como muestra la práctica– es el entorno habitual en el que se produce la muerte de niños o ancianos desvalidos. En aquellos casos, el parricidio cursaba con la misma pena prevista para el asesinato –con reclusión mayor a muerte– por lo que, al margen de la alevosía, la calificación de estos hechos merecía el máximo reproche penológico¹⁵. Con la promulgación del CP de 1995, desapareció el delito de parricidio, y la definición de alevosía actual prescindió de toda alusión a los seres existencialmente indefensos.

En cualquier caso, la muerte de una persona constitucionalmente desvalida no encaja técnicamente en la definición actual de alevosía, y en consecuencia no puede ser calificada como asesinato en atención a esa circunstancia. Esta situación debe corregirse, pero hasta que ello no se produzca, la apreciación de la alevosía por desvalimiento existencial en esos casos debe considerarse como una violación del principio de legalidad penal prescrito en el art. 25 de la CE¹⁶.

Por otra parte, esta situación se ve agravada por la nueva regulación del asesinato tras la reforma de 2015. A partir de la misma, el art. 140.1.1ª CP prevé la pena de prisión perpetua revisable a todo asesinato cometido contra una “víctima menor de dieciséis años de edad, o cuando se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad”. Asimismo, se cualifica todo homicidio cometido contra alguna de las personas señaladas en el art. 140.1. 1ª CP (arts. 138.2 a) CP), sancionándose con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses. Con esta regulación, se suscita la pregunta de si la muerte de un bebé o anciano desvalido –sin concurrir otras circunstancias cualificantes– es un homicidio agravado, un asesinato alevoso por desvalimiento, o un asesinato hiperagravado; muy singularmente surge el problema de si la alevosía por desvalimiento es compatible con la apreciación de la circunstancia 1ª del art 140.1 CP¹⁷, o vulnera –como creo– el principio *non bis in idem*¹⁸. A desentrañar esta cuestión me dedicaré en las páginas sucesivas.

¹⁵ Nótese que la muerte de recién nacido por parte de la madre o de los abuelos maternos para ocultar la deshonra de la madre se calificaba como *infanticidio* (art. 410 CP 1973), y se sancionaba con pena de prisión menor, que iba desde los 6 meses y 1 día hasta los 6 años. El infanticidio desapareció de nuestro ordenamiento jurídico tras la promulgación del Código penal de 1995.

¹⁶ En sentido parecido, también PEÑARANDA RAMOS, 2023, nm. 7014; ÁLVAREZ GARCÍA, 2023, pp. 157-158; ALONSO ÁLAMO, 2015, pp. 35-36; LA MISMA, 2023, pp. 2, 3 *passim*, FELIP I SABORIT, 2023, p. 42.

¹⁷ La compatibilidad de la alevosía como circunstancia del asesinato y la agravación de la circunstancia primera del art. 140 CP es sostenida por parte de cierta jurisprudencia del TS. Muy destacadamente abogan por ello la STS 814/2020, de 5 mayo (ECLI:ES:TS:2020:814) (Caso triple asesinato en Pioz; ponente Marchena Gómez); STS 367/2019, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2337) (Caso Sara; ponente Sánchez Melgar); STS 701/2020, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4181) (Caso Gabriel; ponente Sánchez Melgar); STS 719/2021, de 23 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3489) (Caso parricidio de una bebé de 5 meses en Tenerife; ponente Martínez Arrieta); voto de la mayoría en la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351) (Caso niño Aaron 2 años; ponente Polo García).

¹⁸ Ello ya fue destacado escuetamente por el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de

II. La alevosía: fundamento y clases

Antes de entrar en la problemática planteada por la reforma penal de 2015, y para abordar mejor la cuestión, merece la pena detenerse para explicar con claridad el fundamento de la alevosía y definir las clases de alevosía reconocidas por la jurisprudencia.

La doctrina mayoritaria contemporánea considera que la naturaleza de la alevosía es objetiva y que aumenta el injusto¹⁹, mientras que la doctrina clásica aludía a una naturaleza mixta o subjetiva que aumentaba la culpabilidad²⁰. Superada la clásica teoría bipartita del delito, donde el injusto afectaba a los aspectos objetivos y la culpabilidad a los aspectos subjetivos, y subjetivizado el injusto tras el advenimiento del finalismo, se puede afirmar que la concurrencia de la alevosía no aumenta en modo alguno la culpabilidad por el hecho, aunque la jurisprudencia –más alejada de la dogmática y del debate categorial– a veces lo sigue subrayando incorrectamente²¹.

enero de 2013, p. 152, cuando estableció que la nueva regulación en lo que afecta a las circunstancias primera y tercera del art. 140 CP “evidencian una tendencia al *non (sic) bis in idem*”. También lo destaca el voto particular a la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351) (ponentes Andrés Martínez Arrieta, Leopoldo Puente Segura, Antonio del Moral García; caso niño Aaron, 2 años). En concreto, vale la pena transcribir el pasaje del voto particular donde se expresa con rotundidad que la compatibilidad de la alevosía con la circunstancia 1ª del art. 140.1. CP “produce una doble valoración peyorativa de un mismo y solo hecho (la condición de la víctima) que, por una parte, ha servido para configurar el asesinato (139.1, alevosía) y, por otra, para agravarlo (artículo 140.1. 1ª). Se trata, creemos, del mismo hecho, del mismo sujeto activo y también del mismo fundamento, vulnerándose así la prohibición del *ne bis in idem*, no proclamada expresamente en nuestro texto constitucional, pero que, como su máximo intérprete ha explicado repetidamente, resulta ineludible consecuencia de los principios de legalidad y proporcionalidad”.

¹⁹ Así, entre otros, MIR PUIG, 2016, pp. 650-651, estimaba que la alevosía es una circunstancia objetiva que agravaba el injusto penal, y el fundamento radicaba en el mayor peligro para el bien jurídico por la facilidad que la alevosía conlleva para la comisión del hecho; ALONSO ÁLAMO, 2015, p. 35; ÁLVAREZ GARCÍA, 2023, pp. 150, 151, considera que la alevosía genera una “mayor debilidad del bien jurídico atacado en atención a los medios comisivos, lo que implica un superior desvalor de la acción...”; MORALES PRATS, 2016, (formato digital-Aranzadi); MORALES PRATS, 1995, p. 275; MASIP DE LA ROSA, 2016, pp. 156, 140 y ss. *passim*. En línea: <https://eprints.ucm.es/40865/1/T38281.pdf>; FELIP I SABORIT, 2023, p. 40, señala que el fundamento agravatorio de la alevosía reside en la mayor peligrosidad de los ataques a la vida que presentan tales características por facilitarse la realización del delito; GÓMEZ MARTÍN, 2023, p. 53, estima que la alevosía es una circunstancia objetiva que aumenta el desvalor de acción, e “incrementa desde una perspectiva *ex ante* la peligrosidad de la conducta para la lesión del bien jurídico. Niega categóricamente la posibilidad de apreciar un injusto aumentado de la alevosía desde la perspectiva de un mayor desvalor de acción y de resultado, CARBONELL MATEU, 1986, pp. 995-996. En sentido crítico también, recientemente, MAPELLI CAFFARENA, 2020, pp. 762 y ss., considerando que el fundamento de la alevosía es más histórico y de seguimiento de la tradición, y estimando que las razones que justifican la alevosía conectan con necesidades de prevención general, pero sin localizar un sustrato en el bien jurídico “vida” que amerite la existencia de esa circunstancia entre las cualificantes del asesinato.

²⁰ Sobre ello, cfr. solo la panorámica ofrecida por MATEOS BUSTAMANTE, 2021, pp. 156-160.

²¹ Por ejemplo, STS 719/2016, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2016:4175) (ponente Berdugo Gómez de la Torre) establece que “en cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado”; también SSTS 254/2023, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2023:254) (ponente Berdugo Gómez de

La alevosía –al igual que el resto de las circunstancias agravantes– afecta al injusto, entendiendo por tal el comportamiento típico y antijurídico que es penalmente desvalorado. Al tratarse de una circunstancia agravante, su concurrencia aumenta el injusto típico básico –en nuestro caso, el homicidio– atendiendo a una determinada razón (objetiva o subjetiva) que permite desvalorar el hecho en mayor medida. En ese sentido –y en línea con lo manifestado por la doctrina dominante actual– debe afirmarse con total rotundidad que las agravantes no pueden afectar a la culpabilidad, si ésta se entiende como una categoría que afecta a la imputación personal del injusto. El desvalor del hecho se condensa en el injusto y en la culpabilidad se confirma la posible atribución de su responsabilidad ante su comisión, pero ella en sí misma no alberga gradaciones al alza, sino en todo caso a la baja²².

La naturaleza de la alevosía emparenta con el injusto objetivo, y es una circunstancia que, tal y como está definida, se vincula con la utilización de medios, modos o forma que aseguren la muerte, sin riesgo para el autor que provenga de la defensa del ofendido. Es, por tanto, una circunstancia que va referida al aseguramiento de la ejecución de la muerte en un contexto de eliminación de la defensa por parte del autor. En este sentido, la alevosía está fuertemente conceptualizada a partir de la definición legal, cosa que no ocurre en otros ordenamientos como el alemán, donde la alevosía, (*Heimtücke*), no presenta ninguna definición legal.

La existencia de elementos de carácter subjetivo necesarios en relación con la circunstancia agravante de alevosía no la vincula con la categoría de la culpabilidad, como ya se ha mencionado. Dichos elementos –que no son otra cosa que el propio

la Torre, FJ 1º); 299/2018, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2370) (ponente Berdugo Gómez de la Torre, FJ 4º); 719/2016, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2016:4175) (ponente Berdugo Gómez de la Torre, FJ 5º). Críticamente, MATEOS BUSTAMANTE, 2021, p. 167.

²² En el mismo sentido, MIR PUIG, 2016, p. 649, nm 2, “[l]a imputación personal puede no ser posible en absoluto e impedir la atribución, o no ser plenamente posible y permitir solo una atribución parcial. No puede en cambio crear un nuevo desvalor que no provenga del injusto penal, porque no puede más que atribuir el injusto penal que concurra. Toda fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, la imputación personal solo condiciona la atribución total o parcial de dicha gravedad. O impide por completo la atribución o funciona como un *filtro* que sólo deja pasar (atribuir) una parte de desvalor del injusto penal”; cursiva en el original. También, a partir de sus reflexiones generales en torno a la teoría general de las circunstancias, GONZÁLEZ CUSSAC, 1988, p. 148, estima que la vinculación de las circunstancias modificativas con una mayor o menor reproche culpabilísimo es errónea, concluyendo que “si las circunstancias no forman parte del tipo de injusto, no se entiende como luego se puede reprochar algo inexistente en el objeto de reproche”. Del mismo modo, DOPICO GÓMEZ-ALLER considera que el motivo o móvil con el que se realiza una conducta no debe vincularse con la categoría de la culpabilidad, sino con la antijuridicidad, puesto que la culpabilidad es un filtro hacia abajo y las circunstancias agravantes aumentan el desvalor de hecho, planteando acertadamente que “no se puede *filtrar* algo y obtenerlo aumentado”; cursiva en el original; cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2000, p. 76; EL MISMO, 2004, pp.154-155. En el mismo sentido, fundamental, también LUZÓN PEÑA, 2016, p. 492, haciéndose eco de la posición de HORN que sostiene que “la culpabilidad es un filtro de la responsabilidad que actúa como un cedazo, que deja pasar más o menos injusto típico del hecho, porque toda la gravedad del desvalor de hecho ya está en el injusto típico, y, la culpabilidad según sea plena, reducida o nula (...) dejará pasar la gravedad del injusto o solo una parte, o ninguna, pero la culpabilidad por sí misma no añade gravedad a la ya representada por el injusto típico”. Comparte esta posición también, PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 272, *passim*.

dolo respecto a los elementos objetivos de la circunstancia— consisten en el conocimiento por parte del agente tanto de la acción de matar del tipo de homicidio, como de la utilización de medios, modos o formas que aseguran la ejecución del ataque contra la vida, sin posible defensa de parte del ofendido. El desvalor de la alevosía reside primariamente en el aseguramiento del hecho sin posible defensa de la víctima, cuestión que lógicamente debe abarcarse también por el dolo del autor. Ello no confiere autonomía a la cuestión subjetiva, sino todo lo contrario, pues el dolo transcurre en paralelo y está interconectado con la circunstancia. La alevosía es, en definitiva, una circunstancia objetiva que cualifica el injusto homicida y lo trasmuta en asesinato, toda vez que se acredita la ejecución del acto contra la vida (desvalor de acción) en un contexto de indefensión de la víctima. Dicha indefensión de la víctima ante el ataque —no mera merma de las capacidades defensivas que daría lugar a la apreciación de abuso de superioridad²³— aumenta el riesgo de lesión a la vida, radicando ahí la mayor peligrosidad de la conducta que aumenta el desvalor del ataque aleve frente al que no lo es. De hecho, la jurisprudencia, a pesar de su falta de cuidado en la ordenación categorial, reconoce que la alevosía “radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada, por más que pueda ser compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación”²⁴.

En cualquier caso, y atendiendo a la definición de alevosía, el Tribunal Supremo diferencia cuatro clases de alevosía. Dicha taxonomía creada por la jurisprudencia es una valiosa herramienta de clarificación, pero no fundamenta distintas clases de alevosía, sino que ejemplifica distintas formas de manifestación de la indefensión de la víctima que es lo que legitima y explica el mayor desvalor de la acción aleve frente a la que no lo es. A este respecto, el TS diferencia entre:

“a) *Alevosía proditoria*, equivalente a la traición y que incluye la acechanza, 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;

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

c) *Alevosía de desvalimiento*, en que el autor aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta

²³ Rechazando la concurrencia de alevosía y apreciando abuso de superioridad cfr., por todas, STS 346/2023, de 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2096) (ponente Marchena Gómez) disponiendo que: “La alevosía -la elección de una forma dirigida a *eliminar las posibilidades de defensa*- ha de referirse a la agresión homicida contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones”, cursiva añadida.

²⁴ STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351) (FJ 4º, ponente Polo García).

edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento”²⁵.

Adicionalmente, la jurisprudencia viene aludiendo desde 2009 a una cuarta clase de alevosía: d) la *alevosía doméstica o convivencial*, “basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado”²⁶. En estos casos de alevosía doméstica, lo central es que la víctima del ataque contra la vida o integridad física relaja los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día.

Con respecto a la alevosía doméstica o convivencial, considero que la mayoría de los supuestos son reconducibles a la alevosía de carácter sorpresivo²⁷. Si la alevosía doméstica consiste en la quiebra de la confianza derivada de la convivencia, el ataque contra la vida se torna en un ataque sorpresivo e imprevisible para la víctima. Por esta razón, en mi opinión, dentro de la alevosía sorpresiva se inserta también la alevosía convivencial o doméstica, allí donde el autor quebrante la confianza de la víctima con su actuación, produciéndose un ataque inesperado (sorpresivo) en la tranquilidad del hogar. Si la quiebra de la confianza es lo definitivo de la alevosía convivencial, el ataque en esos casos resulta sorpresivo, y por ello no concurre una razón genuinamente autónoma para definirla como una modalidad distinta de alevosía. De hecho, si nos moviésemos en un escenario de violencia de género habitual, la víctima estaría en un contexto o situación general de desconfianza respecto al cónyuge agresor, pero el ataque sobre ella puede ser alevoso si la situación *in concreto* era puntualmente tranquila, y nada alertaba a la víctima de un posible ataque frente a ella²⁸. Esta cuestión demuestra que la alevosía en España –a diferencia de otros lugares como Alemania– es una agravante sumamente arraigada en la concreta ejecución del hecho²⁹, más que una circunstancia definida a partir de un contexto general donde se incardine o se evalúe, desde perspectiva normativa, si la víctima estaba o no desprevenida ante el ataque o debiere estarlo.

²⁵ Por todas, STS 53/2020, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:530) (FJ 3º, ponente Magro Servet); STS 716/2018, de 16 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:82) (ponente Palomo del Arco).

²⁶ Así, entre otras, SSTS 1284/2009, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:8121) (ponente Marchena Gómez); 527/2012, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4691) (ponente Marchena Gómez); 39/2017, de 31 de enero (ECLI:ES:TS:2017:448) (ponente Sánchez Melgar).

²⁷ También MUÑOZ CONDE, 2023, p. 50; MATEOS BUSTAMANTE, 2021, p. 281; PÉREZ RIVAS, 2022, p. 22; FELIP I SABORIT, 2023, p. 43.

²⁸ A este respecto cfr. PÉREZ RIVAS, 2022, p. 25, que estima que “la circunstancia agravante de alevosía podrá ser apreciada en aquellos casos en los que, pese a haberse registrado discusiones o, incluso, actos de violencia de género previos, su entidad y prolongación en el tiempo no permitiesen presagiar una eventual escalada de gravedad de tal entidad en la conducta del agresor”.

²⁹ La jurisprudencia ha apreciado abuso de superioridad (también denominada “alevosía menor”) y no alevosía doméstica o convivencial en supuestos donde la víctima de malos tratos es consciente del posible ataque a la vida, toda vez ya ha aflorado un episodio de violencia *in casu*. De hecho, la discusión previa entre maltratador y víctima, y las anteriores amenazas propinadas la tarde previa a la agresión nocturna, evidencian

Por lo que se refiere a la alevosía sorpresiva y a la alevosía proditoria no se plantean problemas relevantes de compatibilidad con la redacción del art. 22. 1ª, pero en el caso de la alevosía por desvalimiento existencial, como se apuntó más arriba, sí que surgen algunos.

Dentro de la alevosía por desvalimiento deben distinguirse dos situaciones: el “desvalimiento circunstancial” o el “desvalimiento existencial o constitucional”. El desvalimiento circunstancial se produce en situaciones donde el sujeto pasivo se encuentra *puntualmente* desprovisto de una posible defensa, bien siendo la indefensión provocada (p. e. ante el suministro de un potente somnífero en la bebida), bien siendo la indefensión debida a un estado accidental por el que atraviesa la víctima de forma natural (p.e. por encontrarse dormida o agachada) y que el autor aprovecha para formalizar su ataque. A diferencia de los supuestos de desvalimiento circunstancial, en el desvalimiento existencial el sujeto pasivo es constitucionalmente una persona indefensa debido a su edad, enfermedad o discapacidad, de modo que el autor ni causa ni se aprovecha de la indefensión del sujeto, sino que la víctima simplemente es un sujeto indefenso porque existencialmente no puede defenderse, salvo que alguien la acompañe con dicha finalidad. En esos casos de desvalimiento existencial –y como se comentó líneas arriba– la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo entiende que la causación de la muerte de seres desvalidos existenciales constituye un claro ejemplo de ataque alevoso (alevosía por desvalimiento), forzando para ello el tenor literal del art. 22. 1ª CP, puesto que estas personas no pueden articular defensa alguna por su parte³⁰.

Adicionalmente, tras la reforma penal de 2015, el Tribunal Supremo se muestra partidario en muchas sentencias de compatibilizar la alevosía por desvalimiento y la hipercualificación de vulnerabilidad del art. 140.1. 1ª CP, por lo que a la eventual aplicación analógica *in malam partem* de la alevosía, se le suma también una eventual doble valoración prohibida en virtud del principio *non bis in idem*. A continuación, se analizarán las distintas posturas que el Tribunal Supremo ha reconocido en relación con este último expediente, para posteriormente efectuar una crítica a la posición compatibilista de la alevosía por desvalimiento y la hipercualificación del art. 140.1. 1ª CP, y ofrecer seguidamente una propuesta alternativa de interpretación.

que el sujeto pasivo era consciente del riesgo de ataque, cfr. STS 16/2012, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2012:409) (ponente Marchena Gómez). De hecho, en el ámbito de violencia contra la mujer, cuando no se puede verificar el ataque sorpresivo, pero sí un *desequilibrio de fuerzas* por cualquier circunstancia (medios, superioridad numérica o personal, etc.) y además la notable *disminución en las posibilidades de defensa* del ofendido, conocidas y aprovechadas por el autor, se aprecia la agravante de abuso de superioridad, *vid.* entre otras, STS 6561/2009, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:6561) (ponente Jorge Barreiro).

³⁰ Recalco, de nuevo, que en mi opinión la regulación actual de alevosía genera infra-protección de las personas existencialmente indefensas, y por ello estimo oportuno que el Legislador opere una reformulación de la alevosía que supere la situación actual, acompasando el tenor literal de la alevosía a la denominada “alevosía por desvalimiento” que la jurisprudencia aplica de forma constante forzando el tenor literal de la redacción actual del art. 22. 1ª CP.

III. La alevosía por desvalimiento y su compatibilidad con la circunstancia primera del artículo 140 del Código Penal

La eventual compatibilidad de la alevosía por desvalimiento y la circunstancia primera del art. 140. 1 CP que hipercualifica el asesinato ha sido valorada de tres formas distintas³¹ por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que analizaré a continuación. La mayor parte de las sentencias que han motivado los recursos de casación ventilan la muerte de bebés o niños de corta de edad, o de ancianos y enfermos debilitados.

1. La posición compatibilista entre alevosía por desvalimiento e hipercualificación del art. 140.1.1.ª CP. Crítica

La posición mayoritaria de la jurisprudencia más reciente es que la alevosía por desvalimiento es perfectamente compatible con la circunstancia primera del art. 140.1 CP, “víctima menor de 16 años, o especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad”, sin vulnerar el principio *non bis in idem*³².

Esta postura jurisprudencial argumenta que: “[e]l tipo hipercualificado del art. 140.1.1 del CP es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental”³³. A este respecto, establece el TS que “el legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. (...) La muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el art. 67 del CP”³⁴.

En esta misma línea jurisprudencial abunda el Tribunal Supremo, recientemente,

³¹ Resalta el menoscabo a la seguridad jurídica que genera que el TS haya mantenido posiciones divergentes a este respecto, FONTOVA BENET, 2021, texto concordante con nota 56 (versión online sin página); DEVÍS MATAMOROS, 2023, apartado I *in fine* (versión online sin página).

³² Véanse, por ejemplo, 814/2020, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:814) (Asesinato múltiple en Pioz; ponente Marchena Gómez); 701/2020, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4181) (Caso Gabriel; ponente Sánchez Melgar); 719/2021, de 23 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3489) (Caso parricidio de una bebé de 5 meses en Tenerife; ponente Martínez Arrieta); 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351) (Caso parricidio Aaron de 2 años en Elche; ponente Polo García); 219/2023, de 26 de enero (ECLI:ES:TS:2023:219) (Caso del múltiple parricidio en una cueva; ponente Hernández García).

³³ STS 814/2020, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:814) (Caso asesinato múltiple en Pioz; ponente Marchena Gómez); STS 701/2010, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4181) (Caso Gabriel; ponente Sánchez Melgar).

³⁴ STS 814/2020, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:814) (Caso asesinato múltiple en Pioz; ponente Marchena Gómez); STS del Pleno 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351) (caso Aaron; ponente Polo García);

considerando que: “(...) Lo que funda la agravación penológica es que la acción alevosa que determina la calificación del delito como asesinato recae sobre una víctima que reúne determinados indicadores –por su edad o sus condiciones personales de vulnerabilidad– que le hacen merecedora de una mayor protección”³⁵. Asimismo, prosigue la sentencia, “esa concreta muerte alevosa incorpora una mayor tasa de antijuricidad, de mayor desvalor, justificando, a la postre, un reproche más grave”.

El planteamiento del Tribunal Supremo parece considerar que la vida de los menores de 16 años o los desvalidos por edad, enfermedad o discapacidad tiene una protección reforzada frente a la de los adultos³⁶; sin embargo, el TS no ofrece una explicación acerca de dónde radica ese mayor desvalor del ataque contra la vida de un enfermo o de un niño frente al ataque hacia un adulto. Este planteamiento de “nuda edad o de situación de vulnerabilidad existencial”, sin mayores concreciones, resulta, en mi opinión, poco plausible, puesto que no expresa las razones que permiten cualificar esa muerte, sino que las presupone³⁷.

³⁵ STS 36/2023, de 26 de enero (ECLI:ES:TS:2023:219) Asesinato de Carolina en un hotel de Logroño; ponente Hernández García).

³⁶ En el Código Penal español, aparece la vulnerabilidad en razón de edad, enfermedad o discapacidad como tipo cualificado en varios delitos, entre otros, en el tráfico de órganos (art. 156.4 CP), en la trata de seres humanos (art. 177 bis.1 CP), en el acoso sexual (art. 184.4 CP) o en delitos sexuales contra menores (art. 181.1 y 5 c) si es menor de 4 años). En estos preceptos, la mencionada vulnerabilidad parece emparentar con la indefensión natural o desvalimiento de estas personas. Por ello, el fundamento agravatorio de la vulnerabilidad atiende a la especial protección de estas personas a las que se les presupone un *estado o contexto* de indefensión en el que se enmarca la acción delictiva, que amerita una protección reforzada en atención a esa situación o estado de vulnerabilidad por indefensión. Ante estos subtipos agravados la apreciación de la alevosía debe descartarse, y aplicarse –por especialidad– la vulnerabilidad específica de los subtipos agravados. La STS de 5 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:814) (Caso Pioz; ponente Marchena Gómez, FJº 10) mencionó como argumento legitimador de su posición que el Código penal en los delitos de abusos a menores cualifica los tipos en función de la edad, menores de 16 años (art. 183.1 CP), e hipercualifica la conducta cuando el sujeto pasivo tiene menos de 4 años (art. 183.4 a) CP). A este respecto dispone la sentencia que: “El legislador ha considerado oportuno dar un tratamiento singularizado a aquellas ofensas contra menores de edad que se convierten en víctimas de abusos o agresiones sexuales por parte de otras personas. Su singularidad se justifica, entre otras razones, por la especificidad del bien jurídico protegido -la indemnidad sexual- y por el compromiso de toda sociedad democrática de favorecer una especial protección al menor de edad. Es entendible, por tanto, que el simple hecho de involucrar a un menor de 16 años en un contexto sexual reciba una respuesta más agravada que la que se dispensa en aquellos otros supuestos en los que la víctima ha superado ese límite vital” (FJº 10.2.5). El argumento del magistrado Marchena Gómez podría acogerse, *de lege ferenda*, pero precisaría de una redacción legal *distinta* a la actualmente vigente en materia de delitos contra la vida. La agravación presente en el art. 138.2 a) CP (homicidio agravado en atención a la condición del sujeto pasivo) impide acoger el planteamiento de la mayor protección de la vida de los vulnerables, dado que para ellos la calificación puede ser desde homicidio agravado, asesinato simple, o asesinato hiperagravado; ello denota que no es la nuda edad o la condición de vulnerabilidad indiciaria lo que está detrás de la hiperagravación del art. 140.1.1ª CP, sino una conjunción de distintos elementos que deben darse y combinarse para aplicar la hiperagravación como explicaré *infra*. En sentido próximo, cfr. MUÑOZ CONDE, F., (2023), p. 59.

³⁷ Igualmente crítico se expresa PEÑARANDA RAMOS, 2023, nm. 7111 *in fine*; MOYA GUILLEM, 2020, p. 47 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, 2023, p. 193, afirmando que: “En efecto, el fundamento de la agravación por minoría de 16 años no puede ser el mero dato de la edad cronológica, pues ello, en sí, no representa nada; el auténtico fundamento reside en la mayor vulnerabilidad de la víctima ante el ataque de que es objeto”; DEVÍS MATAMOROS, 2023, apartado III, punto 2, estima que: “[l]a situación de especial vulnerabilidad está sirviendo para cualificar el homicidio como asesinato —alevosía por desvalimiento— y, al mismo tiempo, para cualificar al asesinato básico como tipo hiperagravado...”.

La vida de los menores de 16 años o de personas vulnerables merece una protección reforzada por su habitual situación de indefensión, y por ello la *vulnerabilidad* se vincula de lleno con el *estado de indefensión*, que es precisamente el fundamento moderno que se suele ofrecer a la alevosía³⁸. En los delitos contra la vida, la protección de los menores o las personas vulnerables no descansa, por tanto, en un dato de edad cronológica, o en un mero estatus de desvalimiento existencial indiciario, sino que el reproche se agrava por vincularse dicha situación a un contexto de indefensión que coloca al bien jurídico protegido en una situación más precaria.

Para ilustrar lo anterior, repárese en que si las personas desvalidas o vulnerables (bebés o ancianos) se encontrasen fuertemente protegidas por varios guardaespaldas sería muy discutible que un ataque contra la vida mereciese la calificación de asesinato (art. 139. 1. 1ª CP), o de asesinato hiperagravado (art. 140. 1. 1ª CP), o incluso como homicidio agravado (art. 138.2 a) CP). En ese caso, la vida de esas personas estaría, en principio, fuertemente defendida por los guardaespaldas y no necesitaría ninguna protección reforzada. De hecho, cualificar la muerte del bebé o un anciano defendido por los guardaespaldas podría plantear problemas de inconstitucionalidad por vulnerar el principio de igualdad (art. 14 CE), dado que la vida de unos otros vale lo mismo, a no ser que concurra algún fundamento razonable que justificase la distinción.

El ataque contra la vida de un niño o de un anciano nos parece más grave que frente a un adulto en virtud de su indefensión existencial, que deberá acreditarse *in casu*, y que supondrá, en la mayoría de los supuestos, aplicar la alevosía por desvalimiento, dada la actual jurisprudencia del TS. De hecho –como se expuso anteriormente– el fundamento agravatorio de toda alevosía radica en la indefensión del sujeto pasivo³⁹, que puede traer causa del empleo de “medios, modos o formas” que conducen a ella por parte del autor del delito, o bien puede provenir de la incapacidad defensiva del sujeto pasivo al concurrir un desvalimiento existencial⁴⁰. La situación

³⁸ Cfr. en sentido diverso a lo que aquí se sostiene, ALONSO ÁLAMO, 2023, p. 12, afirmando que “[l]a agravante específica de ser la víctima menor de dieciséis años se fundamenta en la vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, una víctima que puede estar o no indefensa. Tal agravante incrementa el desvalor de resultado al añadirse al ataque a la vida el ataque al interés a la especial protección de personas vulnerables”. Anteriormente, cfr. ALONSO ÁLAMO, 2015, pp. 21-22; sin embargo, en mi opinión, no se entiende por qué la vida de los niños y los enfermos se protege en mayor medida que la de otras personas. La protección reforzada de estas personas solo puede articularse atendiendo a su indefensión constitucional indiciaria (*iuris tantum*) que debe probarse *in casu* y dar lugar, solo entonces, a apreciar la denominada alevosía por desvalimiento.

³⁹ Este es el planteamiento que también menciona la jurisprudencia, cfr. STS del Pleno 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351) (caso Aaron; ponente Polo García) reconociendo que: “La esencia de la alevosía (...) radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada, por más que pueda ser compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación”; asimismo STS 66/2023, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:398) (ponente Magro Servet), afirmando que: “El punto de vista objetivo (mayor antijuridicidad) 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”.

⁴⁰ Recuérdese a este respecto la oportuna redacción del art. 22. 1ª del Anteproyecto a Código penal, de 23 de septiembre de 1992, donde se disponía que “Hay alevosía cuando el sujeto comete cualquiera de los delitos

de indefensión coloca al bien jurídico en un estado de debilidad y de mayor peligro que los contextos donde el sujeto pasivo tiene posibilidad de defensa; actuar en esa situación de incapacidad de defensa justifica un mayor injusto y una consecuente mayor penalidad⁴¹.

A partir de ese razonamiento, se puede operar en escalas, considerando que dentro de las clases de alevosía algunas son más graves que otras por ser la indefensión constitucional y no accidental. La indefensión existencial es una característica de la propia víctima (causa endógena de la indefensión), que solo puede revertirse si el ser vulnerable es auxiliado o asistido por un tercero, mientras que la indefensión cuando media alevosía sorpresiva o proditoria proviene de una razón externa a la víctima (causa exógena de la indefensión), o de un estado pasajero de desvalimiento puntual por el que atraviesa circunstancialmente la víctima (*v. gr.* se ataca a una persona dormida o embriagada).

Una gradación de la indefensión en los términos expuestos nos permite significar el efecto totalizador que conlleva el ataque a una persona incapaz de defenderse por su propia incapacidad constitucional⁴². El “desvalimiento existencial” es el supuesto más grave de desvalimiento, dado que no atiende a una circunstancia puntual, sino que va referido a personas que no tienen capacidades defensivas mínimas, cuyo desvalimiento es permanente y totalizador, a menos que estén acompañados o estén asistidos por un tercero o por sistemas de protección *ad hoc*⁴³. Los niños pequeños o los ancianos son seres naturalmente indefensos y por ello necesitan cuidados adicionales que las personas adultas autónomas no requieren. Ante esa debilidad existencial de

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, o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa”.

⁴¹ Esta cuestión no puede ser desarrollada aquí en mayor profundidad; en ello me detendré en un trabajo posterior sobre la alevosía en delitos contra la vida.

⁴² En un sentido contrario, discurre el voto particular emitido por Martínez Arrieta, Puente Segura y Del Moral García, a la STS 585/2021, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351). En él, se estima que la reforma de 2015 da la razón a la doctrina penalista que consideraba que, dentro del art. 22. 1^ª CP, no podía entenderse incluida la llamada alevosía por desvalimiento, por lo que, tras 2015, la muerte de niños y desvalidos encaja perfectamente con el homicidio agravado del art. 138.2 CP. Esta perspectiva del voto particular asume valorativamente que la muerte de seres desvalidos existenciales es menos grave (homicidio agravado) que cuando el autor del delito predispone medios o formas para procurar la indefensión del sujeto pasivo (asesinato al concurrir alevosía). De *lege lata*, llega a una conclusión similar, ALONSO ÁLAMO, 2023, p. 12, “Si el menor es un recién nacido o un niño incapaz de defenderse no concurre alevosía y solo podrá apreciarse la circunstancia del artículo 140.1.1^ª en relación con el homicidio, pues la modalidad de alevosía por desvalimiento no puede establecerse prescindiendo de los elementos requeridos por la regulación legal”.

⁴³ De hecho, este razonamiento late en la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351) (Caso Aaron, ponente Polo García) cuando el TS afirma expresamente que: “Conforme a la interpretación que ahora postulamos la muerte alevosa de un niño es siempre más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el art. 67 CP...”. A mi juicio, el argumento del TS es plausible, pero resulta equivocado cuando se lleva hasta las últimas consecuencias para aplicar el asesinato hiperagravado, y descuida indebidamente la gradación punitiva con la que el CP español ha definido, *lex lata*, las escalas en el asesinato.

estas personas, la sociedad articula su protección y cuidado a través de terceros, a los que jurídicamente, entre otras muchas cosas, se les anudan posiciones de garante de protección de esas personas. De hecho, no debe pasarse por alto que la mayoría de las muertes dolosas de ancianos y niños se producen en el ámbito familiar o convivencial, donde es precisamente el garante –conviviente o progenitor– el que lleva a cabo la muerte del ser indefenso.

Con todo, la posible gradación de la indefensión en el sentido propuesto es un expediente que podría tenerse en cuenta en sede de determinación judicial de la pena, aplicando el marco penal correspondiente en su límite superior, pero sin desbordar dicho límite penológico, puesto que la gradación no atiende a un fundamento distinto de la alevosía, sino que proviene de considerar ciertas indefensiones más graves que otras dentro de un mismo género.

Adicionalmente, debe repararse en que la circunstancia primera del art. 140.1 CP –que alude a “menores de 16 años” y a “personas especialmente vulnerables en razón de su edad/enfermedad/discapacidad”– cualifica tanto el delito de asesinato como el homicidio⁴⁴. Frente a estas personas, agrupadas bajo el paraguas de la *vulnerabilidad*, la intensidad de la indefensión también puede mensurarse, pues francamente no es lo mismo causar la muerte de un bebé no acompañado, que no tiene ninguna capacidad de defensa, que matar a un adolescente (entre los 11 y los 16 años) con ciertas capacidades defensivas⁴⁵. Esta situación debe ponerse en relación con la distinción reconocida por nuestros tribunales entre la “alevosía” y el “abuso de superioridad”, donde se aplica alevosía si el sujeto pasivo tiene completamente *eliminada* su capacidad defensiva, o abuso de superioridad si tan solo la tiene *mermada*⁴⁶.

Enlazando con lo anterior, cabe añadir que la propia existencia del art. 138.2 a) CP demuestra que no toda muerte de un menor de 16 años, o persona vulnerable por edad, enfermedad o discapacidad aboca, en todos los casos, a la calificación más grave entre los delitos contra la vida⁴⁷. De hecho, debe dotarse de un ámbito de aplicación concreto al homicidio agravado *ex art.* 138.2 a) CP, que, en mi opinión, vendría reservado para supuestos en los que el menor de 16 años, o la persona vulnerable

⁴⁴ Advierte la problemática de deslinde que esta regulación plantea, por ejemplo, SIERRA LÓPEZ, 2014, apartado 3.3.1 *in fine*, apartado 5.2.

⁴⁵ Destaca este dislate valorativo, por ejemplo, ALONSO ÁLAMO, 2015, p. 24.

⁴⁶ Sobre ello, cfr. *in extenso* DOPICO GÓMEZ ALLER, 2023, nm. 4400, 4408.

⁴⁷ De hecho, en aplicación de la legislación penal vigente, la muerte de un menor de edad o de un anciano puede calificarse como homicidio agravado (art. 138.2 a) CP), como asesinato simple (art. 139 CP) o asesinato hiperagravado (art. 140.1. 1ª CP). Por ello, el planteamiento de la protección reforzada de un grupo muy singular de personas vulnerables no tiene ningún recorrido, dado que la calificación puede variar con significativas diferencias de calificación con esencial importancia en el ámbito penológico. En un sentido próximo, cfr. STS 80/2017, de 10 de febrero (ECLI: ES:TS:2017:455) (ponente Del Moral García, F.J.3º) acogiendo el planteamiento de que puede haber víctimas vulnerables (adolescente de 13 años) con cierta capacidad defensiva en cuyo caso procede aplicar el homicidio agravado (art. 138.2 CP). En sentido parecido también CARBONELL MATEU, 2023, p. 63, “[en] ese sentido, se aplica el precepto cuando, pese a la edad o vulnerabilidad de la víctima, ésta no se encuentra *totalmente* indefensa: es algo más que el abuso de superioridad y algo menos que la alevosía”. Cursiva añadida.

por edad, enfermedad o discapacidad tenga mermada su capacidad defensiva, pero no la tenga completamente eliminada. Si se comprobase que el sujeto pasivo estaba en una situación de completa indefensión se aplicará un asesinato alevoso por desvalimiento (art. 139.1. CP), atendiendo a la constante interpretación del TS.

En resumen de lo hasta aquí expuesto, y partiendo del estado actual de la jurisprudencia del TS sobre alevosía por desvalimiento, la propuesta restrictiva que aquí se presenta nos llevaría a calificar el ataque contra la vida del siguiente modo:

- Si la víctima no es menor de 16 años o una persona vulnerable *ex art.* 140.1 1ª CP y tiene mermada su capacidad de defensa se aplicará un homicidio básico con abuso de superioridad (arts. 138.1 CP y 22. 2ª CP).
- Si el sujeto pasivo es una persona vulnerable según el art. 140.1 1ª CP y tiene *mermada* su capacidad defensiva concurrirá un homicidio agravado del art. 138.2 a) CP⁴⁸.
- Si la víctima, sea o no vulnerable *ex art.* 140.1 1ª CP, no tenía ninguna capacidad de defensa *in casu*, podrá apreciarse el asesinato alevoso (art. 139.1. 1ª CP) de acuerdo con la praxis aplicativa del TS.
- Si concudiese cualquiera de las circunstancias del art. 139.1 CP al margen de la alevosía (*v. gr.* precio) y un abuso de superioridad por el que el sujeto pasivo no vulnerable (*p. ej.* un adulto) ve mermada su capacidad defensiva, se apreciará un asesinato básico por precio (art. 139.1. 1ª CP) y una agravante genérica de abuso de superioridad (art. 22. 2ª CP). Nótese que esta también es la solución adecuada para los casos de asesinato no alevoso, donde concurra una víctima vulnerable *ex art.* 140.1. 1ª CP con capacidad defensiva mermada (alevosía de segundo grado o abuso de superioridad) pero no completamente eliminada (alevosía).
- Y, finalmente, se reservaría la aplicación del asesinato hiperagravado (art. 140.1 1ª CP) para casos donde se acredite una circunstancia de asesinato distinta de la alevosía (*por ejemplo*, ensañamiento o precio) y además una víctima totalmente indefensa que sea menor de 16 años, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad. En este último supuesto, considero que la nueva regulación del art. 140.1. 1ª CP es precepto especial (art. 8.1 CP) con respecto al asesinato agravado previsto en el art. 139.2 CP, que agrava el asesinato cuando concurre más de una circunstancia. En mi opinión, solo en esos casos (cuando media ensañamiento, precio, asesinato *criminis causae* y alevosía por desvalimiento existencial conforme a la actual jurisprudencia del TS) podrá aplicarse el asesinato hiperagravado, des-

⁴⁸ En sentido parecido, PEÑARANDA RAMOS, 2023, nm. 7013.

plazando al asesinato agravado, e imponer la pena máxima de prisión permanente revisable⁴⁹.

En cualquier caso, esta línea jurisprudencial compatibilista –que, por cierto, es la mayoritaria y más actual– que preconiza la posible aplicación conjunta de la alevosía por desvalimiento y la vulnerabilidad, no consigue fundamentar adecuadamente el necesario deslinde entre ellas, y, como advierte Peñaranda Ramos⁵⁰, da la sensación de que es la indefensión lo que cualifica la conducta, desvalorándose dos veces la misma situación. Adicionalmente, debo destacar que la aplicación del asesinato hiperagravado en esos casos de muerte de niños en contextos de indefensión puede resultar excesivo, dado que la pena de este delito es la prisión permanente revisable, y rompe asimismo las cinco gradaciones con las que opera la legislación vigente. Valorativamente la prisión permanente revisable debe reservarse para asesinatos muy graves, cuando concorra más de una circunstancia cualificante, de modo que se justifique un incremento punitivo tan considerable.

2. La opción intermedia del Tribunal Supremo: la alevosía por desvalimiento es incompatible con la apreciación del art 140.1. 1ª CP, pero sí es compatible si concurre otra clase de alevosía. Refutación

En otras ocasiones, la jurisprudencia ha optado por diferenciar las clases de alevosía y ha propugnado la posible compatibilidad de una alevosía sorpresiva o alevosía doméstica con la circunstancia hipercualificadora de menor de 16 años o persona vulnerable⁵¹.

⁴⁹ En un sentido distinto a lo que acabo de plantear la profesora ALONSO ÁLAMO considera que la alevosía y la vulnerabilidad por ser menor de 16, por edad, enfermedad o discapacidad se fundamentan en cuestiones próximas pero diferentes; la alevosía se fundamenta en la indefensión, mientras que la condición de víctima menor de 16, enfermedad, etc. se fundamenta en la indefensión y la vulnerabilidad, la cual se presume *iuris et de iure*. Para ALONSO ÁLAMO, “la ejecución aleve incrementa el desvalor de acción, mientras que la muerte de un menor de dieciséis años agrava también por razones de injusto, pero en atención al mayor desvalor de resultado al añadirse al ataque a la vida el ataque al interés a la *especial protección* que merecen personas en situación de vulnerabilidad”, (cursiva añadida), ALONSO ÁLAMO, 2023, p.10.

⁵⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2023. nm. 7111 *in fine*, estima que “pese a todo el esfuerzo argumentativo desplegado en esta sentencia, la corrección de esta tesis (...) resulta muy dudosa pues no consigue evitar la impresión de que un mismo factor (la absoluta indefensión de la víctima) es lo que cualifica dos veces la infracción de la prohibición matar infringiéndose así la prohibición de incurrir en *bis in idem*”.

⁵¹ Cfr. STS 367/2019, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2337) (Caso Sara; FJ 6º, ponente Sánchez Melgar), donde se estimó que el ataque a una bebé de 17 meses fue totalmente sorpresivo e inesperado para la madre, donde el autor precipitó por la ventana a la niña, de modo que la alevosía sorpresiva es compatible con la hipercualificación del art. 140.1º1ª CP. No obstante, la argumentación en esta sentencia es ciertamente oscura, puesto que, en último término, la sentencia reconoce por un lado que: “en nuestro caso, el hecho ha sido calificado de asesinato, dada la edad de la menor, que le imposibilitaba para la defensa, y además, dado lo imprevisible del suceso”, para finalmente concluir que: “[e]n síntesis, en el supuesto de autos, la concurrencia de la *alevosía de desvalimiento* determinó la calificación del asesinato del art. 139.1 CP, pero al recaer sobre persona especialmente *vulnerable por razón de su edad*, menor de 16 años (art. 140.1.1ª CP), el Magistrado-Presidente entendió que la pena resultante era la de prisión permanente revisable. Al decidir de este modo consideró correctamente que no se producía una doble valoración de la misma circunstancia, sino un *distinto fundamento* de la punición”; cursiva añadida. Este planteamiento también lo acoge, entre nosotros,

Este es el razonamiento que emplea, expresamente, la STS 520/2018, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3687) (ponente Del Moral García) donde se dirimía el recurso de casación contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana que confirmaba la sentencia de la AP de Alicante. En ella se condenó a un hombre que había matado a su tía abuela de 88 años de edad, asfixiándola con un cable por la espalda mientras estaba tranquila en su mecedora. El acusado confesó los hechos a la policía antes de conocerse la muerte de la anciana (art. 21.4^aCP). La calificación de los hechos fue de asesinato hiperagravado del art. 140.1. 1^a CP (prisión permanente revisable) y una circunstancia atenuante de confesión como muy cualificada, que conllevaba una rebaja penológica de un grado, imponiéndose finalmente una pena de 20 años con la inhabilitación absoluta correspondiente. El acusado recurrió en casación, pero el TS convalidó la sentencia de instancia.

El razonamiento del Tribunal Supremo recalcó que “[e]n los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1. 1^a). No cabrá apreciar además el asesinato agravado del art. 140.1. 1^a pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del *bis in idem*”. Sin embargo, el tribunal consideró que cuando la alevosía no se aprecie en virtud de desvalimiento, sino en virtud de algún otro elemento –como, por ejemplo, la alevosía sorpresiva o la alevosía proditoria– entonces sí será posible la compatibilidad⁵². Es decir: si la alevosía se aprecia por una modalidad distinta al desvalimiento sí cabrá calificar el hecho como alevoso y, por tanto, atribuir un asesinato, y acudir después a la hiperagravación del art 140.1. 1^a CP atendiendo a la “condición de la víctima, su avanzada edad o su enfermedad o discapacidad”⁵³.

A mi juicio, el argumento empleado por el TS no puede convencer. La taxonomía

MOYA GUILLEM, 2020, p. 46, o ÁLVAREZ GARCÍA, 2023, p. 193, considerando que: “Si el sujeto ha empleado medios alevosos para matar a un sujeto pasivo que se integre en la circunstancia recogida en el artículo 140.1.1^a, pero los dichos medios alevosos no están conectados con la edad o enfermedad de la víctima, más este último dato supone, con independencia del ataque alevoso, una mayor debilidad del bien jurídico del que aquélla es titular, cabrá la calificación de la muerte como alevosa con la cualificación recogida en el artículo 140.1.1^a, CP”.

⁵² *Vid.* STS 520/2018, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3687) (ponente Del Moral García; asesinato de una anciana de 88 años): “Cuando a la alevosía, basada en otros elementos, se superpongan circunstancias del apartado 1^a del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138 .1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1^a (por ser la víctima un menor)”. En sentido parecido también la STS 462/2021, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2172) (ponente Martínez Arrieta): “La situación objetiva de especial vulnerabilidad, que permite la aplicación del art. 140.1 CP, para cuya integración hemos de acudir al art. 25.1 CP, es compatible con la circunstancia agravante de alevosía que cualifica el asesinato, cuando el relato fáctico describe, junto a una situación de desvalimiento de la víctima, el empleo en la ejecución del hecho, hechos, modos o formas que tienden directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que pudiera proceder de la defensa por el ofendido. Solo así podremos superar los riesgos del *bis in idem*”.

⁵³ *Ibidem*.

propuesta por la jurisprudencia en torno a las diferentes clases de alevosía –proditoria, sorpresiva, por desvalimiento y doméstica– no es más que una descripción de las diversas manifestaciones en las que el autor del delito comete el ataque contra la vida en un contexto de indefensión de la víctima. La indefensión puede producirse por resultar el ataque totalmente inesperado o súbito, o puede generarse a partir de una trampa tendida a la víctima, puede partir del desvalimiento existencial, o producirse en el seno del hogar donde se presupone un escenario de seguridad a las personas salvo prueba en contrario. Además, como se expuso con anterioridad, la indefensión puede ser graduable atendiendo a si esta es existencial o circunstancial, pero no puede desgajarse, *lex lata*, como si se tratase de circunstancias agravantes diferentes, pues todas hallan su fundamento en la indefensión.

De hecho, en los supuestos en los que concurre un desvalimiento existencial por edad, discapacidad, o enfermedad, la concurrencia de un ataque súbito, sorpresivo o en acechanza no añade más al desvalor del hecho, puesto que frente a estas personas los ataques defensivos son, con carácter general, infructuosos, y si, en el caso, hubiese un atisbo de una posible defensa estaremos ante un homicidio agravado *ex art.* 138.2 a) CP, donde podrá apreciarse una disminución de la capacidad de defensa habida cuenta la vulnerabilidad. La sorpresa o la acechanza no añaden un plus de desvalor autónomo al ataque de una persona ya indefensa; a lo sumo, pueden acentuar el desvalor y en consecuencia agravar la pena dentro del marco penal correspondiente, pero no añaden ningún elemento singular al ya presente en el desvalimiento existencial⁵⁴. Ante quien no es capaz de defenderse por edad, enfermedad o discapacidad le es igual que el ataque sea sorpresivo o anunciado, en acechanza o de frente, dado que su indefensión es consustancial a su persona, sin que la sorpresa o el acecho añadan nada más relevante al ataque, que en sí mismo es alevoso⁵⁵. De ese modo, la posición jurisprudencial que permite desgajar las formas de alevosía para forzar una posible compatibilidad de la alevosía con la circunstancia de vulnerabilidad del art. 140.1. 1ª CP no puede convencer, y constituye una vulneración del principio *non bis in idem*.

⁵⁴ No obstante, pueden darse casos de personas ancianas o enfermas con posible defensa, aunque aminorada, donde el factor sorpresivo o en acechanza puedan confluír, de modo que, lo que podría en principio ser un homicidio agravado *ex art.* 138.2 CP, se califique como un ataque alevoso por desvalimiento, donde en él confluya la alevosía sorpresiva para conformar prueba de la completa eliminación de la posible defensa de la víctima. Esta situación ha sido frecuentemente resaltada por la jurisprudencia, véase, entre otros, por ejemplo, STS 775/2017, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4291) (ponente Jorge Barreiro), ventilando el asesinato, en 2014, mediante un disparo de pistola de una persona parapléjica que precisaba moverse en silla de ruedas. Cfr. asimismo el FJ 5º de la STS 716/2018, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82) (ponente Palomo del Arco) haciéndose eco de esta posible combinación entre alevosía sorpresiva y víctima vulnerable o desvalida.

⁵⁵ En un sentido parecido, FONTOVA BENET, 2021, apartado 2, resalta que “[r]especto a la alevosía sorpresiva, ¿en qué caso un bebé de 17 meses podría huir de un ataque?, ¿en qué caso un ataque podría no ser sorpresivo para un niño de tan corta edad? De aceptar este supuesto, sería defendible que todos los ataques a niños (de corta edad) resultarían sorpresivos y, por ende, el artículo 138.2.a) no sería aplicable en ninguno de los supuestos con una víctima de escasa edad”.

Por lo demás, nótese las extravagantes conclusiones a las conduciría este razonamiento del TS: si se trata de un ataque por la espalda a un adolescente de 14 años o a un anciano de 88 años (alevosía proditoria), adicionalmente podemos acudir a la circunstancia primera del art. 140.1. 1º y calificarlo como asesinato hiperagravado; sin embargo, el ataque frontal a un bebé por parte de su progenitor se califica como asesinato simple cometido con alevosía. Valorativamente algo no encaja en este planteamiento, y conduce a un tratamiento dispar de situaciones de análoga significación⁵⁶.

Por todo lo anterior, considero que las diversas formas de alevosía no pueden desgajarse entre sí para dar lugar a la calificación de un asesinato hiperagravado sin quebrantar el principio *non bis in idem*.

3. La posición minoritaria: la imposibilidad de apreciar alevosía por desvalimiento y la hipercualificación del art. 140.1.1.ª CP

En la STS 716/2018, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82) (ponente Palomo del Arco), el Tribunal Supremo casó la sentencia de apelación ante el TSJ de Canarias que confirmaba la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife; ella imponía una pena de prisión permanente revisable al autor de la muerte de un hombre de 66 años con discapacidad tras sufrir un ictus isquémico años atrás, que le produjo alteración en el lenguaje y marcha inestable. El ataque se produjo mediante apuñalamiento sorpresivo (alevosía) y mediando ensañamiento en el domicilio de la víctima. En este caso, la Audiencia Provincial impuso la pena de prisión permanente revisable apreciando alevosía ante el ataque sorpresivo, ensañamiento, y ser la víctima vulnerable en razón de la discapacidad (art. 140.1. 1ª CP). El Tribunal Supremo admitió parcialmente el recurso de casación, y condenó al autor por asesinato agravado (art. 139.2 CP) por concurrir alevosía y ensañamiento, e impuso una pena de 24 años de prisión y las accesorias correspondientes.

El TS casó la sentencia sobre la base de dos argumentos principales. Por un lado, se adujo un planteamiento sistemático acerca de la gradación en escalas presente en los delitos contra la vida tras la reforma penal de 2015. Por otro lado, se planteó la indivisión de la indefensión por desvalimiento y la circunstancia primera del art. 140.1 relativo a personas vulnerables para salvaguardar la garantía de *non bis in idem* en su vertiente sustantiva, que acoge la prohibición de doble valoración de una misma conducta; asimismo, se desdeñó pertinentemente la posibilidad de escindir las diversas modalidades de la alevosía que entendía que la alevosía sorpresiva y la proditoria

⁵⁶ Pasando por alto este dislate valorativo cfr. SSTS 80/2017, de 10 de febrero (Caso bebé lactando; ECLI:ES:TS:2017:455); 520/2018, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3687) (ponentes en ambas resoluciones Del Moral García).

cualifican el asesinato y la de desvalimiento lo hipercualifica, puesto que ambas están íntimamente interconectadas y no alcanzan un fundamento autónomo⁵⁷.

En relación con el primer planteamiento, de naturaleza sistemática, la regulación en escalas en los delitos dolosos contra la vida –donde se distingue entre asesinato simple (art. 139.1 CP), asesinato agravado (art. 139.2 CP), asesinato hiperagravado (art. 140 CP), homicidio simple (art. 138.1 CP) y homicidio agravado (art. 138.2 CP)– debe orientar la interpretación de la regulación⁵⁸, de modo que ésta guarde coherencia, sea proporcional y genere los menos dislates valorativos posibles. En ese sentido, es un acierto que la STS 716/2018, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82), se haga cargo de las distintas gradaciones, y advierta la dificultad que plantea la regulación de 2015. A este respecto, señala el magistrado ponente, Andrés Palomo del Arco, que la formulación de las hipercualificaciones no está bien sistematizada, puesto que, en un supuesto donde medie alevosía por desvalimiento y ensañamiento sobre persona vulnerable, se impone la prisión permanente revisable, arrojándose el mismo resultado si se suprimiese la alevosía por desvalimiento y permaneciese el ensañamiento con la condición de vulnerabilidad.

A mi juicio, y como se expuso arriba, en caso de concurrir una muerte con ensañamiento de persona vulnerable (*v. gr.*, persona anciana) pero con cierta capacidad defensiva, no debiese aplicarse el asesinato hiperagravado (art. 140.1. 1ª CP), sino un asesinato simple con abuso de superioridad sin más (arts. 139.1. 2ª y 22. 4ª CP), para así mantener la proporcionalidad entre conducta y sanción y no abocar a un notable exceso punitivo. Es decir, atendiendo a la jurisprudencia actual en materia de alevosía por desvalimiento, la prisión permanente revisable debe –en mi opinión– contemplarse únicamente cuando pueda probarse ensañamiento, precio o asesinato *criminis causae*, y, además, una situación de completa indefensión de una persona existencialmente indefensa acreditada en el *factum*, que la jurisprudencia viene considerando como alevosa. Así pues, el art. 140.1 1ª CP, que presupone la existencia de alevosía por desvalimiento existencial, resulta un precepto especial (art. 8.1 CP) con respecto al asesinato agravado del art 139.2 CP previsto para cuando concurren

⁵⁷ Así lo declara expresamente la STS 716/2018, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82) (ponente Palomo del Arco), estableciendo que: “Dada la inescindibilidad descrita del ataque sorpresivo con el desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima en la causación de la indefensión, al haber sido buscada por el autor para asegurar la ejecución del delito sin riesgo propio, tanto si la indefensión que genera la especial vulnerabilidad de la víctima, autónomamente considerada, resulta subsumible en abuso de superioridad, como en alevosía, una vez apreciada la alevosía que cualifica el asesinato, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión, con quiebra del principio *non bis in idem*”.

⁵⁸ Se hace cargo de la regulación actual en distintos escalones, por ejemplo, la STS 716/2018, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82), (ponente Palomo del Arco), F. Jº. 4º, con referencias a la STS 102/2018, de 1 de marzo. También, en sentido parecido, el voto particular formulado por los magistrados Martínez Arrieta, Puente Segura y Del Moral García a la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351), donde se recuerdan los cinco escalones habidos en los delitos contra la vida: homicidio básico (art. 138.1 CP), homicidio agravado (art. 138.2 CP), asesinato simple (art. 139.1 CP), asesinato agravado (art. 139.2 CP) y asesinato hiperagravado (art. 140 CP).

más de una circunstancia que cualifique el homicidio y lo convierta en un asesinato⁵⁹. Por esta razón, y con respecto al caso que dirimía la sentencia comentada, estimo correcto haber mantenido la calificación de prisión permanente revisable, dado que en la causa quedó acreditado el ensañamiento y la total indefensión existencial de la víctima motivada por su enfermedad y la forma de ataque sorpresivo. Así, pues, el asesinato hiperagravado del art. 140.1. 1ª CP desplaza la aplicación del asesinato cualificado del art. 139.2, atendiendo a que el desvalimiento existencial –en este caso motivado por la enfermedad que le produjo la discapacidad– es más grave que el desvalimiento circunstancial, o la indefensión acreditada por el empleo de una forma de ataque sorpresivo o proditorio.

En cualquier caso, la gradación en escalas en los delitos contra la vida no debe ser ignorada como ocurre en no pocos pronunciamientos posteriores a 2018 del TS. La jurisprudencia no puede forzar el tenor literal para salvaguardar la presumida finalidad de la norma –sancionar con prisión permanente revisable el asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables–, sino adecuar su interpretación a la regulación planteada, donde las escalas existen, y donde, por cierto, la muerte de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables cualifica *también* el delito de homicidio. La sentencia 716/2018, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82), aquí comentada, junto con el voto particular formulado por los magistrados Puente Segura, Martínez Arrieta, y Del Moral García, en la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351), conforman notables excepciones que tratan de dar coherencia interna a la nueva regulación y evitar la doble valoración prohibida a la que aboca el Código Penal salvo interpretación restrictiva.

Con respecto al segundo argumento empleado por la sentencia 716/2018, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82), que atiende a la inescindibilidad de la “alevosía por desvalimiento” y “la vulnerabilidad”, el ponente resalta oportunamente que los supuestos de vulnerabilidad en razón de edad, enfermedad o discapacidad son tratados por la jurisprudencia como casos de *alevosía por desvalimiento* si conducen a la completa indefensión, o de *abuso de superioridad* si se produce una disminución de la capacidad defensiva⁶⁰. De ese modo, la alevosía por desvalimiento y la circunstancia primera no pueden apreciarse de forma conjunta, pues “la cualificante alevosía desplaza la hipercualificante vulnerabilidad”⁶¹, aunque la sentencia no entra en mayores pormenores.

⁵⁹ En el mismo sentido, DEVÍS MATAMOROS, 2023, apartado I, texto concordante nota 24, estimando que “atendiendo al principio de especialidad, es la circunstancia prevista en el asesinato hiperagravado la que recoge características más específicas que en el asesinato agravado”.

⁶⁰ STS 716/2018, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82) (ponente Palomo del Arco), F. Jº 6º. En sentido parecido también SIERRA LÓPEZ, 2014, apartado 3.3.1 *in fine*, estableciendo que “la vulnerabilidad podrá venir referida a la situación de desvalimiento en la que se encuentre la víctima”.

⁶¹ STS 716/2018, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82).

En mi opinión, es del todo punto incompatible la aplicación conjunta de un asesinato por concurrir alevosía por desvalimiento (139.1. 1ª CP) con la circunstancia de vulnerabilidad prevista en el art. 140.1. 1ª CP, dado que esta *vulnerabilidad* debe acreditarse *in casu* y manifestarse bien en la existencia de una total incapacidad de indefensión (asesinato mediando alevosía por desvalimiento), o bien manifestarse en la merma de sus capacidades defensivas cuando el sujeto pasivo conserve alguna posibilidad de autodefensa (homicidio agravado art. 138.2 CP). Por esta razón, la aplicación conjunta de asesinato mediando alevosía por desvalimiento y la circunstancia de vulnerabilidad comporta una sanción duplicativa prohibida, dado que la vulnerabilidad debe probarse como sustrato fáctico bien mediando una indefensión total (asesinato al mediar alevosía por desvalimiento) o una disminución de la capacidad defensiva (homicidio agravado ex art. 138.2 CP) en el sentido propuesto⁶². El fundamento de la mayor protección de la vida de los menores o de las personas vulnerables radica precisamente en su situación de indefensión existencial (art. 1391.1 1ª CP) o merma defensiva (art. 138.2 a) CP), a menos de que en el caso estén acompañados por terceros. Si, en el caso, dichas personas indiciariamente vulnerables estuvieran protegidas por avezados guardaespaldas, nadie se plantearía una mayor necesidad de protección de ellos frente a los terceros no vulnerables.

IV. Conclusiones

1. La protección penal reforzada de los menores de 16 años o de personas vulnerables en razón de la edad, la enfermedad o la discapacidad en los delitos contra la vida es un expediente que puede resolverse desde diferentes perspectivas y de distintas formas. Se opte por el modelo que se opte, debe identificarse una razón que justifique la necesidad de esa protección reforzada más allá de la mera comprobación de la edad cronológica o de la concurrencia de una víctima anciana, enferma o con discapacidad. A mi juicio, la indefensión natural de estas personas justifica que el ordenamiento jurídico les dispense una protec-

⁶² En sentido parecido, el voto particular formulado por los magistrados Martínez Arrieta, Puente Segura y Del Moral García a la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351), considera que: “Se afirma en la sentencia (de la mayoría) que no hay vulneración del *bis in idem* porque el hecho agrede dos bienes jurídicos distintos, uno la cualificación de la acción, la muerte de un desvalido, y otro que afecta al resultado, es un menor o una persona desvalida, argumentación que no desvirtúa el fundamento de nuestra oposición: la doble consideración del desvalimiento. Cuando se alude a la cualificación de la acción, la misma se fundamenta en que se atacó a quien no podía defenderse, asegurada la ejecución sin defensa alguna que pudiera proceder del ofendido en cuanto, fuera cualquiera el modo en el que hubiera sido atacado, dicha defensa no resultaría posible por la especial condición de la víctima (menor de dos años). Y el mayor disvalor del resultado se sitúa, creemos que aquí con razón, en esa misma condición del menor, como persona esencialmente desvalida, incapaz de toda defensa. En ambos casos, aunque bajo distintas etiquetas, es el mismo hecho el que se valora dos veces, frente al mismo sujeto activo y con idéntico fundamento”.

ción penal reforzada toda vez que se evidencie que la víctima no puede defenderse, de modo que el ataque contra su vida abrigue un mayor peligro que en casos donde la víctima sí puede defenderse.

2. El modelo español de incriminación del asesinato se ha llevado a cabo a través de un sistema de circunstancias cualificadoras, que desvaloran en mayor medida el tipo básico de homicidio. Con respecto a la alevosía, se plantea un problema de legalidad que la doctrina viene señalando desde antaño. El tenor literal de la alevosía, recogido en el art. 22. 1ª CP, pivota sobre la utilización de medios o de formas de ataque en las que se asegura la agresión contra la vida, sin riesgo para el autor que pueda provenir de la defensa “por parte del ofendido”. Sin embargo, la jurisprudencia considera que la muerte de seres constitucionalmente indefensos es una forma de alevosía por desvalimiento, lo cual encaja mal con la coletilla final de la circunstancia que hace referencia a la defensa por parte del *ofendido*. Ello plantea evidentes problemas de legalidad, concretamente en lo atinente a la analogía desfavorable contra reo.
3. Adicionalmente al problema de legalidad señalado, la reforma de 2015 dificulta aún más, si cabe, una interpretación racional de los delitos contra la vida. Lo primero que debe señalarse es que la regulación efectúa una gradación en cinco escalas diferenciadas (homicidio básico, homicidio agravado, asesinato básico, asesinato agravado y asesinato hiperagravado), las cuales deben ser tenidas en cuenta por los jueces en su labor de interpretación de los diferentes tipos penales. Cada una de las figuras delictivas debe contar con su propio ámbito de aplicación, y debe mantenerse la oportuna proporcionalidad entre el desvalor del comportamiento y la sanción, evitándose los excesos punitivos. Asimismo, la interpretación de las distintas figuras no debe abocar a sanciones duplicativas de una misma circunstancia como ocurre con la alevosía por desvalimiento y la vulnerabilidad, y también, por cierto, con el asesinato *criminis causae* y el asesinato subsiguiente a un delito sexual que el autor comete sobre el sujeto pasivo. Esta situación evidencia la imperiosa necesidad de reordenar los delitos contra la vida en España, otorgándose la necesaria seguridad jurídica a los ciudadanos (potenciales justiciables), y dotar de taxatividad a la norma que deberán aplicar los tribunales de justicia.
4. Con todo, el trabajo aquí presentado trata de ofrecer una interpretación restrictiva de la circunstancia primera del art. 140.1 referida a que la “víctima sea menor de 16 años o se trate de persona especialmente vulnerable en razón de la edad, enfermedad o discapacidad”, partiendo de la interpretación actual del TS sobre alevosía por desvalimiento. Dicha interpretación parte de la base de que la protección penal reforzada de las personas vulnerables solo puede quedar

justificada si estas personas se encuentran completamente indefensas en el momento del ataque a su vida (asesinato), o padecen una merma de su capacidad defensiva (homicidio agravado), que les coloca en un lugar subóptimo en relación con su expectativa de defensa.

5. La interpretación propuesta pretende huir de aplicaciones automáticas, apegadas a la edad cronológica o a la situación de vulnerabilidad indiciaria, para pivotar en torno al estado de indefensión graduable, distinguiéndose –como ocurre con la alevosía y el abuso de superioridad– entre la completa incapacidad de defensa y la disminución de la capacidad defensiva.
6. A partir de ahí, la interpretación trata de conjugar, por un lado, el fundamento de la protección reforzada de personas vulnerables, y, por otro, la sistemática de los cinco escalones que plantea la regulación del CP. A este respecto se estima que el homicidio agravado de personas vulnerables (art. 138.2 a) CP) puede aplicarse cuando estas ven mermadas sus capacidades defensivas. Y se tratará de un asesinato con alevosía por desvalimiento si la persona vulnerable se encuentra en situación de completa indefensión. Si el menor de 16 años o la persona vulnerable por edad/enfermedad o discapacidad está *in casu* protegida, deberá apreciarse un homicidio simple, dado que no concurre un motivo que justifique una calificación diferente.
7. En lo que respecta a la hipercualificación del asesinato –que conduce irremisiblemente a la sanción de prisión permanente revisable– la interpretación de la norma exige ser sumamente cuidadoso. Tomado en serio el principio *non bis in idem* no puede sostenerse la tesis compatibilista del Tribunal Supremo entre “vulnerabilidad” y “alevosía por desvalimiento”, ni la corriente jurisprudencial que afirma la posible compatibilidad de la “alevosía sorpresiva o proditoria” con la “vulnerabilidad”.
8. La vulnerabilidad de ciertas personas –que puede y debe fundamentar una agravación del reproche punitivo– se traduce en que algunos individuos son desvalidos y se muestran incapaces de articular una defensa por su parte, o se encuentran debilitados en dicha capacidad. Ello no se diferencia en nada del fundamento de la alevosía por desvalimiento o del abuso de superioridad, según sea el caso, de modo que su combinación implica *bis in idem*.

El hecho de que pueda considerarse que el “desvalimiento existencial” es más grave que el desvalimiento accidental o provocado mediante ciertos medios o formas de ataque, puede tener relevancia para graduar la pena del marco penal correspondiente, de modo que si confluye con otras clases de alevosía (sorpresiva o proditoria) ello pueda fundamentar una exasperación de la pena dentro del marco penal de referencia. Además, el hecho de considerar más grave al desvalimiento existencial que

al desvalimiento accidental o provocado, permite valorar ese expediente como un elemento diferenciador. Por esta razón, considero que si “la indefensión o el desvalimiento existencial” de ciertas personas entra en combinación con cualquiera de las demás circunstancias del asesinato –precio, ensañamiento, o asesinato *criminis causae*– podría calificarse el hecho como asesinato hiperagravado (art. 140.1. 1ª CP) desplazándose al asesinato agravado (art. 139.2 CP), en virtud del principio de especialidad. Este planteamiento respeta las distintas escalas planteadas por el Legislador, y asimismo restringe la calificación de asesinato hiperagravado a supuestos muy graves en los que concurre una circunstancia de asesinato (ensañamiento, precio o asesinato *criminis causae*) y además la víctima es una persona vulnerable donde se acredita un estado de completa indefensión ante el ataque mortal.

Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M., (2015), “La reforma del homicidio doloso y el asesinato por la LO 1/1995”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 117, pp. 5-49.
- ALONSO ÁLAMO, M., (2023), “¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial. A propósito de la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25, pp. 1-13.
- ALTÉS MARTÍ, M.A., (1982), *La alevosía. (Estudio de determinados aspectos de la agravante n. 1 del art.10 del código penal)*, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (2023), “Lección 2ª. Asesinato”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.) *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas.*, 4ª ed., Valencia.
- CARBONELL MATEU, J.C., (1986), “Parricidio alevoso o asesinato entre parientes. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 3, pp. 993-999.
- CARBONELL MATEU, J. C., (2023) “Homicidio y sus formas (I: Homicidio), (II: Asesinato)”, en VVAA, *Derecho penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 53-87.
- CEREZO MIR, J. (2005), *Curso de Derecho penal español*. Parte General, Tomo II, 6º ed., Madrid.
- CUENCA RODRÍGUEZ, M. J., (2016), “Problemas interpretativos y de *non bis in idem* suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 118, pp. 115-150.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (1999), “La alevosía en el Código Penal de 1995”, *Delitos contra las personas, Manuales de Formación Continuada 3*, CGPJ, Madrid, pp. 271-298.
- DEVÍS MATAMOROS, D., (2023) “Crónica de una confusión anunciada: tratamiento jurisprudencial del asesinato de personas especialmente vulnerables”, en *La Ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n. 160, sin paginación (consulta online).
- DIEZ RIPOLLÉS, J. L., (1993), “Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992”, *La Ley*, Vol. 2, pp. 899-909.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (2000), “La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995”, *Revista de Derecho penal y proceso penal*, 4, pp. 61-91.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (2004), “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 57, Fasc/Mes 1, pp. 143-176.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (2023), “Capítulo 16, Disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de las circunstancias”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Dir.) *Memento penal Francis Lefebvre*, Madrid, nm. 4390- 4420.

- FELIP I SABORIT, D. (2023), “Homicidio y sus formas”, en SILVA SÁNCHEZ J.M., (Dir.), *Leciones de Derecho penal, parte especial*, 8º ed., Barcelona.
- FONTOVA BENET, A. (2021), “Alevosía por desvalimiento y especial vulnerabilidad de la víctima, problemática en torno al principio “non bis in idem”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 61, pp. 219-268 (consulta en línea sin paginación disponible).
- GÓMEZ MARTÍN, V., (2023) “Asesinato”, en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de Reforma del Código Penal)*. *Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*. TOMO I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 53- 66.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (1988), *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad*, Valencia.
- LUZÓN PEÑA, D., (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia.
- MASIP DE LA ROSA, I., (2016), *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena* (tesis doctoral dirigida por Pilar Gómez Pavón) Madrid, Universidad Complutense, pp. 156, 140 y ss. *passim*. En línea: <https://eprints.ucm.es/40865/1/T38281.pdf>
- MAPELLI CAFFARENA, B., (2020), “Alevosía y poder. El fundamento preventivo general del asesinato alevoso”, en *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol. I, Madrid, pp. 753-768.
- MATEOS BUSTAMANTE, J., (2021), *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del art. 22.1 del Código penal*, Madrid.
- MIR PUIG, S., (2016), *Derecho penal. Parte General*. 10ª ed., actualizada y revisada con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez, Barcelona.
- MOYA GUILLÉN, C. (2020), “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: resultado de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 24, pp. 13-58.
- MORALES PRATS, F., (1995), “Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas”, en DIEZ RIPOLLÉS, J. L (Dir.), *Delitos contra la vida y la integridad física*, Madrid, Consejo General el Poder Judicial, pp. 255-288.
- MORALES PRATS, F. (Coord.) (2016) *Comentarios al Código penal español*, Tomo I (Artículos 1-233), 7ªed., Cizur Menor (formato digital-Aranzadi);
- MUÑOZ CONDE, F. (2023), *Derecho penal parte especial*, 25ª ed., Valencia.
- PÉREZ RIVAS, N., (2022), “La circunstancia agravante de alevosía doméstica: su aplicación jurisprudencial a las mujeres mayores víctimas de mortales de la violencia de género”, en *Revista General de Derecho Penal*, 38, pp. 1-29.
- PEÑARANDA RAMOS, E., (2014), *Estudios sobre el delito de asesinato*, Buenos Aires.
- PEÑARANDA RAMOS, E., (2023), “Capítulo 26: Delitos contra las personas”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Dir.) *Memento penal Francis Lefebvre*, Madrid, nm. 6900-7610.
- SIERRA LÓPEZ, M.V., (2014) “Homicidio y Asesinato. Las modificaciones legislativas en las últimas reformas legislativas (El proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013)”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 33, pp. 127-164.